

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE
SAN CRISTÓBAL DE HUAMANGA
ESCUELA DE POSGRADO
SECCIÓN DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS.
MAESTRÍA EN DERECHO: MENCIÓN CIENCIAS PENALES.**



LA IMPUTACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:
MAESTRO EN DERECHO: MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES.**

**PRESENTADO POR:
Bach. RAÚL AROTOMA ORÉ**

AYACUCHO-PERÚ

2014.

DEDICATORIA.

A mis padres: Julio y Honorata.

In memoriam.

A mis pequeños: Diego y Génesis.

A Delia, gratitud por todo su apoyo y comprensión.

EL AUTOR.

RESUMEN.

La participación en el delito es el aporte doloso a un injusto doloso ajeno, bajo la forma de instigación o complicidad; por tratarse de una ampliación de la punibilidad, tiene naturaleza accesoria, por lo que depende siempre de algo principal, del injusto del autor; en este orden, su fundamentación puede ser abordada desde la llamada teoría de la imputación objetiva o de la *conducta típica de intervención* como una cuestión previa y analíticamente independiente a la decisión sobre la calificación de la aportación como participación en el carácter que fuere, imputándose –necesariamente– a todo aquel que contribuye organizando un contexto con consecuencias objetivamente delictivas.

Un comportamiento con cualidades marcadamente delictivas –a título de complicidad– es aquel que crea un riesgo no permitido desde un punto de vista *ex ante*, que puede motivar además el comportamiento delictivo del tercero en el caso concreto, y cuyo resultado a más de ello debe pertenecer al ámbito de protección de la norma; dicho más concretamente, un rasgo esencial de la conducta de complicidad, es que eleva de forma objetivamente previsible el riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, con virtualidad suficiente para facilitar, acelerar o asegurar el hecho principal o para intensificar el resultado.

Por otro lado, los componentes objetivos y subjetivos como presupuestos jurídico penales de la conducta de participación, concurren –en el proceso de atribución de la intervención delictiva– como unidades inescindibles, y bajo es perspectiva, de la teoría personal, criterios objetivos, subjetivos y normativos –elementos

ontológicos y axiológicos– de ninguno de los cuales se puede prescindir armonizan; en tanto que todos ellos forman una unidad lógica de sentido en el proceso atributivo; de este modo es inconcebible una imputación objetiva con prescindencia de los *conocimientos subjetivos* del partícipe, que facilitan en gran medida su comprensión para sus respectivas valoraciones.

Mediante los criterios que integran la teoría de la imputación objetiva, necesarios para valorar la conducta del partícipe, es posible explicar que éste, comete el delito de la parte especial de una manera accesoria –conforme a las normas previstas en la parte general– porque es competente del riesgo típicamente desaprobado que da lugar a la conducta del autor.

SUMMARY.

The involvement in the offense is the willful intentional unfair to someone else, in the form of instigation or complicity contribution, because it is an extension of criminality, is accessory in nature, so it always depends on something major, the author of the unjust; in this order, its foundation can be approached from the so-called theory of Causation or typical behavior as a pre- intervention and analytically separate issue of the decision on the classification of the contribution as a share of whatever nature and charged - necessarily, anyone who contributes a context objectively organized criminal consequences.

A behavior -a markedly criminal complicity qualities title is one that creates an impermissible risk from an ex ante point of view, which may further motivate criminal behavior of third party in the case, and the result more than it should belong to the scope of protection of the rule, said more specifically, an essential feature of the behavior of complicity is so uplifting objectively foreseeable risk of injury or endangerment of the legally protected with sufficient potentiality to facilitate, accelerate or secure the main event or to intensify the result.

On the other hand, the objective and subjective components as criminal behavior legal budgets of participation in the process concurrent allocation of criminal intervention -as inseparable units and is low perspective, personal theory, objective, subjective criteria and normative - ontological and axiological elements, none of which can be dispensed harmony, as they all form a logical unit of meaning in the attributive process, so it is inconceivable

objective estimate regardless of the subjective knowledge of the participant, that greatly facilitate understanding for their respective ratings.

Using the criteria that make up the theory of Causation, necessary to assess the behavior of the participant, it is possible to explain, commits the offense of the special part of an accessory - way under the rules provided in part because it is generally competent disapproved of risk typically results in the behavior of the author.

ÍNDICE

	Pág.
RESUMEN	2
INTRODUCCIÓN	9

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	14
1.2. Descripción de la Realidad Problemática.	14
1.3. Antecedentes Teóricos relacionados con la Investigación ...	19
1.4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.	21
1.4.1. Problema Principal.	21
1.4.2. Problemas Específicos.	21
1.5. Delimitación de la Investigación.	22
1.5.1. Delimitación Espacial.	22
1.5.2. Delimitación Temporal.	22
1.6. Alcances de la Investigación.	22
1.7. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.	22
1.7.1. Objetivos Generales.	22
1.7.2. Objetivos Específicos.	23
1.8. Justificación de la Investigación.	23
1.9. Importancia de la Investigación.	26
1.10. Limitaciones de la Investigación.	26
1.11. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN...	27
1.11.1. Hipótesis General.	27
1.11.2. Hipótesis Específicas.	27
1.12. OPERACIONALIZACIÓN DE HIPÓTESIS, VARIABLES E INDICADORES DE LA INVESTIGACIÓN.	27

1.13. Tipo de la Investigación.	31
1.14. Nivel de la Investigación.	31
1.15. Método de Investigación.	32

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL.	33
2.1.1. Consideraciones preliminares.	33
2.2. Teoría del delito como Teoría de la Imputación.	35
2.3. La Teoría del delito como Teoría de la aplicación de la ley penal.	36
2.4. LOS NIVELES DE IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL.	37
2.4.1. La Imputación como Ilícito.	38
2.4.2. La Imputación como Culpabilidad.	39
2.5. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.	39
2.5.1. Consideraciones previas.	39
2.6. El Modelo de la Imputación Objetiva de Claus Roxin.	41
2.7. El modelo de Imputación Objetiva de JAKOBS.	44
2.8. CONDUCTAS NEUTRALES DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO.	47
2.8.1. Consideraciones previas.	47
2.8.2. Concepto.	49
2.8.3. Delimitación: ¿Objetiva o Subjetiva?	51
2.9. TEORÍAS DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO.	53
2.9.1. Evolución histórica dogmática de la Prohibición de Regreso.....	55

2.9.1.1. Interrupción del nexo causal o de la relación de Responsabilidad.	55
2.9.1.2. La Tradicional Teoría de la Prohibición de Regreso de Frank.	55
2.9.1.3. Principio de la propia Responsabilidad según Welp.	56
2.9.1.4. El principio de conducibilidad de Otto.	58
2.9.1.5. La diferencia de disvalor entre Dolo e Imprudencia en Wehrle.	59
2.9.1.6. La posición de Frisch.	60
2.9.1.7. La posición de Roxin.	62
2.9.1.8. La postura de Jakobs.	63

CAPÍTULO III

LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO.

3.1. Consideraciones preliminares.	68
3.2. Concepto unitario de Autor.	69
3.3. Concepto extensivo de Autor.	72
3.4. Concepto restrictivo de Autor.	74
3.4.1. Teoría formal-objetiva.	75
3.4.2. Teoría material-objetiva.	77
3.4.3. Teoría del dominio del hecho.	78
3.5. Teoría Funcionalista Sistémico.	79
3.6. FUNDAMENTOS DE PUNICIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA.....	81
3.6.1. Teoría de la Participación en la culpabilidad o la llamada Teoría de la corrupción.....	81
3.6.2. Teoría de la causación pura.	82
3.6.3. Teoría de la Participación en el Ilícito.	83

3.6.4. Teoría de la Participación como un ataque Accesorio al Bien Jurídico.	85
3.7. ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN.	86
3.7.1. Accesoriedad Cuantitativa.	88
3.7.2. Accesoriedad Cualitativa.	88
3.8. La cuestión de la dependencia del Dolo del Hecho del Autor principal.....	90
3.9. Incomunicabilidad de las circunstancias.	90
3.10. FORMAS DE PARTICIPACIÓN.	91
3.11. LA INDUCCIÓN.	91
3.11.1. Concepto.	91
3.11.2. Elementos.	92
3.11.2.1. Desde el plano Objetivo.	92
3.11.2.2. Desde el plano Subjetivo.	93
3.11.3. Medios de Inducción.	93
3.11.4. Formas de la inducción.	94
3.12. LA COMPLICIDAD.	95
3.12.1. Concepto.	95
3.12.2. Elementos.	96
3.13. Momento de la prestación de ayuda.	97
3.14. CLASES DE COMPLICIDAD.	98
3.14.1. Complicidad Primaria.	98
3.14.2. Complicidad Secundaria.	99

CAPÍTULO IV

LA IMPUTACIÓN JURÍDICO PENAL DE LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO

4.1. Consideraciones previas.	100
------------------------------------	-----

4.2. FACTORES DE IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL DE LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO.	102
4.2.1. Perspectiva Subjetiva.	104
4.2.2. Perspectiva Objetiva.	106
4.3. Imputación Objetiva y Subjetiva Como Magnitudes Inescindibles.	109
4.4. EL CONOCIMIENTO Y LA DIRECCIÓN DEL SUJETO RESPECTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL HECHO CONCRETO.	111
4.4.1. Consideraciones previas.	111
4.5. Imputación, Conocimiento y Persona en Derecho.	112
4.5.1. Persona en Derecho.	112
4.5.2. Características.	114
4.5.3. Conocimiento.	115
4.5.4. Capacidades relevantes.	117
4.5.5. Capacidad de Acción y Motivación.	120
4.6. Silogismo Práctico.	121
4.7. LA CREACIÓN DEL RIESGO JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTE DESDE EL PUNTO DE VISTA EX ANTE.	122
4.7.1. Consideraciones previas.	122
4.7.2. Concepto.	124
4.7.3. La Peligrosidad generada por la conducta ha de sobrepasar el Riesgo Permitido.	125
4.8. Los Conocimientos desde los que debe juzgarse el Resultado, como realización del Riesgo Jurídico-Penalmente relevante.	126
4.8.1. La concepción Subjetiva.	126
4.8.2. La concepción Objetiva.	127
4.8.3. La concepción Objetivo-Subjetiva.	128

4.9. LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN.	129
4.9.1. Niveles de Imputación.	131
4.9.2. La Complicidad primaria como incremento sustancial del riesgo.	132
4.9.3. La Complicidad secundaria.....	134
4.10. LA ESFERA DEL RESULTADO TÍPICO COMO ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA.	136
4.10.1. Conceptuación.	136
4.11. La Norma.	137
4.12. La exclusión de la Imputación en resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma.	139

CAPÍTULO V

DISEÑO DE COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.

5.1. EL PROBLEMA.	141
5.2. LAS HIPÓTESIS.	142
5.3. CONCLUSIONES DE LOS ARGUMENTOS DESARROLLADOS PARA CADA HIPÓTESIS.	142
CONCLUSIONES FINALES.	151
RECOMENDACIONES.	155

BIBLIOGRAFÍA.

MATRIZ DE CONSISTENCIA.

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo, tesis de maestría, tiene como objeto abordar el análisis dogmático del fenómeno de la participación delictiva, bajo el prisma de las instituciones elaboradas en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva.

Esta perspectiva viene a complementar, no a reemplazar, por lo menos hasta ahora, a la tradicional comprensión de la participación; en ese sentido se aborda la posibilidad de que la teoría de la participación deba construirse sobre unas bases que, situadas más allá del normativismo y el ontologismo, atiendan a los fines de la regulación jurídica como pretende el normativismo, pero sin forzar la realidad; lo que obliga a tener en cuenta elementos ontológicos mínimos, como la causalidad y el dolo o elemento subjetivo en la comprensión de la participación delictiva.

El tema de investigación nos parece de singular importancia debido a que en la doctrina nacional así como en la jurisprudencia existen serias dificultades para determinar los elementos mínimos necesarios que deben concurrir en la conducta del partícipe, en un contexto dado, para atribuírsele el hecho como su obra.

En el estado actual de la discusión, la estructura de la teoría de la imputación objetiva se construyen en base a dos niveles: Primer nivel, la calificación del comportamiento como típica (imputación objetiva del comportamiento) y, en segundo nivel, la constatación – en el ámbito de los delitos de resultado– de que un resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado).

En orden a ello se verá que la responsabilidad a título de participación requiere en primer término, de la creación de un riesgo típicamente relevante que se produce en un resultado y que además ese resultado debe estar comprendido dentro del ámbito de protección de la norma en cuestión. Esta perspectiva se constituye en el fundamento de imputación de la participación delictiva –en el plano dogmático– que garantiza la libertad de acción.

La tesis está estructurada en cinco capítulos, iniciando con la indicación concreta del problema de investigación, los modelos de imputación objetiva, los fundamentos de punición de la conducta de participación, la imputación jurídico-penal de la participación propiamente dicha y el diseño de comprobación de las hipótesis de la investigación; mediante los ejes temáticos señalados se pretende demostrar que los criterios de la teoría de la imputación objetiva, explican correctamente y llevan a mejor puerto el análisis de la participación delictiva; concluyéndose que la acción del cómplice supone un incremento del riesgo que se concreta en el resultado, y que le es imputado accesoriamente.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.2. Descripción de la Realidad Problemática.

La participación en el derecho penal es entendida en dos sentidos diferentes. En sentido amplio se refiere al fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas toma parte en el delito, como participantes en el carácter que fuere, es decir, como autores cómplices o instigadores; en sentido limitado se entiende por participación el fenómeno por el que una o más personas toman parte en el delito ajeno, siendo partícipes sólo los cómplices y los instigadores, con exclusión de los autores.¹ El objeto de la presente investigación se circunscribe únicamente a la segunda acepción (en sentido limitado).

Conforme al concepto restrictivo de autor, existen diferencias objetivas entre la conducta del autor y del partícipe, pues mientras el autor realiza el hecho típico de modo directo o es preferentemente competente por la configuración del hecho delictivo; los partícipes cooperan a la realización del hecho del

¹ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR. "Derecho Penal Parte General". México 2005. Editorial Porrúa; 2ª edición., p 767.

autor, o más propiamente, favorecen, facilitan o motivan la aparición de un riesgo (riesgo de favorecimiento) de modo indirecto a la ejecución del hecho delictivo.

La descripción realizada en los artículos 24 y 25 del Código Penal, referidos a la instigación y complicidad, se supeditan a una perspectiva meramente subjetiva, el dolo, como elemento central. Y es verdad que éste –el dolo– se constituye en el fundamento inicial y el límite de la participación accesoria. En cambio, no cabe decir lo mismo sobre el fundamento objetivo de la participación y menos aún, sobre su precisión y límites en este ámbito.

Por ello es que encontramos en la doctrina como en la jurisprudencia la postulación de diversos criterios que intentan resolver el problema de la participación delictiva, conforme a la naturaleza del aporte en las circunstancias concretas, o basados únicamente en el querer o saber del partícipe. Ciertamente se han intentado proponer algunos componentes o modelos de soluciones sistemáticas, pero casi siempre, de configuración unilateral que sólo asumen una perspectiva subjetiva u objetiva.

Por otro lado el sustrato de la *participación en el delito* posee una innegable dependencia fáctica y/o de referenciación a la conducta del autor –*accesoriedad*– que se traduce en la contribución influyente (favorecedora o facilitadora, etc.) al hecho del autor; de manera que los componentes de la teoría de la imputación se tornan necesarios para valorar la conducta del partícipe, como adscripción relacionante entre el hecho del autor y la conducta de intervención; en este orden de cosas, para que el resultado causado por el autor, le sea imputable al partícipe como un *obrar conjunto* hace falta identificar y/o precisar los criterios axiológicos

relacionados con el fin perseguido por el legislador con la creación del tipo objetivo del delito.

El sustrato material de la descripción de la conducta del partícipe en los artículos 24 y 25 del Código Penal –en el radio de acción del riesgo prohibido– evidencia una concepción socio-normativa que comprende un sin número de conductas que no sólo fenomenológicamente, sino sobre todo dependiendo del contexto en el que tiene lugar la contribución, adquieren el significado de favorecimiento al delito; a este respecto es de considerar que no sólo el hecho como obra sino también el comportamiento en sí, constituyen la materia de imputación.

En orden a ello en su formulación más depurada y general, la denominada *teoría de la imputación objetiva* postula que el resultado típico causado sólo se imputa cuando, además, haya tenido su origen en la creación por parte del autor de uno de los riesgos de lesión del bien jurídico en que pensó el legislador al promulgar la norma que contiene el tipo objetivo del delito en cuestión, y al mismo tiempo, ha sido ese riesgo el que se ha concretado en el resultado causado.

Enmarcar el comportamiento de la participación delictiva, la delimitación objetiva y/o normativa del aporte y la determinación de las exigencias de la colaboración en el ámbito penal, supone designar a partir de qué momento se considera que una conducta adquiere el significado objetivo de favorecimiento en el delito, aunque no sólo eso, dicho en palabras de Hassemer² se trata de establecer los límites del Derecho Penal frente a los espacios de normalidad cotidiana, los límites de la libertad de organizar. El

² Citado por ROBLES PLANAS, Ricardo: "*La Participación en el Delito: fundamentos y límites*". Madrid 2003. Editorial Marcial Pons., p. 75

nudo en esta línea discursiva se encuentra, por tanto, en establecer cuáles han de ser los factores para determinar la relevancia típica de una conducta de participación

El dominio del hecho*, como un dato de la realidad, fundamenta la autoría en sus diferentes formas, y dada la adopción de una noción restrictiva de autor existe consenso en que la participación en el delito es una extensión de la punibilidad; dice Stratenwerth que la participación puede aparecer merecedora de castigo desde dos puntos de vista: por la influencia que el partícipe ha ejercido sobre el autor y por la influencia que el partícipe ha tenido en el hecho, cabe señalar que la doctrina dominante se decanta sobre la segunda opción, pero se discute, aun así, y con toda razón acerca de si la participación configura una tipicidad independiente de la del autor, o si por el contrario, se dirige a la misma lesión de éste.

Concretamente respecto de los criterios que deben regir para sustentar la intervención delictiva, las explicaciones giran en torno a posturas doctrinarias claramente delimitadas, en orden a ello, Günther Jakobs plantea que el criterio que rige la intervención delictiva vendría a ser la *competencia por el hecho*; un concepto normativo de adscripción que en apariencia descoloca la tradicional forma de entendimiento de la participación delictiva.

Por otro lado se afirma que el aporte del cómplice tiene que haber sido causal en relación con el resultado del hecho realizado por el autor principal (en este sentido Welzel), mientras que otro sector de la doctrina, fundamentalmente alemana y española, proponen abandonar totalmente el criterio de la causalidad y plantean más bien, acudir al criterio de la *elevación del riesgo*, esta es la posición

* El dominio del hecho.- Significa tener en las manos el curso causal, quien puede decidir sobre si y el cómo o, quien puede decidir la configuración central del acontecimiento.

defendida por Claus Roxin, Bacigalupo y Stratenwerth, por decir a los más importantes. Conforme a esta teoría para imputar una conducta de complicidad basta con que la persona haya contribuido elevando el riesgo de la producción del resultado.

Por lo que se refiere a nuestro país, es evidente la falta de claridad en el tratamiento doctrinal y jurisprudencial sobre este punto, dejando a salvo las contadísimas excepciones que existen; en este orden de cosas, viene a propósito identificar en qué medida los diferentes factores de la denominada imputación objetiva y/o subjetiva inciden en la participación delictiva.

Para ilustrar un intento de solución sistemática, en el plano jurisprudencial, tenemos que, en marzo del año 2001, la Sala Penal permanente de la Corte Suprema del Perú, resolvió un caso, al que podemos denominar "*caso del taxista*", que se refirió a un supuesto de coautoría en el delito de robo agravado, imputado a un taxista por prestar sus servicios a unos desconocidos que se aprovecharon de dicha actividad, incluyéndolo en su empresa delictiva para la comisión de un delito patrimonial.

En esta sentencia se discute cuándo la prestación de un servicio de taxi –conducta cotidiana– puede significar participación en el delito, y en qué caso, se plantearía una exclusión de la responsabilidad jurídico penal. En el fondo del asunto importa, claro está, resolver los fundamentos y límites objetivos de imputación en la participación accesoria.

1.3. Antecedentes Teóricos relacionados con la Investigación.

En el Perú, y según los datos obtenidos por las Escuelas de Post – Grado, no existe investigación alguna que se haya ocupado del tema, aunque sí tenemos la tesis de Pre – Grado de David Emmanuel Rosales Artica., titulada *“La Complicidad en los Delitos de Organización Personal Mediante Conductas Externamente Neutrales. Una Solución desde la Prohibición de Regreso”*. Sustentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; en el año 2008, que tiene que ver con importantes aspectos de nuestro objeto de investigación. En esta tesis, se abordan los rasgos generales de la teoría de la intervención delictiva, estado actual de la discusión teórica sobre el fundamento de la punibilidad de los partícipes en los delitos de organización, la prohibición de regreso y sus criterios de solución, etc.

Pero es en Alemania como en España que se han dado importantes trabajos sobre el tema que nos ocupa. Así tenemos a:

HEIKO LESCH quien expone amplias bases filosóficas para fundamentar la autodeterminación y la responsabilidad por el propio injusto; *libertad sin responsabilidad no es libertad personal, sino pura arbitrariedad*, asevera; planteando a su vez, en contra de la adopción de un concepto restrictivo, en el ámbito de una dogmática normativista de la imputación objetiva; a decir de este autor las descripciones que se hacen en los tipos de la parte especial de los Códigos Penales, no diferencian entre autor y partícipe, por el contrario sostiene que los tipos no describen –al menos en principio– al autor, sino que simplemente fijan en qué

consiste una perturbación social (hecho penal) que en su caso también puede ser realizado por varios intervinientes. Este planteamiento es, algo así como una especie de teoría unitaria de autor, que reemplaza el criterio de causalidad como fundamento, por el de competencia por el hecho. *“Intervención Delictiva e Imputación Objetiva”*. Traducción de Javier Sánchez-Vera y Gómez Trelles. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 1995.

Ricardo ROBLES PLANAS, por su cuenta aborda el problema de la participación delictiva desde sus presupuestos, en este sentido el partícipe responde por su propio hecho, porque realiza el tipo, y por ello se le imputa (por accesoriedad), aunque eventualmente en menor medida que al autor; el principio de autorresponsabilidad – normativamente entendido– sería el eje en torno al cual gira la imputación jurídico-penal de responsabilidad en supuestos de pluralidad de intervinientes. Este principio impide, a decir del autor, la imputación del hecho a quien objetivamente se comporta dentro de los límites trazados por el ordenamiento jurídico y su conducta sólo llega a traducirse en un resultado delictivo mediante la desviación arbitraria por parte del autor. Asimismo en este magnífico libro se encuentra un enjundioso desarrollo de las denominadas conductas neutrales. *“La Participación en el Delito: fundamento y límites”*: Madrid/Barcelona, Marcial Pons 2003.

Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ., por su parte, afirma con acierto, refiriéndose a los límites de la participación delictiva, que un primer límite a la imputación debe encontrarse en el tipo objetivo o en consideraciones previas a la constatación del dolo o de la imprudencia como formas de responsabilidad subjetiva; es decir, no resulta acertado en principio que la limitación de la responsabilidad se haga depender exclusivamente de que el

partícipe actúe de forma dolosa o de forma imprudente. En este orden expresa, refiriéndose a la prohibición de regreso, que es un instituto que sirve para negar la existencia del tipo objetivo en un ámbito como el de los tipos de participación. *“Límites de la Participación Criminal. ¿Existe Una Prohibición de Regreso como Límite general del Tipo en Derecho Penal?” Granada 1999.*

1.4. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

1.4.1. Problema Principal.

¿Qué factores de imputación determinan la participación en el delito?

1.4.2. Problemas Específicos.

- ¿En qué nivel el conocimiento y dirección por el sujeto respecto de las circunstancias del hecho concreto inciden en la participación delictiva?
- ¿En qué medida la creación del riesgo jurídico-penalmente relevante incide en la participación delictiva?
- ¿De qué manera la esfera del resultado típico como ámbito de protección de la norma influye en la participación delictiva?

1.5. Delimitación de la Investigación.

1.5.1. Delimitación Espacial.

Se ha tomado en consideración tanto doctrina nacional como extranjera, decisiones de la Corte Suprema y legislación nacional que versan sobre la participación en el delito.

1.5.2. Delimitación Temporal.

En lo que concierne al análisis de la doctrina, cabe señalar que ésta abarca la existente aproximadamente desde los años 1990 hasta la actualidad. Por su parte, en relación al análisis de la jurisprudencia, ésta corresponde fundamentalmente a los años 2000 a 2010.

1.6. Alcances de la Investigación.

La tesis pretende desarrollar sistemáticamente un problema de la parte general del Derecho Penal, referido a la participación delictiva.

1.7. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

1.7.1. Objetivos Generales.

- Identificar y analizar los factores de imputación que determinan la participación en el delito.
- Determinar los fundamentos del límite mínimo de la intervención punible, conforme a las reglas de la teoría de la imputación objetiva.

1.7.2. Objetivos Específicos.

- Determinar en qué nivel el conocimiento y la dirección por el sujeto respecto de las circunstancias del hecho concreto, inciden en la participación delictiva.
- Establecer en qué medida la creación del riesgo jurídico-penalmente relevante incide en la participación en el delito.
- Señalar de qué manera la esfera del resultado típico como ámbito de protección de la norma influye en la comprensión de la participación delictiva.

1.8. Justificación de la Investigación.

Los presupuestos en que se funda la participación delictiva, no es un asunto desarrollado terminantemente, el desconcertante tratamiento en la doctrina jurídico penal sobre la materia, y el discordante desarrollo jurisprudencial sobre el particular corroboran esta afirmación; esta situación incierta, con la

innegable implicancia práctica, ha originado soluciones contradictorias y no pocas veces injustas en la resolución de los casos en los tribunales de justicia, en donde, en ocasiones, se absolvió al encausado por participación, cuando no debiera, y se sancionó en otras, cuando cabía la absolución. De ahí la necesidad de abordar metódicamente esta problemática.

Por otro lado, qué significado tiene que la participación delictiva sea accesoria realmente, que la participación delictiva sea accesoria; pues si el partícipe desarrolla una actividad que se encuentra en dependencia respecto de la del autor, será un mero concepto de *referencia*³, cuya responsabilidad dependerá de determinados presupuestos del acto principal.

Se dice aquí mayoritariamente que el dominio del hecho constituye la característica general de la autoría; autor será aquel que tiene el control sobre el sí y el cómo de la realización típica, y que por el contrario el partícipe, por regla general, carecería del dominio del hecho –de la dominabilidad que es su presupuesto– pero entonces cómo se explica que el cómplice primario (partícipe) sea aquel que otorga un aporte “*esencial*” sin el cual no se hubiera podido cometer el delito.

En ese entendido ¿cuál será el sustrato material de la complicidad primaria o cooperación necesaria?; esto es una cuestión que no debe soslayarse y debe ser debidamente explicado, porque a decir verdad, objetivamente, el cómplice primario también domina el hecho. Este punto merecerá la debida atención de nuestra parte, cuando se aborde el capítulo correspondiente al de complicidad.

³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: “Derecho Penal Parte General”. Lima 2010, 3ra. Reimpresión; editorial Grijley, p. 498

Asimismo la teoría de la imputación objetiva de la conducta, ha incorporado recientemente, algunos criterios normativos que ayudan a entender el significado de favorecimiento en el delito; de modo tal que, no bastaría verificar un aporte doloso y causal del partícipe, sino comprender su significado objetivo en la configuración del hecho delictivo.

Esta perspectiva, ciertamente, es nueva y poco desarrollada aún; pero la relevante significación de esta propuesta en la resolución de los casos, justifica la atención preferente de la doctrina en este momento; pues como cabe constatar no sólo deja un poco “descolocado” el tradicional tratamiento de la participación delictiva, sino que el mérito está en que propone un nuevo modelo de imputación, el de la imputación objetiva del comportamiento como una cuestión previa y analíticamente independiente de la imputación objetiva del resultado. Sería un error que esta perspectiva, que por ser nueva, sea rechazada o ignorada.

La doctrina de la intervención en el delito se encuentra en pleno desarrollo, y es menester aclarar en el plano concreto, el estado de la cuestión y señalar los modelos de imputación penal existentes, que hagan posible y plausible la resolución correcta de los casos en la administración de justicia.

La conveniencia de la investigación que se propone resulta justificada por la novedad de su emprendimiento y la utilidad de los resultados a los que se arribarán con los respectivos planteamientos que de hecho servirán para una adecuada solución de los casos referidos a la participación delictiva; para ello contamos con la bibliografía adecuada y su constante revisión, ha ido acercándonos más al tema objeto de investigación.

1.9. Importancia de la Investigación.

Todas las cuestiones de imputación en el ámbito del derecho penal giran en torno a la determinación del autor y el partícipe; es por ello que es un asunto de vital importancia clarificar los presupuestos, elementos y la naturaleza de la conducta del partícipe en la aportación al hecho del autor; e insistimos en la constatación general y evidente del desconcierto doctrinal y jurisprudencial, existente, en el tratamiento de esta temática, que dicho sea de paso poco aportan al cabal entendimiento de los elementos que caracterizan la participación delictiva, desde una perspectiva global (objetiva, subjetiva y normativa).

Por todo ello, pretendemos que este trabajo de investigación contribuya a la discusión en el ámbito de la doctrina y jurisprudencia nacional, en torno a los fundamentos y límites de la participación accesoria, haciendo que las decisiones en los tribunales sean formalmente correctos y materialmente adecuados.

1.10. Limitaciones de la Investigación.

El escaso número de trabajos de investigación existentes en el ámbito nacional, sobre nuestro tema, dificultan vislumbrar con amplitud el panorama nacional sobre el estado de la cuestión. Así también, cabe mencionar el desconocimiento del idioma alemán, por cuanto, es en el ámbito jurídico penal germano donde mejor se dilucidan las cuestiones del derecho penal.

1.11. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.

1.11.1. Hipótesis General.

- ♦ Existen diversos factores de imputación jurídico penal que determinan la participación en el delito.

1.11.2. Hipótesis Específicas.

- ♦ El conocimiento y la dirección por el sujeto respecto de las circunstancias del hecho concreto, inciden en mayor medida en la participación delictiva.
- ♦ La creación del riesgo jurídico-penalmente relevante incide de manera determinante en la participación delictiva.
- ♦ La esfera del resultado típico como ámbito de protección de la norma influye significativamente en la participación delictiva.

1.12. OPERACIONALIZACIÓN DE HIPÓTESIS, VARIABLES E INDICADORES DE LA INVESTIGACIÓN.

Atendiendo a la naturaleza de la presente investigación –por su mensurabilidad– las variables que se proponen se refieren a los atributos o propiedades de una realidad que adquieren diferentes valores, y cuya singularidad radica en que no se pueden expresar en cantidades de una serie numérica definida; por consiguiente el carácter cualitativo de los indicadores se refieren a los factores que definen conceptualmente las variables propuestas, y en orden a

ello no admiten una escala numérica de medición (carácter cuantitativo).

1.12.1. Hipótesis General.

Variable Independiente (X1)

X1. Imputación.

Indicadores:

- Realización típica.
- Aplicación de la ley penal.
- Constatación del carácter típico de la conducta.

Variable Dependiente (Y1)

Y1. Participación en el delito.

Indicadores:

- Inducción.
- Cooperación necesaria.
- Complicidad.

1.12.2. Hipótesis Específicas.

Variable Independiente (X1)

X1. Conocimiento y dirección.

Indicadores:

- Capacidad de comprensión.
- Dominabilidad.
- Libertad de actuación.

Variable Dependiente (Y1)

Y1. Participación en el delito.

Indicadores:

- Inducción.
- Cooperación necesaria.
- Complicidad.

Variable Independiente (X2)

X2. Creación del riesgo Jurídico-penalmente relevante.

Indicadores:

- Lesividad.
- Realización del injusto.
- Peligrosidad típicamente relevante.
- Relevancia objetivo social de la conducta.

Variable Dependiente (Y2)

Y2. Participación en el delito.

Indicadores:

- Inducción.
- Cooperación necesaria.
- Complicidad.

Variable Independiente (X3)

X3. Resultado típico como ámbito de protección de la norma.

Indicadores:

- Alcance del tipo penal.
- Finalidad de la norma.

- Infracción de la norma penal específica.

Variable Dependiente (Y3)

Y3. Participación en el delito.

Indicadores:

- Inducción.
- Cooperación necesaria.
- Complicidad.

1.13. Tipo de la Investigación.

Esta investigación es de carácter descriptivo-explicativo, orientada a precisar las particularidades y características de las categorías jurídicas vinculadas al tema. Se trata de una investigación predominantemente teórica y/o dogmática vinculada al ámbito de la doctrina general y de validez científica de los conceptos y categorías jurídicas bajo análisis.

Por la naturaleza del problema jurídico elegido, la investigación que se propone es de tipo jurídico analítica, porque se analizará el problema de investigación en sus diversos aspectos o particularidades con el objeto de establecer relaciones y niveles de normatividad jurídico social.

Se apoya asimismo en un contexto teórico y su propósito fundamental es el de desarrollar una teoría mediante el desarrollo de generalizaciones o principios.

1.14. Nivel de la Investigación.

La investigación que se propone es de un nivel DESCRIPTIVO; ya que se explicará sus distintas partes, cualidades o características esenciales de la realidad estudiada, con la finalidad de entender su estructura y la funcionalidad de las mismas, procediendo además a medir de manera independiente los conceptos y variables referidos al fenómeno, realidad o temática estudiada, sin perjuicio de valorar la relación de estos.

1.15. Método de la Investigación.

Se recurrirán a los métodos de análisis y síntesis, así como al método hipotético-deductivo para trabajar la información teórica o doctrinaria. Se emplearán también los métodos Dogmático, Exegético y la Hermenéutica Jurídica para el estudio e interpretación de la legislación pertinente.

Asimismo, como quiera que se trata de una investigación sobre instituciones o categorías jurídicas, su desarrollo conceptual y sustento epistemológico se realizará a partir de la argumentación lógico jurídico, especialmente los argumentos deductivos. De este modo se formularán las conclusiones que presentaremos como

corolario de la presente investigación, el que a la vez, se corresponde con las hipótesis de investigación formuladas.

CAPÍTULO II.

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA INVESTIGACIÓN.

2.1. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

2.1.1. Consideraciones preliminares.

En las cuestiones jurídicas del Derecho Penal, se emplea frecuentemente el término *teoría*: teoría jurídica del delito, teoría de la pena, teoría de la culpabilidad, etc., y con mayor regularidad *teoría de la imputación objetiva*, para referirse a una construcción sistemática de determinados institutos dogmáticos. En orden a ello, es preciso señalar, ya como punto de partida, y de propósito qué entendemos por teoría; en tal contexto siguiendo a BUNGE⁴ decimos que, teoría viene a ser “*un sistema hipotético-deductivo: es decir, un sistema compuesto de un conjunto de supuestos y de sus consecuencias lógicas*”. Una teoría por tanto puede referirse a objetos de cualquier clase (conceptuales o concretos), a condición de su deducibilidad lógica a partir de los supuestos iniciales, que le confiere unidad formal (sintáctica).

⁴ BUNGE, Mario. “*Diccionario de Filosofía*”. Buenos Aires 2007, siglo XXI editores, 5ª edición., p. 207.

De otro lado, también el término *imputación* es muy común en el campo jurídico, en especial en el ámbito del Derecho Penal, a tal punto que la teoría general del delito para JESCHECK "... se ocupa sobre todo de la cuestión de bajo qué condiciones puede ser imputado un hecho al autor en el nivel delictivo correspondiente..."⁵ atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable, alude en realidad a la esencia misma de la comprensión del sujeto y su obra, al juicio en cuya virtud alguien es considerado agente de una acción. Para resumirlo con mayor precisión decimos que imputación en sentido lato consiste "... en un juicio de atribución de un contenido muy concreto: de algo como un hecho y de ese hecho como reprochado al agente."⁶

Los orígenes de la idea de imputación se remontan a la formulación que hiciera sobre la palabra latina *imputatio*, el filósofo del Derecho natural Samuel Pufendorf en las postrimerías del siglo XVII; *imputatio* para Pufendorf significaba la imputación (objetiva y subjetiva) del hecho mismo y no sólo del resultado del delito⁷. Sin embargo como precursora de la denominada teoría de la imputación objetiva figura la filosofía idealista del Derecho de Hegel.

El objetivo del concepto de acción remontable a Hegel y desarrollado por la escuela hegeliana del siglo XIX era imputar al sujeto, de la multiplicidad de cursos causales, sólo aquello que podía ser considerado como su obra, es decir, como la conformación del mundo a través del sujeto. En este sentido,

⁵ JESCHECK/WEIGEND. "*Tratado de Derecho Penal Parte General*". Granada 2002, editorial Comares, 5ª edición, p. 210.

⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. "*Imputación y Teoría del delito*". Buenos Aires 2008, editorial B de F, p. 404.

⁷ Véase. SHÜNEMANN, Bernd. "*Consideraciones sobre la imputación objetiva*". En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal* N° 01. Instituto Peruano de Ciencias Penales. Lima 2000, editorial Grijley, p. 411 y ss.

imputación significaba en las palabras clásicas del criminalista y hegeliano Berner *“cargar algo objetivo en la cuenta del sujeto”*.

2.2. Teoría del delito como Teoría de la Imputación.

La teoría del delito, también denominada teoría general del delito o teoría jurídica del delito, es conceptuada por la doctrina de diversas formas; de una manera más **descriptiva** se entiende como el *“conjunto de formulaciones científico-dogmáticas que tratan de analizar, ordenar y sistematizar todos y cada uno de los presupuestos conceptuales y categoriales de la infracción penal, y ello de cara a un mayor grado de perfeccionamiento y eficacia tanto en la elaboración de la ley penal como en su interpretación y aplicación”*.⁸

Y desde una perspectiva **adscriptiva** es conceptuada como *“...el medio técnico jurídico para establecer a quién se debe imputar ciertos hechos y quién debe responder por ellos personalmente.”*⁹ En la doctrina nacional, el profesor Villavicencio Terreros denomina indistintamente teoría del delito o teoría de la imputación penal, que tendría por misión *“definir las características generales que debe tener una conducta para ser imputada como un hecho punible”*.¹⁰

En esta línea de pensamiento decimos que la comprensión jurídico penal de participación en el delito, en el carácter que fuere, es un

⁸ BLANCO LOZANO, Carlos. *“Derecho Penal Parte General”*. Madrid 2003. Editorial La Ley, p. 714.

⁹ BACIGALUPO, Enrique. *“Derecho Penal Parte General”*. Lima 2004, Ara editores, p. 191.

¹⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *“Derecho Penal Parte General”*. Lima 2010, tercera reimpresión de la primera edición, editorial Grijley, p. 223.

juicio adscriptivo; es decir de imputación bajo que perspectiva que puede ser objetiva, subjetiva y/o normativa.

2.3. La Teoría del delito como Teoría de la aplicación de la Ley Penal.

La teoría del delito como creación dogmática, es un instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley a un caso. En este sentido es posible afirmar que la teoría del delito es una teoría de la aplicación de la ley penal.

Como tal pretende establecer básicamente un orden para el planteamiento y la resolución de los problemas que implica la aplicación de la ley penal, valiéndose para ello de un método analítico, es decir, que procura separar los distintos problemas en diversos niveles o categorías.¹¹

En esta perspectiva, la teoría del delito cumple una doble función mediadora: por una lado, media entre la ley y la solución del caso concreto; y por otro lado existe también una mediación entre la ley y los hechos objeto del juicio, pues cada una de las categorías de la teoría del delito hacen referencia a determinados aspectos del hecho que constituyen el material objetivo al que se debe aplicar la ley.

Incluso la denominada teoría de la imputación objetiva, en este sentido, sería una operación de interpretación y subsunción, el de

¹¹ BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit.,p. 194.

*“aplicación de la ley”*¹² razón por la que SÁNCHEZ-OSTIZ propone sustituir como término adecuado con ésta última expresión.

La explicación del delito, dicen COBO Y VIVES, *“entendido como suma de todos los delitos existentes y sólo de ellos, es decir, su exposición institucional, que lo diferencia de otras categorías jurídicas, recoge los rasgos y elementos comunes de las concretas figuras delictivas”*.¹³

Visto así, la más importante función que cumple la teoría del delito es la función garantista, *“...pues su campo de acción no sólo comprende a la criminalización primaria realizada por el legislador, sino también a la secundaria, es decir la aplicación racional de esta teoría”*.¹⁴

2.4. LOS NIVELES DE IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL.

Como resultado del desarrollo del trabajo de sistematización de la teoría del delito se tiene la elaboración de cuatro grandes categorías como son: la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad. Estas son las categorías que, precisamente, han permitido aportar un estándar básico para la definición de delito que, con más o menos matizaciones, es asumido en el estado actual de la dogmática como *hecho típico, antijurídico, culpable y punible*.

Estos elementos del delito están en una relación lógica necesaria. *“Sólo una acción u omisión puede ser típica, sólo una acción u*

¹² SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. Ob, cit, p. 487.

¹³ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN. *“Derecho Penal Parte General”*. Valencia 1999, 5ª edición, Tirant lo Blanch; p. 245.

¹⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. Cit.,p. 225.

*omisión típica puede ser antijurídica y sólo una acción u omisión antijurídica puede ser culpable*¹⁵.

Abreviando diríamos que jurídicamente el delito es una *acción ilícita y culpable*. Es decir, tenemos dos niveles de imputación; la imputación como ilícito y la imputación del hecho como culpable. Estos niveles de imputación están ordenados sistemáticamente y constituyen la estructura del delito.

2.4.1. La Imputación como Ilícito.

El nivel correspondiente a lo ilícito, se desarrolla en dos momentos diferentes que responden al doble juego de las normas penales: las prohibitivas (mandatos) y las autoritativas; la comprobación de que el hecho ejecutado es el hecho prohibido por la norma y, una vez establecido que es el hecho prohibido por la norma, la comprobación de que la ejecución del mismo no está autorizado por el ordenamiento jurídico.

La comprobación del carácter de prohibida de la acción se lleva a cabo por medio de la teoría de la tipicidad. La de la ausencia de autorización por medio de la teoría de la justificación o de la antijuricidad¹⁶. En este sentido el profesor VILLAVICENCIO TERREROS, sostiene que *“... para imputar el hecho, cuando se constata la presencia de las dos primeras características (tipicidad y antijuridicidad) se denomina injusto a la conducta que las ofrece”*¹⁷.

¹⁵ CEREZO MIR, José. *“Derecho Penal Parte General”*. Lima 2006, Ara editores; Obras completas T. I. p.381.

¹⁶ BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit.,p. 206.

¹⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. Cit.,p. 227.

2.4.2. La Imputación como Culpabilidad.

El nivel correspondiente a la culpabilidad se desenvuelve también en dos momentos a decir de BACIGALUPO¹⁸; la comprobación de si el autor de lo ilícito pudo conocer o no que el hecho estaba jurídico-penalmente desaprobado (problemática del error de prohibición). Una vez afirmado esto, se debe verificar si el autor podía comprender la antijuricidad de su acción y comportarse de acuerdo con esa comprensión (problemática de la capacidad de culpabilidad).

Ambos momentos se llevan a la práctica mediante la teoría de la culpabilidad. La diferenciación de la imputación en dos niveles (en el nivel de lo ilícito y la culpabilidad) es una consecuencia resultante del sistema de doble vía, que prevé medidas de seguridad para incapaces de culpabilidad y penas para los que tienen capacidad.

2.5. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.

2.5.1. Consideraciones previas.

En la medida en que la teoría del delito persigue, entre otras cosas, dice el profesor Joaquín CUELLO CONTRERAS¹⁹ delimitar la responsabilidad penal conforme a principios y criterios que la reduzcan a límites tolerables en el Estado de Derecho, desde hace

¹⁸ BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit., p. 207.

¹⁹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "Ámbito y Límites de la Doctrina de la Imputación Objetiva". En: Imputación Objetiva. AA. VV. Lima 2012. Editorial Idemsa; p. 113 y ss.

tiempo se viene trabajando en la doctrina científica en la obtención de criterios que permitan recortar ya en el plano del tipo objetivo los supuestos en que ese tipo penal quiere ser aplicado, más allá del criterio meramente causal (nexo de causalidad).

Surge así la teoría de la imputación objetiva, conforme a la cual, el resultado, para que el autor que lo causó responda de él, hace falta ya que además de causarlo –presupuesto meramente fáctico– le sea imputable con criterios axiológicos relacionados con el fin perseguido por el legislador con la creación de ese tipo objetivo del delito.

Así, en su formulación más elaborada y aceptada mayoritariamente, el resultado típico causado sólo se imputa cuando, además, haya tenido su origen en la creación por parte del autor de uno de los riesgos de lesión del bien jurídico en que pensó el legislador al promulgar la norma que contiene el tipo objetivo del delito en cuestión, y, al mismo tiempo ha sido ese riesgo el que se ha concretado en el resultado causado.

En este sentido dice el profesor Manuel CANCIO MELIÁ²⁰, que el tipo de un delito de resultado solo queda cumplido cuando la conducta sometida a análisis *a)* ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado y *b)* este riesgo se ha realizado en el resultado. Partiendo de esta fórmula de aplicación, a pesar de concurrir una relación de causalidad entre conducta y resultado, hay que negar la concurrencia de la tipicidad si es que no se verifica la presencia de alguno de los elementos señalados; sin embargo, también es necesario considerar un escalón adicional de análisis, pues además de comprobar la creación y la realización de

²⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. *“Estudios de Derecho Penal”*. Lima 2010. Editorial Palestra; p. 184 y ss.

un riesgo jurídicamente desaprobado, debe verificarse que el resultado se halle dentro del alcance del tipo.

En este paso sistemático, ha de comprobarse que –a pesar de la concurrencia de una relación de causalidad y de la creación del riesgo– el resultado acaecido realmente sea uno de los que el tipo penal en cuestión pretende evitar.

En el desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva, cabe reconocer la enorme contribución de la doctrina científica alemana, fundamentalmente debida a las propuestas de los profesores Claus Roxin y Günther Jakobs; en orden a ello se explicará ambos modelos sistemáticos por separado, considerados en el marco del funcionalismo del derecho penal.

2.6. El Modelo de la Imputación Objetiva de Claus Roxin.

El primer cometido de la imputación al tipo objetivo para ROXIN, es indicar las circunstancias que hacen de una causación (como límite extremo de la posible imputación) una acción típica; así la imputación al tipo objetivo se produce conforme a dos principios sucesivamente estructurados: (a) *Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico, no cubierto por un riesgo permitido, y ese peligro se ha realizado en el resultado concreto*²¹.

²¹ ROXIN, Claus. “Derecho Penal Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”. Madrid 1997. Editorial Cívitas, Tomo I, p. 363.

En este esquema, cuando falta la creación de un riesgo o peligro prohibido, la acción y su resultado son impunes²². Pero también es impune el resultado cuando éste no es una realización del riesgo prohibido.

Esta regla, sin embargo, dice Zaffaroni, parece insuficiente para limitar la imputación objetiva, lo que lleva a ROXIN a construir una regla correctiva, conforme a la cual no habría imputación cuando *el alcance del tipo no abarca la evitación de los riesgos y sus repercusiones*. Se trata de casos de incitación o de cooperación a una mera autopuesta en peligro que los tipos no tienden a evitar.

De estas reglas básicas ROXIN deduce las reglas generales, a tener en cuenta para excluir la imputación objetiva. Si ésta presupone la creación de un riesgo prohibido, éste faltará cuando el autor que produce un resultado lesivo modificando un curso causal disminuye el peligro existente para la víctima, colocándola en una mejor situación.

Cabe observar que puede haber casos en que el riesgo se disminuye por efecto de la intervención causal del agente y, sin embargo, no parece desaparecer la imputación objetiva, como ocurrió con los médicos que bajo el régimen nazi entregaron enfermos para salvar a la mayoría.

Es claro que, cuando se trata de un caso de aumento del riesgo, puede sostenerse que la regla no opera y que por ello es posible la imputación; pero esto no parece ser admisible, porque cualquier

²² ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR. "Derecho Penal Parte General". México 2005. Editorial Porrúa; 2ª edición., p 470.

actividad de realización universal y simultánea acabaría con la humanidad.²³

ROXIN también excluye la imputación objetiva en los casos de riesgos permitidos, aunque el autor haya creado o elevado el riesgo. Entiende que es tal una conducta que crea un riesgo relevante, pero que de modo general está permitido. Quizá sea el aporte más importante de la construcción, que debe ser necesariamente tenido en cuenta en la consideración de la función conglobante del tipo objetivo.

No basta con la creación de un riesgo prohibido, cuando el resultado no es realización del mismo. En general esta regla resolvería, por ejemplo, el caso del herido que muere en el incendio del hospital. No obstante, las consideraciones de ROXIN se vuelven aquí muy finas y difícilmente generalizables: sostiene que es realización del riesgo si el paciente muere por un error del médico, pues siempre existe la posibilidad de una negligencia en una situación de urgencia, sobre todo en una realidad como la nuestra.

Asimismo propone limitar la imputación cuando los resultados no estuviesen *cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado limitativa del riesgo permitido*, –esto será explicado más adelante– o sea, cuando el resultado se hubiese evitado también si otro que realiza la misma actividad hubiese observado el cuidado debido. La razón es que no puede imputarse al otro cuando los deberes de cuidado tienen por objeto evitar sólo los riesgos de la propia actividad.

Otro aspecto lo plantean las conductas alternativas conforme a derecho, cuando en la hipótesis de su realización, con alta

²³ Sobre ello ampliamente, ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR. Ob. Cit., p. 471 y ss.

probabilidad –aunque sin seguridad– se hubiese evitado un resultado. Cuando existe seguridad de que el resultado se hubiese producido igualmente, excluye la imputación; pero la mantiene en caso de la posibilidad de evitación del resultado. Esta solución para algunos parece violatoria del *in dubio pro reo*, pues asimila el caso en que *posiblemente se hubiese evitado* con el que *seguramente se hubiese evitado*. En realidad, parece estar penando conforme a un tipo de peligro que no existe en el caso concreto.

A este respecto ROXIN rechaza el argumento de la violación del *in dubio pro reo*, afirmando que las reglas de cuidado exigen observancia incluso si su incumplimiento, no con seguridad pero sí probable o posiblemente, aumenta los peligros para la víctima.

Por regla general, con la realización de un peligro no cubierto por un riesgo permitido, ya se ha dado la imputación al tipo objetivo. No obstante se admite que la imputación puede fracasar cuando *el fin de protección del tipo penal* no abarca resultados de la clase de los producidos, es decir, cuando el tipo no está destinado a impedir tales sucesos.²⁴

2.7. El modelo de Imputación Objetiva de JAKOBS.

JAKOBS parte de una concepción de la conducta objetivamente imputable como conducta que se desvía de las expectativas establecidas por la norma con respecto al portador de un determinado rol. Los contenidos de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por este autor se encuentran estrechamente

²⁴ ROXIN: “*La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*”. Lima 2012. Editorial Grijley; 2da. Edición, p. 125 y ss.

vinculados a la idea de que el sistema de la teoría del delito debe tomar como punto de referencia la esfera de administración autónoma que le corresponde al ciudadano, a la persona.

Dado que las personas pueden conformar (organizar) el mundo, pero con todo vive en un mundo ya conformado (en un mundo con instituciones), las expectativas normativas estables, imprescindibles para posibilitar los contactos sociales –con independencia de los diversos contenidos de las normas– pueden referirse a dos distintos ámbitos de objetos. Por una parte es necesaria una expectativa de que todos mantengan en orden su círculo de organización, para que no se produzcan efectos exteriores mediante los que podrían resultar dañados otros. La decepción de estas expectativas conduce a delitos que se denominan delitos de dominio. Por otra parte, es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. La decepción de estas expectativas conduce a delitos que se denominan delitos de infracción de un deber.²⁵

En este sentido, la teoría de la imputación objetiva es para JAKOBS un primer gran mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, que permite constatar cuando una conducta tiene carácter (objetivamente) delictivo.

Mediante la teoría de la imputación objetiva, por tanto, en opinión de JAKOBS se determina si concurre una expresión de sentido típica que ha de entenderse en sentido general, en cuanto

²⁵ JAKOBS: *“Derecho Penal Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación”* Madrid 1997. Editorial Marcial Pons; 2da edición corregida, p. 11.

expresión de sentido del portador de un rol, como contradicción de la vigencia de la norma en cuestión.

Concretamente, la teoría de la imputación objetiva se divide para JAKOBS en dos niveles: por un lado, la calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento), y, por otro, la constatación –en el ámbito de los delitos de resultado– de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado).²⁶

En el primer nivel de la imputación objetiva, la imputación de comportamientos, JAKOBS propone cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de construirse el juicio de tipicidad: riesgo permitido, principio de confianza, actuación a riesgo propio de la víctima y prohibición de regreso. JAKOBS configura el riesgo permitido partiendo de una definición claramente normativa del "riesgo", desligada de probabilidades estadísticas de lesión.

El riesgo permitido se define, entonces, como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente *status quo* de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, hasta el punto que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica –de una ponderación omitida–, dicho en otros términos, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación.

El principio de confianza determina cuándo existe, con ocasión del desarrollo una actividad generadora de un cierto riesgo (permitido),

²⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel: "*Estudios de Derecho Penal*". Lima 2010. Editorial Palestra, p. 73 y ss.

la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también intervienen en dicha actividad (de modo que si no se procediera así, el riesgo dejaría de ser permitido), y cuándo se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos.

La institución de la "actuación a riesgo propio" o "competencia de la víctima" mediante la cual JAKOBS propone tener en cuenta la intervención de la víctima en el suceso concreto; pues un resultado típico puede ser explicado también a raíz de la actuación de la propia víctima.

Respecto de la institución de la prohibición de regreso cabe decir que lo que JAKOBS pretende en última instancia es enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. Desde esta perspectiva, la prohibición de regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamientos imprudentes como dolosos, con base en criterios objetivo-normativos.

De este modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación punible (accesoria). *“Un comportamiento es accesorio –dice JAKOBS– cuando constituye una razón para imputar el acto de ejecución que otro ha realizado; lo contrario de la imputación por accesoriedad es la prohibición de regreso”*.²⁷

Para mayor abundamiento respecto de la prohibición de regreso JAKOBS se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir, que

²⁷ JAKOBS, Günther. *“La Imputación Objetiva en Derecho Penal”*. Lima 1998. Editorial Grijley. p. 85.

puede ser distanciado de él. Por otro lado, frente al alto grado de desarrollo que ha alcanzado el primer nivel de la imputación objetiva, el segundo nivel de imputación, la realización de riesgos o imputación objetiva del resultado, tiene un peso menor en la concepción de JAKOBS.

2.8. CONDUCTAS NEUTRALES DE PARTICIPACIÓN EN EL DELITO.

2.8.1. Consideraciones previas.

La posibilitación de las relaciones de los individuos en sociedad, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida, resulta siendo, en la actualidad, altamente compleja por el elevado número de contactos sociales.

A este respecto explica el profesor SILVA SÁNCHEZ²⁸ que la sociedad postindustrial, la actual, es además la «*sociedad del riesgo*», una sociedad con otros caracteres individualizadores. Así, se trata de una sociedad de enorme complejidad en la que la interacción individual –por las necesidades de cooperación y de división funcional– ha alcanzado niveles hasta ahora desconocidos.

Sin embargo, la profunda *interrelación de las esferas de organización individual* incrementa la posibilidad de que algunos de esos contactos sociales redunden en la producción de consecuencias lesivas; a la vez, la creciente interdependencia da

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. “*La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*”. Madrid 2001. Editorial Cívitas. 2ª edición; p. 23.

lugar a que, cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos de un sujeto dependa de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros.

Expresado de otro modo, las esferas individuales de organización ya no son autónomas, sino que se producen de modo continuado fenómenos –recíprocos– de transferencia y asunción de funciones de aseguramiento de esferas ajenas. En Derecho penal, ello implicaría la tendencia hacia una exasperación de los delitos de comisión por omisión que incide directamente en su reconstrucción técnico-jurídica.

En el mismo sentido refieren los profesores CARO JOHN y POLAINO ORTS²⁹ quienes identifican como características de la configuración actual de la sociedad, al fenómeno de la “*complejidad*” y “*anomización*”. En buena cuenta las dificultades de la teoría de la intervención delictiva para dar respuesta a las manifestaciones actuales de interacción social entre individuos pueden agruparse en dos bloques, que a su vez se corresponden con dos formas posibles de abordar la estructura de la intervención de una pluralidad de sujetos en un mismo contexto delictivo³⁰.

Por un lado, puede analizarse la responsabilidad jurídico-penal de una pluralidad de intervinientes que concurren en un mismo delito desde el punto de vista de la *interacción vertical*. Ello procede cuando la conducta de los intervinientes se inserta en niveles o esferas de actuación con relevancia diversa (reparto de competencias) en el seno de una misma estructura organizada jerárquicamente (Órganos de la Administración Pública, empresas,

²⁹ CARO JOHN y POLAINO ORTS. “*Neutralidad y Acción en Derecho Penal. Consecuencias Dogmáticas*”. En: “*Legitimación del Derecho Penal*”. AA. VV. Lima 2012. Palestra Editores; p. 111 y ss.

³⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo. “*La Participación en el Delito: Fundamentos y Límites*”. Madrid 2003. Marcial Pons. p. 26 y ss.

organizaciones criminales, etc.) en este marco de interacción vertical, las principales estructuras de imputación son la autoría mediata y la comisión por omisión.

En segundo lugar desde la perspectiva de la *interacción horizontal* entre los intervinientes surgen los fenómenos asociativos de sujetos que actúan en un mismo nivel. Entre lo delictivo y lo no delictivo ya no hay un abismo que los separa, sino que siempre podrá hallarse una cadena de fases intermedias en las que otros sujetos distintos del autor hayan entrado en algún momento en contacto con él.

En este orden, la mayoría de los contactos sociales aparecen de forma completamente estereotipada, esporádica, circunstancias o instantánea, esto es se agotan en el cumplimiento de objetivos concretos. En el nivel de interacción horizontal la estructura de imputación de autoría por excelencia es la coautoría. A su vez, la dogmática de la participación encuentra aquí su ámbito de desarrollo tradicional (inducción y complicidad)

2.8.2. Concepto.

La cuestión de cómo debería valorarse aquellos comportamientos que se mueven en la frontera entre lo socialmente adecuado y la participación en el delito, constituye un problema que linda con la libertad de acción y el incremento del riesgo permitido; en este sentido dice VILLAVICENCIO TERREROS³¹ que las *“conductas neutrales o cotidianas se refieren a aquellas intervenciones en el tráfico de bienes o servicios, generalmente legales y habituales, pero*

³¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *“Derecho Penal Parte General”*. Lima 2010, tercera reimpresión de la primera edición, editorial Grijley, p. 522.

que al mismo tiempo pueden incrementar las posibilidades de realización del delito"; y es en este tipo de casos que para este autor el riesgo permitido adquiriría su papel más importante con relación a la participación.

La denominación que se le ha venido dando a las conductas neutrales todavía no ha adquirido homogeneidad en la doctrina; así se refieren a "conductas o acciones neutrales", "cotidianas", "estándar", "negocios normales de la vida diaria", "conductas social y/o profesionalmente adecuadas", "acciones conforme al ordenamiento jurídico", acciones en las que no existe solidarización con el injusto ajeno", "conductas limitadas a la actividad profesional", etc.³²

Para HASSEMER se denomina neutrales a aquellas conductas "*... que desde la perspectiva de un observador imparcial no tienen ninguna tendencia objetiva hacia el injusto, aunque pueden llegar a recibir esa tendencia mediante informaciones adicionales – especialmente sobre el lado interno del que presta la ayuda–*".³³

En este orden el profesor Robles Planas advierte la presencia de dos elementos comunes: uno de carácter objetivo y otro subjetivo. En primer término, son conductas que se realizan de manera adecuada a un rol, estándar o estereotipo. En segundo lugar existe el conocimiento por parte de quien las lleva a cabo de su idoneidad para, directa o indirectamente, producir un resultado delictivo. En ese sentido somos partidarios de que la relevancia penal de las conductas neutrales debe valorarse con mayor propiedad en el terreno de la participación delictiva, y no en el de la autoría.

³² ROBLES PLANAS, Ricardo. Ob. cit. p. 31.

³³ HASSEMER, W. Citado por ROBLES PLANAS, Ricardo. Ob. cit. p. 33.

2.8.3. Delimitación: ¿Objetiva o Subjetiva?

El calificativo de neutro dicen, los profesores CARO JOHN y POLAINO ORTS³⁴, desde una perspectiva del normativismo puro, no se refiere a un concepto desprovisto de valoración, puesto que en el Derecho no existe neutralidad alguna, sino más bien alude al espacio de libertad jurídicamente reconocido al ciudadano como una causa de exclusión de la imputación objetiva regulada en el artículo 20, inc. 8 del Código penal, coincidiendo con el obrar por disposición de la ley, con el cumplimiento de un deber, con el ejercicio legítimo de un derecho, profesión, oficio o cargo.

Esta situación, a decir de los profesores CARO JHON y POLAINO ORTS, expresa al mismo tiempo el sentido de una concreción del ejercicio del derecho fundamental a la autodeterminación por el cual toda persona tiene derecho [...] a su libre desarrollo y bienestar, consagrado en la Constitución Política en el art. 2, inc. 1. Se erige así una garantía con un significado normativo inmunizador que cubre a toda conducta practicada en el ejercicio libre de una actividad cotidiana que plasma el desarrollo en libertad de la autodeterminación personal en la actual configuración de la sociedad.

La conducta que reúna esta característica está inmunizada frente a la posible imputación de los títulos de autor (art. 23 CP), instigador (art. 24 CP) o cómplice (art. 25 CP) de manera que para los referidos autores la importancia de la temática de las conductas neutras, se centra en la búsqueda de criterios normativos que

³⁴ CARO JOHN y POLAINO ORTS. Ob. Cit., p. 112 y ss.

aclaren convincentemente qué condiciones determinan la relevancia e irrelevancia penal de estas conductas.

El Código penal se limita a establecer que una conducta puede alcanzar el nivel de una instigación o complicidad cuando es realizada dolosamente, con el conocimiento de estar posibilitando o favoreciendo la comisión de un delito. El instigador es quien dolosamente determina a otro a cometer el hecho punible (art. 24 CP), y el cómplice quien también dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible (art. 25 CP).

De manera que la regulación positiva fija en el dolo del actuante – en la parte subjetiva del hecho– el criterio determinante de la relevancia e irrelevancia penal de la conducta de participación. Sin embargo, a esta prescripción legal subyacería un entendimiento psicologizante de la participación delictiva, por cuanto se ignoraría que en un nivel previo de valoración –en la parte objetiva del hecho– existe un condicionamiento socio-normativo provisto de una fuerza dogmática para excluir o fundamentar de manera contundente la relevancia o irrelevancia penal de la conducta.³⁵

Este condicionamiento social sería de carácter objetivo porque se encontraría sustraído completamente a la mente del actuante, lo que se conoce dogmáticamente como el obrar acorde a un rol socialmente estereotipado.

De esta manera la conducta sería declarada imputable objetivamente sólo por el significado social que comunica el quebrantamiento de los límites de un rol y nunca por la representación psíquica del actuante sobre su propio hecho.

³⁵ CARO JOHN y POLAINO ORTS. Ob. Cit., p. 114 y ss.

Para el profesor ROXIN, es importante establecer el grado de conocimiento que el actuante tiene al momento de realizar una prestación cualquiera, como parte de su oficio cotidiano. A este respecto podemos señalar de manera abreviada, por ahora, que, si el actuante realiza una aportación a un tercero sabiendo que éste la utilizará para cometer un delito, entonces lo aportado deja de ser inocuo o neutro para convertirse en una participación punible. Se fundamenta una participación porque la aportación muestra de este modo una relación de sentido delictiva.

La situación cambia si el actuante sólo cuenta con la probabilidad que el autor cometerá un delito, esto es, sin tener un conocimiento seguro de la resolución delictiva de sentido, sino sólo un conocimiento meramente probable, entonces su responsabilidad se excluye por regir el principio de confianza. Para ROXIN en virtud de este principio todos pueden confiar en que los demás no cometerán delitos dolosos, en tanto que una inclinación reconocible al hecho del otro no debilita esa suposición.

2.9. TEORÍAS DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO.

La institución de la prohibición de regreso es un criterio que se orienta a limitar la imputación de un resultado a ciertos comportamientos que pueden haber resultado causales, pero que están fuera del interés del derecho penal.³⁶ En este sentido constituye el criterio delimitador de la imputación de la conducta

³⁶ BACIGLUPO ZAPATER, Enrique. *"Derecho Penal Parte General"*. Lima 2004. Editorial Ara; p. 271

que de modo estereotipado es inocua, cotidiana, neutral o banal y no constituye participación en el delito cometido por un tercero³⁷.

Especial referencia ha de hacerse respecto de la formulación en este ámbito por el profesor JAKOBS, para quien la prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir, que puede ser distanciado de él.

Por otro lado, frente al alto grado de desarrollo que ha alcanzado el primer nivel de la imputación objetiva, el segundo nivel de imputación, la realización de riesgos o imputación objetiva del resultado, tiene un peso menor en la concepción de JAKOBS.

A este respecto dice "... el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, **existe una prohibición de regreso** cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida."³⁸

³⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. Cit. p. 328. En el mismo sentido también GARCÍA CAVERO, Percy. "*Derecho Penal Parte General*". Lima 2012; Jurista Editores; 2ª edición; p. 421.

³⁸ JAKOBS, Günther. "*La Imputación Objetiva en Derecho Penal*". Buenos Aires 1997. Editorial Ad-Hoc; p. 31 y ss.

2.9.1. Evolución Histórica Dogmática de la Prohibición de Regreso.

2.9.1.1. Interrupción del Nexo causal o de la relación de Responsabilidad.

En las formulaciones más primitivas causalidad y responsabilidad eran conceptos que a veces desempeñaban una misma función. Con la fórmula de la interrupción del nexo causal, se pretendió decir que se niega la imputación del hecho a pesar de que existe una relación causalidad³⁹.

Así, las teorías de la interrupción del nexo causal y algunas de sus variantes más avanzadas, sin embargo, no pretendían negar la relación de causalidad en sentido mecánico, naturalístico o positivista; sino como causalidad libre e imputable a una persona o como causalidad en sentido antropocéntrico relacionada con la visión filosófica que del ser humano tenía el idealismo alemán.

2.9.1.2. La Tradicional Teoría de la Prohibición de Regreso de FRANK.

Según la tradicional teoría de la prohibición de regreso de Reinhard FRANK, todo favorecimiento imprudente de una conducta dolosa y culpable es impune. De manera que la prohibición de regreso impide la imputación a un primer sujeto que obra

³⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *“Imputación Objetiva en Derecho Penal”*. Lima 2002. Editorial Grijley; p. 354.

imprudentemente cuando entre éste y el resultado se halla interpuesta la conducta dolosa de un segundo sujeto.⁴⁰

FRANK llega a esta conclusión partiendo de la idea de que no se podía considerar causa del resultado típico a una condición previa (imprudente) de una condición que se dirige libre y conscientemente, de forma dolosa y responsable a la producción del resultado.

Luego de analizar una constelación de casos, como el conocido ejemplo del cazador, que deja su escopeta en el guardarropa de una fonda y que posteriormente es utilizada por otro para matar a un tercero; decía Frank, existe relación de causalidad, pero las condiciones en cuestión no son causas. Según este autor quien crea una precondition de esta especie sólo puede responder como partícipe en caso de que se den los presupuestos legales de la participación.

2.9.1.3. Principio de la propia Responsabilidad según WELP.

El principio de autorresponsabilidad ha sido utilizado también para fundamentar la prohibición de regreso a la responsabilidad del primer sujeto. En virtud de la existencia de un autor responsable interpuesto entre el hombre de atrás y la víctima se genera un ámbito de responsabilidad que es ajeno para el resto de personas⁴¹.

Así, WELP opina que el autor doloso que actúa directamente le cierra el acceso a una responsabilidad del tercero por el

⁴⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo. Ob. Cit. p. 82 y ss.

⁴¹ ROBLES PLANAS. *Ibíd.* p. 86.

resultado.⁴² La posibilidad de causar efectos por parte del partícipe se reduciría al hecho de ofrecer una motivación, y la elección autorresponsable del autor, revela que aquello no es más que el mero hecho de ofrecer una tentación (al autor doloso). La autorresponsabilidad del autor doloso configura un ámbito de responsabilidad que les sería ajeno a todos los que se hallan fuera de él.

WELP se ha preocupado por darle una mayor fundamentación material a la prohibición de regreso que supere la mera referencia formal a la no punibilidad de la participación imprudente. En orden a ello ha ofrecido dos razones: A) Los deberes de cuidado referidos a conductas ajenas dolosas son interminables; B) La punición de estas conductas supone una excesiva limitación de la libertad de actuación sobre todo teniendo en cuenta que los otros son siempre autorresponsables. La influencia no dolosa en la libertad ajena no es contraria al deber ni necesita una autorización especial, sino que siempre es socialmente adecuada, sea cuales sean las circunstancias.

Las críticas a WELP son abundantes, dado que el principio de autorresponsabilidad recibiría un alcance exagerado. JAKOBS lo resume así. *“... en el ámbito de los delitos imprudentes exagera en la exclusión de toda posibilidad de imputación, mientras en el ámbito del delito doloso exagera en sentido contrario al considerar que no se excluye nunca la imputación cuando hay relación causal y dolo.”*⁴³

⁴² ROXIN “Dogmática Penal y Política Criminal”. Lima, editorial Idemsa. 1998. p.51 y ss.

⁴³ JAKOBS.”Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal” Lima, Palestra Editores, 2000. p. 181 y ss.

2.9.1.4. El Principio de Conducibilidad de OTTO.

Este autor considera que la persona que imprudentemente ha abierto la posibilidad de una comisión dolosa carece de la posibilidad de dominio del hecho y que, por tanto, su comportamiento es impune. Pierde la posibilidad de dominar el riesgo el que de modo imprudente facilita un dominio del riesgo de alguien que actúa libre y conscientemente.

OTTO replantea la teoría del dominio del hecho con base a la posibilidad de dominar o conducir el suceso. Llega a la prohibición de regreso introduciendo la conducibilidad (capacidad de dirección) como criterio de imputación. ROXIN lo resume así⁴⁴: *“La posibilidad de conducción del que actúa originariamente termina allí donde otra persona libre, en el sentido jurídico configura el suceso conscientemente conforme a sus propios planes o excluye a quien actúa previamente del ámbito de influencia sobre el riesgo”*.

Este principio a decir de ROXIN adolece de la precisión necesaria como para servir de criterio general de la imputación. Si se lo entiende en el sentido de la evitabilidad del resultado, entonces, hay que decir que aquél que, por medio de su descuido, posibilita la comisión de un delito doloso, habría podido evitar totalmente el resultado por medio de una conducta cuidadosa.

Una prohibición de regreso no se puede fundamentar, por tanto, en un criterio imputativo de conducibilidad; pues según como sea entendido éste elemento o bien existe incluso en caso de producción de una comisión dolosa del delito, o bien falta también

⁴⁴ ROXIN. Ob. Cit. p. 54 y ss.

en casos que nadie discute que no caen bajo la prohibición de regreso.

2.9.1.5. La diferencia de Disvalor entre Dolo e Imprudencia en WEHRLE.

WEHRLE apela al desnivel de injusto, entre el dolo y la imprudencia, si la provocación dolosa de hechos dolosos no es autoría dolosa, sino sólo participación, la provocación imprudente de hechos dolosos ni siquiera puede ser castigada como autoría imprudente; sino que tiene que quedar impune por el menor merecimiento de pena que así y todo tiene los hechos imprudentes.⁴⁵

Aún cuando la primera actuación no dolosa sea gravemente insolidaria frente al bien jurídico amenazado en casos en que es notorio que habrá un hecho doloso, ello no fundamenta una lesión al deber de ciudadano.

A esta argumentación se le contraponen dos cosas explica ROXIN en primer lugar, el legislador (alemán), al menos en la relación entre autoría e instigación, no conoce nada semejante a una relación de desnivel, sino que pone a ambas formas de conducta bajo el mismo marco penal.

Se trata de diferentes tipos de ilícitos, no de diferencia de la medida del ilícito y culpabilidad, de modo que de ello no se puede extraer conclusiones sobre la falta de merecimiento de pena de la provocación imprudente de hechos dolosos. En segundo lugar las

⁴⁵ ROXIN: *“La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”*. Lima 2012. Editorial Grijley; 2da edición. p. 312 y ss.

razones que en los hechos dolosos han conducido a la distinción entre autoría, instigación y complicidad, no son trasladables en ningún caso a las formas de conducta imprudente.

Si la complicidad, debido a la falta de dominio del hecho del cómplice, es castigada más benignamente que la autoría dolosa, de allí no se puede extraer la falta de merecimiento de pena de la complicidad imprudente, porque el dominio del hecho Roxiniano no desempeña ningún papel, así y todo en las formas de conductas imprudentes, de modo que éstas caen con razón bajo el concepto de autor unitario.

La cooperación no dolosa en un delito doloso es impune (siempre que falte la lesión de un específico deber de cuidado). De acuerdo con el principio de autorresponsabilidad se puede confiar (como principio) en que una persona autorresponsable se va a comportar de forma cuidadosa, por lo que en supuestos de favorecimiento no doloso de delitos dolosos responden exclusivamente los garantes de protección de bienes jurídicos o de control de fuentes de peligro con especiales deberes frente a la conducta de terceros.⁴⁶

2.9.1.6. La posición de Wolfgang FRISCH.

FRISCH considera que la problemática de la prohibición de regreso es previa a la imputación del resultado y se debe tratar en el nivel de la conducta típica. Desarrolla en profundidad los argumentos que le hacen llegar a la conclusión de que la teoría de la prohibición de regreso es correcta en líneas generales salvo

⁴⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. Ob. Cit. p. 376.

excepciones como los supuestos en los que existe una posición de garante.

Este autor alemán, considera que la limitación de la libertad de actuación con respecto a posibles conductas delictivas de terceros sólo se puede legitimar de modo excepcional, incluso aunque exista la posibilidad de conocer esa actuación ajena.⁴⁷

Los postulados de FRISCH se sitúan en el ámbito de las nuevas perspectivas de la teoría de la imputación objetiva; pues apuntan a construir una teoría de los límites de la participación criminal válida para todos los tipos –no sólo los de resultado– por tanto, no diferencia entre supuestos dolosos e imprudentes.

La preocupación, en el tratamiento de las modalidades de intervención que posibilitan, favorecen o motivan conductas de terceros que lesionan bienes jurídicos, y, en especial, la realización de hechos delictivos, obtiene loables resultados.

Por otro lado FRISCH critica el recurso a la previsibilidad como criterio, ya que el supuesto de que una persona ya hubiera realizado un hecho penal similar o que la realización de un hecho delictivo estuviera más cercana o sea, algo más que una mera posibilidad teórica en virtud de determinadas circunstancias específicas que concurren en el caso concreto, no es razón suficiente para desvalorar una conducta.

Asimismo FRISCH ha propuesto recurrir al criterio del *contenido de sentido de la conducta del autor*. Desde esta perspectiva, solo si la conducta del autor muestra el específico sentido de ser un favorecimiento o una incitación a un comportamiento delictivo o a

⁴⁷ JEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José: *“Imputación Objetiva en Derecho Penal”*. Lima 2002. Editorial Grijley, p. 379

una conducta arriesgada de un sujeto que carece de los conocimientos relativos al riesgo, podrá hablarse, en principio, de una conducta típica del primero⁴⁸.

2.9.1.7. La posición de ROXIN.

El maestro de Munich rechaza en general esta reformulación de la prohibición de regreso, considerando que no es más que un sub supuesto del riesgo permitido y el principio de confianza. Sin embargo, ha decir de FEIJOO SÁNCHEZ, ROXIN ha llegado en algunos casos concretos a soluciones similares a las de JAKOBS y gradualmente se ha ido acercando a su posición aunque sin llegar a compartirla plenamente.

ROXIN asume que hace falta una mayor limitación de la responsabilidad en el ámbito de la participación criminal ya que no todo favorecimiento causal cognoscible de una persona inclinada a realizar un hecho doloso es suficiente para la imputación, pero no acepta un instituto, criterio o principio rector válido en general.⁴⁹

En líneas generales, en sus “Observaciones sobre la prohibición de Regreso”⁵⁰ artículo publicado en 1989 en el libro homenaje a Herbert Trondle, se ocupa inicialmente de esta cuestión, y considera que no existe imputación en los supuestos de participación imprudente en aquellos casos en los que de acuerdo con el sentido objetivo no existe un favorecimiento de una inclinación ajena al hecho delictivo.

⁴⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. “*Estudios de Derecho Penal*”. Lima 2010. Editorial Palestra; p. 190.

⁴⁹ FEIJOO SÁNCHEZ. Ob. Cit. p. 385 y ss.

⁵⁰ ROXIN. “*La Teoría del Delito en la Discusión Actual*”. Lima 2007. Editorial Grijley; p. 113 y ss.

ROXIN al igual que JAKOBS está de acuerdo en que para la cooperación no es suficiente un favorecimiento causal, sino que tiene que añadirse una relación delictiva de sentido que convierta una conducta neutral en un ataque al bien jurídico.

La diferencia de la posición de ROXIN en relación a la objetivista teoría de JAKOBS es que aquél sigue haciendo depender la relación delictiva de sentido del conocimiento que tenga el partícipe del conocimiento del autor y de su intención subjetiva. Este diverso punto de vista le hace llegar a la conclusión de que la prohibición de regreso es válida cuando concurre dolo eventual en el partícipe, pero no dolo directo.

2.9.1.8. La postura de Günther JAKOBS.

Este autor aboga por una prohibición de regreso válida tanto para las conductas posteriores dolosas, como para las conductas posteriores imprudentes, JAKOBS⁵¹ parte considerando como principio que: para la cooperación no es suficiente un favorecimiento causal, sino que tiene que añadirse “una relación delictiva de sentido” que convierta una conducta socialmente adecuada, inocua y/o neutral, en un ataque a la vigencia de la norma.

En su opinión, la prohibición de regreso debe entenderse de manera completamente objetiva, sin necesidad de tomar en

⁵¹ Véase FEIJOO SÁNCHEZ. Ob. Cit. p. 380 y ss.

consideración el carácter doloso o imprudente ni de la conducta del primer sujeto ni de la conducta del tercero.⁵²

La prohibición de regreso sirve para poner de manifiesto que al sujeto sólo se le pueda imputar un determinado resultado lesivo cuando mantiene con el mismo una relación específica de carácter objetivo, como la que se exige en los delitos de comisión por omisión. Al igual que ocurre en estos delitos, no basta con apelar a la causalidad o a la evitabilidad, sino que hay que demostrar que el sujeto es realmente competente del suceso lesivo.

Se trata, en definitiva, de determinar los distintos ámbitos de responsabilidad o competencia para saber hasta qué punto lo sucedido se le puede imputar objetivamente al sujeto. JAKOBS reconoce que no se puede proclamar sin más la vigencia de una general prohibición de regreso, pero entiende que tampoco se debe prescindir de esta figura apelando a la necesidad de atender al caso concreto.

A su juicio, deben buscarse criterios generales que permitan desarrollarla y fundamentarla correctamente. Partiendo de que la norma penal pretende estabilizar determinadas expectativas, JAKOBS sostiene que lo decisivo es que el comportamiento resulte o no compatible con el esquema configurado por la norma.

Hay que valorar si la conducta del primer sujeto define un propio plan delictivo, se adapta al comportamiento delictivo de un tercero o se realiza ostentando una determinada posición de garante que obligue a evitar la conducta del tercero.

⁵² JAKOBS, Günther. *"Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación"*. Madrid 1997. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas; 2ª edición. p. 258 y ss.

Se trata de decidir, en otras palabras, si la conducta ha de interpretarse necesariamente como integrante de un plan delictivo, propio o ajeno, o si, por el contrario, es posible otra interpretación y el sujeto puede distanciarse de ese plan delictivo en el que participa el tercero, pues en este último caso su conducta no supondrá ningún riesgo especial y se presentará como algo inocuo o cotidiano. Es entonces cuando existe una prohibición de regreso.

JAKOBS⁵³ mantiene que tales planteamientos están vinculados al principio de autorresponsabilidad porque parten de que el sujeto, en principio, sólo es competente de lo que surge de su ámbito de organización.

Sin embargo, esta idea de autorresponsabilidad no se basa en la posibilidad de tomar como referencia el ámbito de responsabilidad ajeno para limitar el ámbito propio, sino que se centra únicamente en la conducta del primer sujeto para destacar que «no todo es asunto de todos» y que, en esa medida, es necesaria la imputación objetiva para delimitar el propio ámbito de responsabilidad.

Se trata, en realidad, de una forma de entender la autorresponsabilidad que tiene que ver más bien con el reconocimiento de una cierta primacía de los deberes generales negativos de no lesionar sobre los deberes positivos de evitar un resultado lesivo.

El maestro de Bon explica que la problemática de la que se ocupa la prohibición de regreso tiene plena vigencia, en la vida actual, debido a la complejidad de las interrelaciones en la vida social; pues cualquiera puede “estirar” o aprovecharse de la conducta correcta de otros para cometer hechos típicos, dándole un sentido

⁵³ JAKOBS, Günther. *“La Imputación Objetiva en Derecho Penal”*. Buenos Aires 1997. Editorial Ad-Hoc; p. 71 y ss.

delictivo a la conducta de otro del que carecía anteriormente. Ejemplifica su teoría planteando algunos supuestos: A). El deudor paga el dinero adeudado.- el acreedor lo utiliza para la preparación o comisión de un delito; B). A los magistrados de un proceso se les amenaza diciéndoles que una sentencia condenatoria supondrá la muerte de un político. Los magistrados hacen caso omiso de la amenaza y un político es asesinado.

En estos supuestos dice JAKOBS cabe la prohibición de regreso cuando la conducta del autor es susceptible de interpretación sin necesidad de recurrir a un plan delictivo propio o ajeno, siendo los otros los que desarrollan los resultados del comportamiento en una dirección delictiva. Es decir, el criterio esencial de delimitación entre lo penalmente irrelevante y el injusto de participación es determinar si otra explicación de la conducta del favorecedor del delito tiene sentido, sin necesidad de recurrir a la posterior actuación del autor del delito.

Un comportamiento estereotipado carece de significado delictivo; esta regla rige incluso cuando la planificación delictiva de la otra persona es palmaria. Este principio ha de ser aceptado por quien pretenda seguir garantizando que la libertad de perseguir los respectivos fines propios no se ahoguen en la masa de los posibles contactos sociales.

En resumen: la prohibición de regreso es para JAKOBS parte de la imputación objetiva, por tanto es un problema del tipo objetivo. Lo contrario de la imputación por accesoriedad es la prohibición de regreso. Un comportamiento es accesorio cuando constituye una razón para imputar la ejecución realizada por el autor. A continuación se formulan, de manera abreviada, las

consideraciones relativas a dos grupos de casos en los que existe responsabilidad penal –no ocurre la prohibición de regreso– veamos:

Se trata, de lo que de común viene configurado por la prestación peligrosa per se, a tales prestaciones es inherente un uso ulterior que al menos también puede ser delictivo, y de ahí que den lugar a una comunidad con quien realizan los actos ejecutivos; por regla general este tipo de prestaciones también suelen estar prohibidas en cuanto constituyen puestas en peligro abstractas.

Por tanto, quien las realiza no puede verse distanciado en las consecuencias delictivas; por el contrario, las consecuencias que se producen también le son propias. En estos casos, dice JAKOBS, la comunidad se genera de manera normativa, con independencia de lo perseguido por quien realiza la prestación. Ejemplo, quien entrega armas sin la licencia debida ha organizado la situación de tal modo que las consecuencias delictivas forman parte del sentido de su organización. Más aún, ni siquiera es necesario que se dé una prestación, sería suficiente con el hecho de custodiar ese tipo de material de manera descuidada, de modo que, si deja que otro pueda tener acceso a ellos ya vincula al sujeto con las consecuencias delictivas.

CAPÍTULO III

LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO.

3.1. Consideraciones preliminares.

En la realización de un hecho delictivo pueden intervenir varias personas, como participantes en el carácter que fuere; tales intervenciones pueden revestir trascendental importancia en la consecución del delito. En este orden, a fin de determinar las diferencias fenomenológicas en la aportación que tuvieron en el hecho, y establecer en grado de proporción las consecuencias jurídicas que hubiere, a título de autor o partícipe según la prestación en el hecho, resulta fundamental hallar los criterios necesarios para distinguir sistemáticamente las diferentes formas de intervención.

La participación en el ámbito del derecho penal es entendida, en dos sentidos distintos: En sentido amplio se refiere al fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas toma parte en el delito, como participantes en el carácter que fuere, es decir, como autores cómplices o instigadores; en sentido limitado se entiende por participación el fenómeno por el que una o más personas

toman parte en el delito ajeno, siendo partícipes sólo los cómplices y los instigadores, con exclusión de los autores.⁵⁴

En una primera aproximación, y de manera general, la diferencia de estructura básica entre el agente denominado autor y el partícipe podría formularse en los siguientes términos; el autor es aquél a quien se le puede imputar el hecho como propio, mientras el partícipe interviene colaborando en un hecho ajeno.

La solución dogmática jurídica a los problemas que plantea la participación en el delito se asienta en torno a los diferentes conceptos de autor elaborados por la doctrina penal, pero también condicionan las elaboraciones dogmáticas que deben necesariamente partir de las regulaciones positivas.

En este sentido los conceptos de autor y participación están indisolublemente ligados entre sí; en orden a ello para abordar el estudio de las construcciones sistemáticas de la participación, resulta imprescindible hacer una introducción abreviada sobre las principales teorías que la explican con el fin de apreciar cómo influyen concretamente en la interpretación de la conducta del partícipe.

3.2. Concepto unitario de Autor.

El concepto unitario de autor considera que no existen diferencias entre los intervinientes que consuman un hecho, porque todos contribuyen causalmente a la realización de la conducta descrita

⁵⁴ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR. *"Derecho Penal Parte General"*. México 2005. Editorial Porrúa; 2ª edición., p 767.

en el tipo legal, por lo que no tiene importancia el grado de contribución que hayan tenido en el marco de la totalidad del suceso. “Según esta teoría, no es posible o no es conveniente distinguir entre autoría y participación, sino que todo sujeto que interviene en un hecho debe ser considerado autor del mismo”⁵⁵.

En su versión clásica partía de la equivalencia de las condiciones, si toda contribución del hecho, en su concreta configuración es causa del mismo, todos quienes aportan alguna intervención que afecte al hecho deben considerarse causas del mismo y, por consiguiente, autores.

Esta teoría es mantenida legislativamente en Italia y Austria. De manera que, para esta concepción, el diferente rol que los intervinientes hayan ocupado en el desarrollo del hecho, y la importancia que su contribución haya tenido para el éxito del proyecto delictivo, sólo es tenido en cuenta, a lo sumo, a la hora de concretar la cuantía de la pena a imponer y por lo general se resuelve al margen de las distinciones dogmáticas trazadas por la teoría de la participación, atendiendo únicamente a necesidades político-criminales del caso concreto.

En consecuencia, la causalidad viene a constituir el único criterio de imputación al hecho, careciendo de toda relevancia, en suma, la diferencia entre autoría y participación, puesto que todos son por igual autores. La defensa de esta concepción se ha sostenido esencialmente desde perspectivas político-criminales, tal como lo sostiene el profesor MIR PUIG, acogiendo el presupuesto de que resulta conveniente *prima facie* aplicar el mismo castigo a todos los intervinientes en el hecho, y sólo en casos excepcionales admitir

⁵⁵ MIR PUIG, Santiago. “Derecho Penal Parte General”. Buenos Aires 2008, 8ª edición; editorial B de F, p. 370.

una rebaja de la pena a determinadas contribuciones de escasa entidad.

A ello se debe que dicha concepción unitaria haya sido defendida por la escuela moderna, que parte de la peligrosidad del delincuente como pauta para la aplicación de la pena, y especialmente por el derecho penal de la voluntad propio del nacionalsocialismo alemán, sustentado teóricamente por la denominada Escuela de Kiel; y ello porque con esta teoría se evitan lagunas de punibilidad, siendo susceptible de castigo con la máxima pena a toda intervención causal.

Como refiere JESCHECK⁵⁶ en contra del concepto unitario de autor, que a primera vista puede parecer sencillo y práctico, se alzan importantes objeciones. Por un lado, a través de la reformulación de la totalidad de las aportaciones al hecho en la causación de la lesión al bien jurídico, se pierde el específico injusto de acción del tipo correspondiente. Por otro, en los delitos especiales y en los de propia mano también los intervinientes extraños deberían ser considerados como autores por la mera causalidad de su colaboración, a pesar de que, respectivamente, ni han actuado de propia mano ni están cualificados como autores.

El concepto unitario de autor conduce, además, a una extensión indeseable de la punibilidad porque la tentativa de intervención se hace punible en todos los casos en los que en el tipo está previsto el castigo de tal forma imperfecta de ejecución; y finalmente, el concepto unitario de autor conduce a una pérdida de precisión en los criterios para la determinación de la pena porque excluye la

⁵⁶ JESCHECK/WEIGEND. *“Tratado de Derecho Penal Parte General”*. Granada 2002, editorial Comares, 5ª edición, p. 695.

posibilidad de un marco punitivo atenuado para la inducción y la complicidad.

3.3. Concepto extensivo de Autor.

El concepto extensivo de autor parte, igualmente de la causalidad y, *“... por tanto de la premisa de que los aportes de todos los intervinientes tienen igual valor y, consecuentemente, todos son autores, sin embargo como la ley penal realiza distinciones entre autores y partícipes, es preciso asumir tal circunstancia y por ello aceptar la diferenciación.”*⁵⁷ Ahora bien, los preceptos que imponen esta diferenciación para los partícipes funcionan como causas de restricción de la pena, pues sin dichas previsiones legales serían castigados como autores.

A causa de la imposibilidad de realizar toda distinción dentro del aporte objetivo y causal al resultado, *“... la teoría del concepto extensivo de autor no tiene otra alternativa que buscar el criterio decisivo en el ámbito de lo subjetivo: si acaso alguien es autor o partícipe depende exclusivamente de su posición personal frente al hecho. Si él quiere el hecho como autor y, por consiguiente, como propio, entonces debe considerársele autor, sin atender a la clase y extensión de su aporte objetivo al hecho. Al contrario, si dicha persona sólo quiere colaborar en el hecho como uno ajeno, entonces debe ser tratado como partícipe (inductor o cómplice).”*⁵⁸

⁵⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *“Derecho Penal Parte General”*. Lima 2004, editorial Gaceta Jurídica, Tomo II. p. 257.

⁵⁸ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF. *“Derecho Penal Parte General”*. Buenos Aires 1995. Editorial Astrea, Tomo II, p. 298.

La diferencia entre autor y partícipe vendrá, por tanto, dada por el ánimo con que se intervenga en el hecho. Así, será autor quien habiendo contribuido causalmente a la realización del hecho típico, haya actuado en función de un interés personal en la consecución del resultado lesivo, esto es, actúe con un *animus auctoris*. En cambio, será partícipe quien actúe con un mero *animus socii*.

Es posible afirmar que esta concepción está completamente abandonada en la actualidad; el profesor BUSTOS RAMÍREZ grafica perfectamente el inconveniente de esta teoría; pues

“... cae en completa contradicción, ya que o deja entregado el hecho totalmente a lo que diga el sujeto, o bien, a lo que determine el Juez respecto de ánimo del sujeto. En definitiva, es totalmente arbitraria. Así, el cajero que saca una cantidad de dinero para entregarlo a su hijo, que lo necesita para un viaje de estudios, podría plantear que lo hizo sin ánimo de autor, sino sólo de contribuir (o bien que lo hizo en interés ajeno y no propio), luego no sería autor, y tampoco el hijo que, aunque solicitó el dinero, nada tiene que ver con el hurto del padre. Con lo cual el hecho no tendría autor y tampoco al padre se le podría castigar como partícipe”⁵⁹.

Como ejemplo de las consecuencias a que esta concepción puede llevar podemos mencionar dos casos reales enjuiciados por el Tribunal Supremo alemán aplicando dicha teoría, que causaron gran repercusión social y severas críticas por parte de los penalistas:

1. **Caso de la bañera.** La madre de un hijo extramatrimonial pidió a su hermana que matara al niño recién nacido. Ésta, con sus

⁵⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “*Derecho Penal Parte General*”. Lima 2004. Ara editores, Tomo I. p. 1067.

propias manos y sin ayuda de nadie, ahogó al niño en una bañera. El Tribunal condenó a la mujer como mero cómplice.

2. **Caso Stachynskij.** Un agente soviético, que había asesinado por encargo superior a dos exiliados políticos que vivían en Alemania Occidental, habría sido, según ello, sólo cómplice en los hechos cometidos por quienes le dieron las órdenes; toda vez que él no tenía un interés personal en la producción del resultado.

3.4. Concepto restrictivo de Autor.

Las diferentes concepciones que pueden agruparse bajo el ámbito de las teorías restrictivas parten de premisas distintas a las del concepto unitario de autor y, con ello, a las de las teorías extensivas. Desde esta concepción restrictiva, no todo aquél que contribuya a causar el resultado ha de ser considerado autor del mismo, porque la causación del resultado no significa necesariamente realización del tipo.

Dice MIR PUIG *“Causación no es igual a realización del delito. Para ésta es preciso algo más que la causación. Los tipos de participación serán, pues causas de extensión de la pena”*⁶⁰. Queda claro que desde esta concepción, se parte de la necesidad de la distinción entre autoría y participación.

A diferencia del punto de partida propio del concepto extensivo de autor, para el que las modalidades de participación previstas legalmente serían circunstancias restrictivas de la pena, en la medida en que, en principio, todos los que causalmente

⁶⁰ MIR PUIG, Santiago. Ob, cit, p. 372.

contribuyen son autores; en las teorías restrictivas de la autoría las modalidades de participación establecidas por el legislador serían o constituirían causas extensivas de la pena, por cuanto, sin una tipificación expresa, tales conductas de participación serían impunes, dado que sólo las formas de autoría se derivan directamente de los tipos penales que conforman el catálogo de delitos.

Dentro de las concepciones restrictivas pueden encontrarse diversas aproximaciones a la cuestión de cómo establecer la diferenciación entre autor y partícipe.

3.4.1. Teoría Formal-Objetiva.

Esta teoría considera que *“... autor es el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el verbo rector del tipo”*⁶¹. Aquél cuya conducta puede subsumirse directamente en la descripción típica del delito. La teoría objetivo-formal considera que sólo quien realiza todos o algunos de los actos ejecutivos expresamente previsto en el tipo podrá ser considerado autor.

En conclusión, se atiene a la descripción literal de la conducta prevista en los respectivos tipos legales, prescindiendo de la importancia efectiva de la contribución realizada para la totalidad del hecho. *“Aquella persona cuya acción u omisión puede ser directa o inmediatamente incluíble en la definición legal del delito de que se trate. Pretende, por tanto, establecer la distinción gracias a la*

⁶¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob, cit, p. 260.

*gramática, a la sintaxis y a la interpretación literal del tipo... se recurre al uso del lenguaje*⁶².

Desde una perspectiva crítica ZAFFARONI⁶³ explica –dado que según esta tesis es autor el que realiza personalmente la acción descrita por el tipo– “... *que tiene el claro inconveniente de dejar fuera la autoría mediata y la coautoría...*”. En efecto, la autoría mediata, en el caso en que el interpuesto actúe sin dolo, debería considerarse como supuesto de instigación de delito culposo, lo que carece de sentido.

Dado que el concepto de autor de la teoría formal objetiva es demasiado limitado, sus defensores se ven obligados a excluir del círculo de autores a quienes evidentemente lo eran (vgr. el entregador, que además es jefe de la banda y aguarda en el automóvil a que los otros miembros se apoderen de las cosas para poder fugar rápido).

Por otra parte, el requerimiento de que el sujeto ejecute *en persona* el verbo típico, excluía del ámbito de la autoría aquellos casos en que el autor se vale de un tercero sin dolo (el que en lugar de bala de fogeo coloca un proyectil en el arma a utilizarse en una representación teatral, a estar a este criterio, será instigador).

Para obviar estos inconvenientes, sus seguidores apelaron a una ampliación del verbo típico, en función del *simple empleo del lenguaje cotidiano* como modo de extender el concepto de autor al que ejecuta por mano ajena. Con razón se ha indicado que la *teoría formal objetiva*, tanto aquí como en la tentativa, sólo puede posibilitar el punto de partida.

⁶² *Ibidem.*

⁶³ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR. Ob, cit, p. 773.

3.4.2. Teoría Material-Objetiva.

Esta teoría parte del punto de vista de la causa. *“Para ser autor es preciso ser causa del hecho, pero establece graduaciones en función de la importancia que tenga para el resultado la causa de que se trate. En otras palabras parte de distinguir entre causa y condición: quien pone la causa es autor, quien aporta sólo una condición para el resultado, es cómplice”*⁶⁴.

De manera que, la importancia objetiva de la contribución, será decisivo para distinguir entre autor y partícipe, con lo que trata de indagar la mayor peligrosidad objetiva de la contribución. Precisamente esta separación entre lo objetivo y subjetivo en la realización del delito, es el mayor punto de atención de la crítica, pues, *“... la sola mayor peligrosidad de la aportación del autor no permite calificar, en muchos casos, la aportación como autoría si no se tiene en consideración los aspectos que determinan la imputación subjetiva”*⁶⁵.

Asimismo tampoco resolvería el problema del autor mediato y del coautor que objetivamente no tienen una intervención importante, en este sentido se refiere VILLAVICENCIO TERREROS⁶⁶.

⁶⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob, cit, p. 262.

⁶⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. *“Derecho Penal Parte General”*. Lima 2012, Jurista Editores, 2ª edición, p. 676.

⁶⁶ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob, cit, p. 466.

3.4.3. Teoría del Dominio del Hecho.

Se está de acuerdo que el que utilizó originariamente la expresión dominio del hecho –se dice– HEGLER en 1915, en una monografía sobre ***Los elementos del delito***, aunque sin tener el significado que tiene hoy en día⁶⁷.

Hay coincidencia en la doctrina en señalar a WELZEL como el creador de esta teoría en 1939; quien hace surgir de las determinaciones fundamentales de la teoría final de la acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, dado que la teoría del autor no tiene otra finalidad que es establecer el centro personal de la acción del hecho antijurídico.

Para Welzel la característica general del autor es el tener el dominio final sobre el hecho, de forma que “... *señor del hecho será aquel que lo realiza en forma final, en razón de su decisión volitiva*”⁶⁸. Domina el hecho quien lo conforma y planifica según su voluntad final de realizarlo.

La teoría del dominio del hecho, dominante en la actualidad fue desarrollada con gran profundidad, por el profesor CLAUS ROXIN, quien acoge un criterio material para delimitar la autoría de la participación. Tal, es el siguiente: autor del hecho será quien ostente el dominio final sobre el acontecer de la acción típica hacia el resultado lesivo.

Esta fórmula genérica se ha concretado afirmando que ostenta el dominio del hecho quien tiene en sus manos el curso del suceder

⁶⁷ DONNA, Edgardo Alberto. “*La Autoría y la Participación Criminal*”. Buenos Aires 2002, Rubinzal-Culzoni Editores, 2ª edición, p. 30.

⁶⁸ WELZEL, Hans. “*Derecho Penal Alemán Parte General*”. Santiago de Chile 1970, Editorial Jurídica de Chile, traducción de la 11ª edición alemana, p. 145.

típico, de modo que la producción del resultado depende de su decisión.

ROXIN⁶⁹, reconoce que la noción del dominio del hecho es un concepto abierto, que debe ser concretado en función de cada modalidad de autoría; es precisamente ese carácter abierto lo que le permite abarcar no sólo la autoría directa individual, sino también la autoría mediata y la coautoría.

No obstante, ello no implica que sea indeterminado y que la cuestión relativa a la diferenciación entre autoría y participación quede librada al arbitrio del aplicador del derecho, sino que, partiendo de esa noción genérica, habrá de ser concretada en cada una de las formas de autoría.

Se identifican tres formas de manifestación del dominio del hecho: dominio de la acción, en que se sustenta la autoría inmediata o autoría directa individual; siempre será autor quien realiza de propia mano los elementos el tipo. Dominio de la voluntad, que sustenta la Autoría mediata; el dominio del hecho se concreta en el dominio sobre la decisión; el autor mediato no realiza de propia mano los elementos típicos (digamos, no “ejecuta” la acción), sin embargo, tiene el dominio pleno sobre la decisión, pues quien fácticamente ejecuta la acción se halla en un estado de error o coacción provocado por aquél. Dominio del hecho funcional, en que se sustenta la coautoría; será coautor quien ostente el dominio funcional del hecho. Ese dominio funcional pasa por la aportación de una parte esencial del hecho, de la cual dependa la consecución del proyecto delictivo global.

⁶⁹ ROXIN, Claus. *“Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”*. Madrid 2000, Editorial Marcial Pons, Traducción de la 7ª edición alemana, p. 145 y ss.

A decir de HURTADO POZO, al cual nos adherimos, “... *el dominio del hecho es el criterio que, no obstante sus deficiencias, permite definir mejor al autor del acto y distinguir los casos de participación*”⁷⁰. En el Perú este es el criterio mayoritariamente acogido en la jurisprudencia.

3.5. Teoría Funcionalista Sistémico.

La teoría funcionalista sistémico, postula un concepto funcional de autoría, que enlaza la autoría con la esfera de responsabilidad del sujeto, de forma que aquella se determinará en razón a la pertenencia del hecho al ámbito de la responsabilidad del sujeto conforme a un análisis de la función que le corresponde. El autor más representativo de este planteamiento es el profesor alemán Günther JAKOBS.

Este planteamiento sale al frente a la teoría del dominio del hecho, pues “... un análisis detenido de los aportes de los distintos intervinientes en el delito permitiría comprobar que todos tienen, de alguna manera, cierto dominio del hecho. Quizá el caso más patente sea el del cooperador necesario, quien realiza un aporte indispensable para la realización del delito. El carácter indispensable del aporte del cooperador necesario pondría de manifiesto un grado importante de configuración del hecho delictivo, pese a lo cual no se le consideraría un autor, sino un cómplice”⁷¹.

⁷⁰ HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA. “*Manual de Derecho Penal Parte General*”. Lima 2011, Editorial Idemsa, 4ª edición, Tomo II, p. 141.

⁷¹ GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. cit. p. 680 y ss.

El punto de partida de JAKOBS, para la delimitación entre autores y partícipes es la determinación de las competencias de las diferentes personas que intervienen conjuntamente en un hecho delictivo. La determinación de esas competencias debe realizarse de acuerdo con dos modelos: por una parte, el modelo de los delitos de infracción de deber; y, por otra, el modelo de los delitos de dominio. Conforme a ello: en la medida en que la competencia del autor está fundada sólo a través de la lesión de deberes protegidos institucionalmente y que afectan exclusivamente a los titulares de un determinado status –que no pueden ser meros partícipes– se trata de delitos de infracción de deber; sin embargo, en la mayor parte de los casos, la competencia no se vincula a deberes especiales, sino a actos de organización del titular de una esfera de organización y, en ellos, es característica de la autoría de organización decisiva o determinante; por ese motivo se denominan delitos de dominio.⁷²

3.6. FUNDAMENTOS DE PUNICIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA.

3.6.1. Teoría de la Participación en la culpabilidad o la llamada Teoría de la corrupción.

Conforme a esta teoría, defendida por HELMUT MAYER⁷³, el fundamento de la punición del partícipe se encuentra en que éste ha corrompido al autor, bien “seduciéndole” (Inducción) o bien

⁷² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. Cit. p. 268 y ss.

⁷³ *Ibidem*; p. 342.

apoyando la idea “pecadora” (Complicidad), además de contribuir en la ejecución. Por tanto se pena al partícipe porque contribuye a que el autor sea culpable. De ahí también que se le denomina teoría de la corrupción.

Dice JAKOBS, que “... *la determinación del fundamento de la responsabilidad de la participación –en este ámbito– puede derivarse del fundamento de responsabilidad de la autoría; la participación es entonces autoría menguada*”.⁷⁴ De esta manera, la medida de la culpabilidad del partícipe depende de la existencia y medida de la culpabilidad del autor.

Esta teoría es rechazada, comúnmente, debido a que no se compagina con un sistema legislativo en el que la culpabilidad del partícipe es independiente de la del autor.⁷⁵ Es más, no es posible afirmar que la culpabilidad del partícipe dependa de la del autor en su calidad y medida.

Modernamente esta teoría todavía ha recibido tratamiento por parte del penalista alemán TRECHSEL, quien ha sostenido la punición basada en la *desintegración social*. El inductor, por ejemplo, provocaría la desintegración social del autor al colocarle en un conflicto agudo con la sociedad.

3.6.2. Teoría de la causación pura.

El punto de partida de esta teoría es la incidencia causal del partícipe en la realización del hecho. *"No es el injusto del autor lo*

⁷⁴ JAKOBS, Günther. *"Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación"*. Madrid 1997, editorial Marcial Pons, 2ª edición, corregida; p. 794.

⁷⁵ BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit., p.486 y ss.

que se le imputa al partícipe, sino la causación –naturalmente, mediata– del resultado por el partícipe mismo, la causación de aquel resultado que constituye el resultado del hecho del autor”⁷⁶. La circunstancia de que el aporte causal del partícipe se canalice a través del autor determina su mayor distancia en relación al resultado y, por lo tanto, su menor punibilidad.

BACIGALUPO explica, que el fundamento de punición del partícipe radica en sí mismo, en su propio injusto. *“Si lo esencial es el aporte causal, la tipicidad de la conducta del autor desaparece como requisito y, en consecuencia, la participación se convertiría en un delito autónomo, es decir, perdería su naturaleza accesoria”⁷⁷. A la vista de estas consideraciones, esta teoría es insostenible en nuestro derecho vigente, porque choca con el requisito de la dependencia o accesoriidad del hecho del partícipe del otro principal.*

3.6.3. Teoría de la Participación en el Ilícito.

La explicación de la participación *“... sólo puede ser hallado, en principio, en el hecho de que el instigador y el cómplice contribuyen a la realización del ilícito que comete el autor”⁷⁸.*

De manera que *“la esencia de la participación está en la motivación o en el apoyo de un ilícito típico ajeno, sin consideración de la causalidad del aporte del partícipe para la punibilidad, ni tampoco*

⁷⁶ JAKOBS, Günther. Ob. cit. p. 795.

⁷⁷ BACIGALUPO. Enrique. Loc. cit.

⁷⁸ STRATENWERTH, Günter. *“Derecho Penal Parte General I. El hecho punible”*. Buenos Aires 2005. Editorial Hammurabi, p. 415.

de si la causalidad debe ser reconocida como elemento esencial fundante de la pena junto a otros"⁷⁹.

JAKOBS⁸⁰ afirma que para esta teoría hay que tener en cuenta que en los delitos de la parte especial la ley sólo describe la actividad del autor, por ende, la punibilidad del partícipe es una ampliación de la punibilidad.

Así, según el ejemplo propuesto por el profesor GARCÍA CAVERO, "*... el artículo 106 del Código Penal, que contiene el mandato dirigido a los ciudadanos de no matar, sería infringido únicamente por el autor, respondiendo los partícipes en razón de las disposiciones generales de la participación que establecen la prohibición de inducir o contribuir a la realización de conductas infractoras de la norma penal*"⁸¹. Esta teoría considera en síntesis que el partícipe no infringe la forma del tipo –de la parte especial– sino las respectivas disposiciones de la participación establecidas en la parte general.

Una de las formulaciones habidas en la actualidad, en el ámbito de esta teoría es propuesta por el profesor Günther JAKOBS, denominada *teoría de la participación en el injusto referida al resultado*; y viene a complementar, a decir de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA⁸², la teoría de la causación con la teoría de la participación en el ilícito.

Se estima que el delito es una obra de todos, de manera que "*... quien participa en la fase previa no responde jurídico penalmente por coproducir el hecho de otros, sino porque el hecho resultante también es el suyo propio*".⁸³ No es la comisión de propia mano lo que

⁷⁹ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF. Ob, cit. p. 414.

⁸⁰ JAKOBS, Günther. *Ibidem*; p. 796.

⁸¹ GARCÍA CAVERO, Percy. Ob, cit. p. 701.

⁸² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Ob. Cit. p. 345.

⁸³ JAKOBS, Günther. "*La Imputación Objetiva en Derecho Penal*". Lima 1998. Editorial Grijley; p 73.

convierte el injusto en injusto propio, sino el sentido delictivo del comportamiento.

De manera que la fundamentación habrá que encontrarla en que el partícipe anuda su comportamiento al del autor en un contexto con consecuencias delictivas, cuando había obligaciones de evitar. De modo que es el ser competente por lo que acontezca lo que fundamente la obra en común en los intervinientes. Un resultado delictivo es reconducido a los ámbitos de competencia de los partícipes sean estas dolosas o culposas.

3.6.4. Teoría de la Participación como un ataque Accesorio al Bien Jurídico.

Esta teoría es sostenida por el profesor alemán Claus ROXIN, el fundamento de la participación derivaría de la propia naturaleza de ésta, al ser caracterizada como el ataque al bien jurídico mediante la causación accesoria. Se constituye en una teoría ecléctica, ya que el injusto de la participación se construye a partir de elementos independientes (*teoría pura de la causación*) y elementos derivados (*teoría de la participación en lo injusto o en lo ilícito*).

Así, la participación se constituye en una causación accesoria que no puede ser separada del injusto del hecho principal, pero al mismo tiempo implica un ataque autónomo al bien jurídico protegido.

Las consecuencias derivadas de esta postura son las siguientes: a) solamente existe participación en sentido legal, si el partícipe lesiona con su acción, también el bien jurídico tutelado; b) pero

también el injusto de la participación es determinado por el injusto del hecho principal, conforme al principio de accesoriadad esta dependencia del acto de participación del hecho principal no es solamente de naturaleza fáctica, sino que tiene naturaleza jurídica; c) la participación es un concepto secundario, en tanto que ella es una contribución causal a la lesión del bien jurídico, por medio de una conducta que no es de autor⁸⁴.

3.7. ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN.

El concepto de accesoriadad debe ser analizado en dos planos diferentes; respecto del fundamento del injusto del partícipe, por un lado, y en relación a los requisitos que debe reunir la imputación del injusto de la participación. Estos aspectos no deben ser confundidos en su explicación; puesto que "... la fundamentación del injusto de la participación... trata de responder a la pregunta... de *por qué* debe castigarse la participación en un delito..."⁸⁵; mientras que la accesoriadad en sentido estricto trata de responder de bajo qué condiciones puede castigarse la participación; es decir qué requisitos debe reunir la conducta del partícipe para ser jurídico-penalmente relevante.

Como cualquiera de las formas de la participación –instigación y complicidad– configura un *concepto de referencia*, permanece ligada a un hecho ajeno, lo que le otorga un inevitable carácter accesorio, dice ZAFFARONI. "*La misma expresión indica un concepto*

⁸⁴ CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco.- citado por VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. Cit.,p. 497.

⁸⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo. "*La Participación en el Delito: Fundamentos y Límites*". Madrid 2003. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales; p. 169.

*relacionante, porque siempre se participa de algo. Este carácter referencial, relacionante o relativo (relacionado con algo) es del que se deriva e impone la naturaleza accesoria de la participación*⁸⁶.

Por tanto, la dependencia de la participación punible de un hecho principal al que ella deba referirse constituye el núcleo esencial del concepto de accesoriidad. El profesor español Ricardo ROBLES PLANAS, desde una perspectiva normativista, propone reformular la noción *tradicional* de accesoriidad, interpretándola “... como aquella relación mínima necesaria que debe concurrir entre todo *interviniente y hecho para poder atribuir responsabilidad penal*”⁸⁷.

Partiendo de la noción de que la delimitación entre autoría y participación es ontológica*; el profesor Joaquín CUELLO CONTRERAS sostiene que “... *accesoriidad de la participación significa... que el fundamento de la participación estriba en que el dominio de la causalidad por parte del partícipe (de ahí la autonomía de su comportamiento) es el dominio de un acto cuyo objetivo final es la lesión de un bien jurídico a través del comportamiento de otro (autor)...*”⁸⁸.

Ahora bien, esta cuestión requiere ser analizada también en dos sentidos distintos: en primer lugar desde el punto de vista del grado de realización que debe alcanzar el hecho principal (accesoriidad cuantitativa);y, en segundo lugar, desde el punto de

⁸⁶ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR. Ob, cit. p. 791.

⁸⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo. Loc. cit.

* Para Joaquín Cuello Contreras.- Su razón de ser en la delimitación entre autoría y participación, sería ontológica, con independencia de que después, con criterios axiológicos, que en ningún caso alteraría la fundamental distinción anterior, basada en el dominio de la causalidad, el concepto de autor se amplíe con criterios axiológicos o funcionales, o se exija algún requisito adicional al dominio de la causalidad para determinar la autoría (y, en su caso, la participación).

⁸⁸ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. “*Autoría y Participación en un sistema lógico-funcional*”. En: Dogmática actual de la Autoría y la Participación Criminal. Lima 2007. Editorial Idemsa; p. 237.

vista de los elementos del hecho punible que se deben dar en este último (accesoriedad cualitativa).

3.7.1. Accesoriedad Cuantitativa.

Cuando se habla de accesoriedad cuantitativa, se trata de establecer qué grado de desarrollo en el *iter criminis* ha de haber alcanzado el hecho del autor para que la participación en él sea jurídico-penalmente relevante.

En orden a ello, la participación en el hecho punible presupone que el hecho del autor ha de haber alcanzado por lo menos el nivel de la tentativa, es decir, al menos el principio de ejecución. Sobre esto, no hay discrepancias en la doctrina.

Regularmente cuando la persona interviene antes de la tentativa nos encontramos en la fase de los actos preparatorios y no da lugar –por tanto– a la participación. Al respecto dice CEREZO MIR, que “... si el autor no da comienzo a la ejecución del delito los partícipes quedan, en principio, impunes”⁸⁹. Esta idea está en consonancia con el principio de lesividad; pues antes de la fase ejecutiva del delito no existe la puesta en riesgo de algún bien jurídico.

3.7.2. Accesoriedad Cualitativa.

El grado de dependencia de los elementos del hecho punible del delito ejecutado por el autor principal da a distintas posibilidades.

⁸⁹ CEREZO MIR, José. “Derecho Penal Parte General”. Lima 2006. Ara Editores, Obras Completas, Tomo I; p. 1102.

En virtud de una mayor o menor exigencia en relación con los elementos del delito: acción, típica, antijurídica, culpable y punible, podemos distinguir:

a). ACCESORIEDAD MÍNIMA.- Para que pueda castigarse la participación, el hecho principal sólo requiere ser típicamente adecuado.

b). ACCESORIEDAD LIMITADA.- Se exige que el hecho principal sea típico y antijurídico.

c). ACCESORIEDAD MÁXIMA O EXTREMA.- Exige que el hecho principal debe ser típico, antijurídico y culpable.

d). HIPERACCESORIEDAD.- Exige que el hecho del autor sea: típico, antijurídico, culpable y punible.

La opinión que hoy domina entiende que debe regir el sistema de accesoriad limitada, esto es, se exige que el hecho principal sea típico y antijurídico, ya que la culpabilidad de cada partícipe, entendiendo este término en general, es individual⁹⁰. Esto implica que si el hecho está justificado, no será posible la participación penal.

Como expresáramos, la accesoriad limitada requiere como hecho principal una acción típica -dolosa- y antijurídica, sin exigir además que sea culpable; la culpabilidad del autor y la de cada partícipe son individuales e independientes. Parte de la doctrina deduce de aquí que las causas de inculpabilidad sólo tienen incidencia en la responsabilidad individual de cada partícipe: la instigación o la complicidad en un hecho principal cometido por el

⁹⁰ BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit.,p. 488.

autor en una situación de necesidad en la que colisionan intereses de igual jerarquía sería punible a pesar de la no punibilidad del autor por hallarse excluida su culpabilidad⁹¹.

3.8. La cuestión de la dependencia del Dolo del Hecho del Autor principal.

En cuanto a la dependencia del dolo del autor del hecho principal en la instigación o inducción, ella está impuesta por su propia naturaleza. Instigar es determinar a otro a que se decida realizar un hecho antijurídico.

Lo mismo ocurre con la complicidad, que sólo es posible en relación a un hecho principal en el cual el autor tenga el dominio del hecho, lo que sin dolo no es posible. *“Ello es coherente con la no admisión de la distinción de autoría y participación en los delitos imprudentes”*⁹².

3.9. Incomunicabilidad de las circunstancias.

El artículo 26 del Código Penal recoge este principio al establece que; *“las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de alguno de los autores y partícipes no modifican los de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible”*. Debemos entender

⁹¹ DONNA, Edgardo A. Ob, cit, p. 98.

⁹² MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit.,p. 403.

que el Código, se refiere a las circunstancias y cualidades personales y a las materiales⁹³.

En este orden, queda claro que se trata de todas las *relaciones, circunstancias y cualidades personales que están referidas a la culpabilidad y a la exclusión y cancelación de la penalidad*; es decir, a aquellas que no se transmiten en función de la accesoriadad limitada⁹⁴. Pues es de considerar que las cualidades personales del autor que integran lo injusto, afectan siempre al partícipe, ello se desprende del principio de la accesoriadad limitada, mientras que las que hacen a la culpabilidad, a la peligrosidad y a la punibilidad son eminentemente individuales⁹⁵.

3.10. FORMAS DE PARTICIPACIÓN.

3.11. LA INDUCCIÓN.

1.11.1. Concepto.

Podemos conceptualizar la inducción, siguiendo a MIR PUIG como “... *la causación objetiva y subjetivamente imputable, mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte éste de un tipo de autoría dolosa...*”⁹⁶.

⁹³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ob. Cit.,p. 501.

⁹⁴ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR. Ob. Cit.,p. 801.

⁹⁵ *Loc. cit.*

⁹⁶ MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit., p. 408. Aunque admitiendo también la inducción en un tipo de autoría imprudente.

El inductor se limita, así, a provocar en otro la resolución de realización del delito a través de un influjo psíquico, si bien, a diferencia de la autoría mediata, tal influjo no conlleva una disminución de la libertad de decisión en el autor.

3.11.2. Elementos.

3.11.2.1. Desde el Plano Objetivo.

La inducción requiere la causación objetivamente imputable mediante un influjo psíquico en otro, de la resolución y realización por parte de éste de un tipo doloso de autoría; de manera que los requisitos de la inducción pueden perfilarse desde la teoría de la imputación objetiva, considerando como “resultado” propio de la inducción la generación de la resolución del inducido.⁹⁷

Ahora bien, esta causación objetivamente imputable mediante el influjo psíquico en otro, no se dará en los casos del *omnimodo facturus*; es decir cuando la persona a la que se intenta inducir ya estaba resuelta a cometer el delito. Pero “... *no es necesario que el instigador haga surgir la idea misma en el autor, sino que la idea puede estar instalada en el autor, siempre y cuando el instigador sea el que lo decida a ejecutarla*”⁹⁸.

Si la expresión comúnmente dicha, *querer es poder* tiene alguna aplicación práctica; en relación al dolo del inductor, supondrá que éste, realizó un esfuerzo psíquico de suficiente intensidad como

⁹⁷ *Ibidem*. p. 408.

⁹⁸ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR. Ob. Cit., p. 802.

para que el autor se haya decidido por la realización del delito. En este sentido, debe poder afirmarse que la conducta de inducción ha sido adecuada, en cuanto a intensidad se refiere, para generar esa resolución de voluntad.

En concreto, y además de suficientemente intensa, tiene que ir dirigida a generar la resolución delictiva respecto de un delito en concreto y a un autor concreto, sin que sea admisible como inducción una provocación superficial y/o genérica a realizar conductas delictivas, dirigida a un sin número de personas.

3.11.2.2. Desde el Plano Subjetivo.

La inducción debe ser dolosa, bastando para ello el dolo eventual. No cabe, en consecuencia, la inducción imprudente, por lo menos no es admisible en nuestro medio. El ámbito del dolo determina el marco de lo que puede serle imputado como inducción. Así, no le serán atribuibles como inducción los delitos realizados por el autor principal que constituyan un exceso respecto de la resolución de voluntad generada por aquél si su realización no fue abarcada al menos con dolo eventual.

3.11.3. Medios de Inducción.

En principio, cualquier medio puede ser idóneo para generar esa resolución de voluntad en el autor del hecho, la única condición es que sean determinantes, pudiendo ser realizadas, por tanto, a través de persuasiones, dádivas, promesas, apuestas o incluso

amenazas, siempre que éstas últimas no den lugar a una pérdida de la libertad de decisión que convierta al agente en un mero instrumento determinado por el inductor, porque entonces nos hallaríamos ya en el ámbito de la autoría mediata.

3.11.4. Formas de la inducción.

Normalmente la inducción será mediante acciones positivas de carácter psíquico. Por lo que una instigación por omisión es inadmisibile⁹⁹. VILLAVICENCIO TERREROS, concluye citando a otro autor que la mera omisión puede, bien favorecer la espontánea aparición de la decisión criminal en otro, o bien no obstaculizar una decisión ya en marcha, efectos ambos que no pueden considerarse como una inducción. Por lo que se puede afirmar, que la omisión puede no impedir una resolución delictiva, pero de ninguna manera que ella haga surgir dicha resolución.

Sin embargo, no han faltado autores que han sostenido que la inducción también puede ser cometida por omisión, en la forma de *"la no evitación de la adopción de la resolución por el autor por parte del garante"*¹⁰⁰; no obstante y de manera concluyente JESCHECK/WEIGEND señalan que la *inducción por omisión* no es jurídicamente posible, puesto que el inductor debe hacer surgir la resolución de la acción del autor por vía de la influencia psíquica; mediante la inactividad lo único que se puede hacer es no evitar su

⁹⁹ VILLAVICENCIO TERREROS. Ob. Cit. p. 516.

¹⁰⁰ En este sentido: MAURACH/GÖSSEL/ZIPF. Ob, cit. p. 440.

nacimiento autónomo, circunstancia esta que no alcanza a fundamentar el injusto de acción de la inducción¹⁰¹.

3.12. LA COMPLICIDAD

3.12.1. Concepto.

La complicidad es el apoyo doloso a otra persona en el hecho antijurídico doloso cometido por ésta. Según la afirmación general, *“... los cómplices no tienen el dominio del hecho, pues éste pertenece, por definición, a los autores. Su participación se limita a favorecer la realización del hecho punible principal, sea de manera material... sea psíquicamente”*¹⁰².

La realización de actos de ayuda o favorecimiento al delito realizado por otro, pueden consistir ya en la aportación de un bien (armas, por ejemplo), ya en conductas de apoyo (actos de vigilancia, por ejemplo), ya en refuerzos de carácter psíquico. Hay que destacar que *“... estas contribuciones deben haberse dado en un contexto delictivo, pues de lo contrario quedarían en el marco de lo socialmente permitido”*¹⁰³.

El profesor GARCÍA CAVERO, explica desde una perspectiva funcionalista que cuando se contribuye a un delito en un contexto delictivo, el hecho delictivo pasa a ser una obra también de los

¹⁰¹ JESCHECK/WEIGEND. Ob. Cit., p. 744.

¹⁰² HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA. Ob. Cit., p. 174.

¹⁰³ GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., p. 713.

cómplices, quienes tienen cierto grado de dominio del hecho, sobre todo en lo que respecta al como del delito¹⁰⁴.

3.12. 2. Elementos.

Por lo que respecta al aspecto objetivo, la complicidad debe consistir en una aportación efectiva al hecho principal, que haya constituido una contribución al mismo. El aporte puede ser material o psíquico; ya que el Código solamente se refiere a la prestación de auxilio dolosa a la realización del hecho punible, y no menciona los medios de la complicidad.

Cuando la contribución ha consistido en un apoyo psicológico nos hallamos ante la denominada complicidad psíquica o intelectual, esto “... *implica –necesariamente– el conocimiento por parte del autor principal de la actividad del cómplice*”¹⁰⁵. En cambio, cuando el aporte es material se denomina complicidad técnica o física; en este caso no es necesario que el autor principal sea consciente de la ayuda que le proporciona el cómplice. “*esta posible falta de entendimiento entre el autor y el cómplice, **constituiría...** una diferencia frente a la coautoría*”¹⁰⁶. (La negrita es nuestra).

La doctrina discute si es necesario acreditar una relación de causalidad entre la acción de complicidad y la realización del delito por el autor. En principio, puede considerarse correcta esa exigencia, si bien su prueba resultará extremadamente difícil en los casos de complicidad por refuerzo psíquico de la decisión de

¹⁰⁴ Loc. cit.

¹⁰⁵ HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA. Ob. Cit., p. 176.

¹⁰⁶ Loc. cit.

delinquir o en las contribuciones mínimas no directamente conectadas con el resultado.

En lo tocante al aspecto subjetivo, la complicidad debe, en principio, ser dolosa, bastando con un dolo eventual. Debe existir, si se quiere, un doble dolo: tanto referido a prestar la ayuda como el referido a la realización del hecho principal; o mejor dicho a la realización del plan del hecho del autor.

13.13. Momento de la prestación de ayuda.

La aportación del cómplice puede tener lugar tanto en la fase de preparación del hecho como en la fase de ejecución¹⁰⁷. Ejemplo de lo primero puede ser el proporcionar las armas de fuego para llevar a cabo un delito patrimonial, o brindar información sobre el sistema de alarma de un banco que después se robará. Ejemplo de lo segundo sería la realización de actos de vigilancia (campana) mientras los autores roban el banco, o distraer a la víctima mientras el autor se apodera de sus pertenencias.

En principio, la coautoría limita su ámbito de intervención, a la fase de ejecución, puesto que sólo quien actúa cuando el hecho está ya en fase de realización tiene un dominio de configuración del hecho típico. Ello permite concluir que, como regla general, las aportaciones de medios o de hacer que se realicen en la fase de preparación serán de complicidad, por lo que los verdaderos problemas de delimitación con la coautoría se darán con respecto a conductas realizadas en fase de ejecución.

¹⁰⁷ GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., p. 713. En el mismo sentido VILLAVICENCIO TERREROS. Ob. Cit., p. 523.

13.14. CLASES DE COMPLICIDAD.

13.14.1. Complicidad Primaria.

El cómplice primario o el cooperador necesario es el que en la etapa de la preparación o ejecución del hecho aporta una contribución, sin la cual el delito no hubiere podido cometerse¹⁰⁸. El elemento que caracteriza a esta forma de complicidad, afirma Bacigalupo, *“es la intensidad objetiva de su aportación al delito: sin él el hecho no se hubiera podido cometer”*¹⁰⁹.

Asimismo *“La necesidad del aporte debe valorarse siempre ex ante y en concreto, teniendo en cuenta el plan concreto del hecho del autor, es decir, debe mediar el mismo criterio que ha sido empleado para la determinación de la autoría”*¹¹⁰.

Una vez distinguidos los coautores de los cómplices, según el criterio del dominio del hecho, dice Hurtado Pozo¹¹¹, *“el artículo 25 impone diferenciar, según un criterio sobre todo objetivo, a los cómplices primarios de los secundarios. Dicho criterio consiste en la importancia del aporte del cómplice a favor de la realización del hecho, importancia que se determinará mediante un juicio valorativo no sólo en relación con la naturaleza intrínseca del aporte, sino, sobre todo, en relación con las circunstancias propias del caso particular”*.

El profesor GARCÍA CAVERO, en cambio afirma que *“el cómplice primario cuenta, como todo interviniente, con un dominio del hecho.*

¹⁰⁸ DONNA, Edgardo A. Ob. Cit., p. 113.

¹⁰⁹ BACIGALUPO, Enrique. Ob. Cit., p. 497.

¹¹⁰ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR. Ob. Cit., p. 804.

¹¹¹ HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA. Ob. Cit., p. 183.

Lo que caracteriza a los cómplices –dice– es que la cantidad de dominio que tienen del hecho común no es suficiente para poder imputarles la configuración de lo que es propio del delito correspondiente”¹¹².

13.14.2. Complicidad secundaria.

Podemos afirmar que cómplice secundario es quien ha contribuido al hecho del autor, con una aportación que no es indispensable para la comisión del delito. Pero con esto no se ha dicho mucho, ya que no se sabe qué es lo indispensable y qué no lo es. Ello dependerá regularmente de las circunstancias concretas del hecho.

A este respecto resulta muy precisa la descripción realizada por Esteban PÉREZ ALONSO, para quien *“Cómplice simple –cómplice secundario– es aquel que presta una ayuda que no es esencial para el sí del hecho, es decir, cuando, desde la perspectiva ex ante del espectador objetivo, tiene una función prescindible o de fácil acceso o reemplazo, durante la fase preparatoria o ejecutiva, que facilita, intensifica o asegura la realización del hecho por parte del autor”¹¹³.*

¹¹² GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., p. 715.

¹¹³ PÉREZ ALONSO, Esteban. *“La Autoría y la Participación en el Código Penal español de 1995”*. En: *Dogmática actual de la Autoría y la Participación Criminal*. Lima 2007. Editorial Idemsa; p. 501.

CAPÍTULO IV

LA IMPUTACIÓN JURÍDICO PENAL DE LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO.

4.1. Consideraciones previas.

La imputación consiste dice SÁNCHEZ-OSTIZ¹¹⁴

“... en un juicio de atribución de un contenido muy concreto: de algo como un hecho y de ese hecho como reprochado al agente (su artífice), mientras que aplicación de la ley consiste en la valoración, en función de una regla, de lo que se imputa como hecho. El hecho del sujeto sería aquel proceso en el que éste se ve inmerso, cuyas circunstancias conoce y, al menos parcialmente, controla; es decir se trata de un proceso controlable sometido a reglas”.

En el ámbito jurídico penal los criterios de atribución de un hecho a un sujeto como su obra –realizadora del tipo penal– se viene dando en la denominada teoría de la imputación objetiva, que a decir de TORÍO LÓPEZ representa, ante todo, una metodología teleológico-valorativa de carácter general que está presente en todo el sistema y cuyos criterios no sólo afectan a la imputación del

¹¹⁴ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *“Imputación y Teoría del Delito”*. Buenos Aires 2008. Editorial B de F., p. 404 y ss.

resultado, sino también al carácter desaprobado del riesgo y a la determinación del deber de cuidado, pudiendo ser utilizados, por tanto, también en los delitos de mera actividad, al igual que en materia de tentativa o en materia de autoría y participación.

Para este autor (Torío López) la imputación objetiva no es más que la tipicidad orientada en sentido teleológico y valorativo; sirve para poner de manifiesto que no basta la subsunción lógico-formal y que es necesaria una perspectiva material desde la que se exija, en todo caso, que la acción típica resulte peligrosa para el bien jurídico.

Por su parte, MIR PUIG¹¹⁵ concibe la imputación objetiva como un “juicio que permite imputar *jurídicamente* la realización de la parte objetiva del tipo a su ejecución *material*”. Explica, en este sentido, que la imputación objetiva sirve para atribuir la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico a un sujeto como sujeto imaginado normativa e intersubjetivamente, que es lo que diferencia esta imputación de otras formas de imputación igualmente necesarias como la imputación subjetiva y la imputación personal.

Para establecer esa relación o atribución, añade este autor, no son suficientes criterios puramente teleológicos o de atribución basados en la relación de riesgo, sino que también deben tomarse en consideración criterios de valoración como el criterio del riesgo permitido. Sintéticamente la imputación supone la atribución de un hecho a un sujeto como su obra.

¹¹⁵ MIR PUIG, Santiago. “*Derecho Penal Parte General*”. Buenos Aires 2008. Editorial B de F. 8ª Edición; p. 254.

4.2. FACTORES DE IMPUTACIÓN JURÍDICOPENAL DE LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO.

Son elementos estructurales del tipo a decir de MIR PUIG¹¹⁶ la conducta típica, sus sujetos (pasivo y activo) y sus objetos (físicos y jurídicos); en ese sentido un determinado tipo penal tiene una parte objetiva y subjetiva; la parte objetiva de tipo abarca el aspecto externo de la conducta; y en determinados tipos –como en los delitos de resultado– se exige además un efecto separado de la conducta y posterior a ella, pero que este resultado separado no es un elemento necesario de todo tipo.

La parte subjetiva del tipo se halla constituida, en cambio, por la *voluntad* –consciente, como en el dolo, o sin consciencia suficiente de su concreta peligrosidad, como en la imprudencia– y a veces por especiales elementos subjetivos (como el ánimo de lucro en el hurto).

Por su parte JESCHECK/WEIGEND¹¹⁷ sostienen que los elementos objetivos del tipo describen la acción, el objeto material, el resultado (en su caso), las circunstancias externas del hecho y la persona del autor... el objeto material es aquel elemento del mundo exterior sobre el que o en relación con el cual se realiza la acción delictiva, dentro del mismo se engloba a las personas, las cosas y también a los objetos incorpóreos... el resultado en sentido estricto, esto es, como efecto exterior de la acción diferenciable espacio-temporalmente, tiene que ser objeto de una consideración separada.

¹¹⁶ MIR PUIG, Santiago. Ob. Cit. p. 218.

¹¹⁷ JESCHECK/WEIGEND. "Tratado de Derecho Penal Parte General". Granada 2002, editorial Comares, 5ª edición, p. 294.

El resultado no es una parte integrante de la acción, pero sí es (con frecuencia) un elemento del tipo... las circunstancias externas del hecho designan la situación en la que la acción debe tener lugar para ser merecedora de pena.

La teoría del funcionalismo sistémico del Derecho Penal de JAKOBS y sus seguidores, resuelven la problemática de la participación delictiva apelando únicamente a la parte objetiva del tipo penal. Así en el ámbito de la intervención de varios agentes en un hecho la solución a la problemática empieza por establecer qué aporte, por ser imputable objetivamente, alcanza el nivel de lo típico, y qué contribución, por no reunir las características de una conducta imputable objetivamente, queda fuera del tipo como un comportamiento socialmente adecuado.

Cuando se hace referencia a la conducta imputable penalmente se alude necesariamente a una concepción del sujeto al que se imputa la realización delictiva. En este contexto la conducta imputable es sólo la de una persona en Derecho, en tanto actúa como persona portadora de un rol.

La conducta imputable en el sistema Jakobsiano no se refiere por tanto a la acción de un ser humano como estructura psico-física que se desarrolla conforme a su voluntad, o de acuerdo a sus representaciones, o en base al conocimiento del mundo exterior; sino a la persona como portadora de un rol, en virtud del cual ella es titular de un ámbito de organización con derechos.¹¹⁸ De

¹¹⁸ CARO JOHN, José A. *“La Imputación Objetiva de la Participación Delictiva”*. Lima 2009. Editorial Grijley; p. 29 y ss.

manera que, el quebrantamiento del rol, esto es, la desviación del rol, constituye precisamente la esencia de la imputación penal.¹¹⁹

4.2.1. Perspectiva Subjetiva.

En los intentos de delimitar una complicidad punible de aquello que se define como conductas neutrales, existe un grupo de autores que sitúan el juicio de valoración en el plano subjetivo del actuante al momento de prestar su aportación. Esta línea de razonamiento tendría asidero si lo vinculamos con la exigencia de dolo en el conducta del cómplice (primario o secundario) exigida en el artículo 25 del Código Penal, pues de acuerdo con los defensores de esta argumentación, calificar a las conductas neutrales como complicidad, depende de la conexión psíquica que se dé entre los intervinientes.

El defensor más destacado de esta postura es nada menos que el profesor Claus ROXIN. En un primer momento, este autor al analizar si es punible la intervención en el delito a través de una conducta neutral propone un criterio de connotación subjetiva: *el favorecimiento de una reconocible propensión al hecho*, de acuerdo con el cual, se ha de tener en cuenta, que una primera acción no puede ser interpretada por sí misma como intolerablemente peligrosa, sino sólo a partir del contexto reconocible de las intenciones del potencial autor doloso. Esta propensión al hecho tiene que ser de tal magnitud para que el primer actuante se inhiba

¹¹⁹ POLAINO-ORTS, Miguel. "La Imputación Objetiva: Esencia y significado". AA. VV. En: "Imputación Objetiva e Imputación Subjetiva en Derecho Penal". Lima 2009. Editorial Grijley; p. 37.

de llevar adelante acciones que puedan conducir a la configuración de un hecho delictivo.

Asimismo para ROXIN es importante establecer el grado de conocimiento que el actuante tiene al momento de realizar una prestación cualquiera como parte de su oficio cotidiano. En este sentido si al momento de ejercer su actividad cotidiana: El actuante realiza una aportación a un tercero sabiendo que éste la utilizará para cometer un delito, entonces lo aportado deja de ser inocuo o neutro para convertirse en una participación punible.

La participación se fundamenta porque la aportación muestra de este modo una relación de sentido delictiva. Esto quiere decir, para que el actuante se convierta en partícipe, basta que en el ejercicio de su actividad u oficio cotidiano realice una aportación sabiendo a este respecto de forma manifiesta la decisión del autor de servirse de la aportación para cometer un delito.

Pero la situación cambia si el actuante sólo cuenta con la probabilidad que el autor cometerá un delito, esto es, sin tener un conocimiento seguro de la resolución delictiva del autor, sino sólo un conocimiento probable, similar al del dolo eventual, entonces su responsabilidad se excluye por regir el principio de confianza.

Para ROXIN en virtud del principio de confianza todos pueden confiar en que los demás no cometerán delitos dolosos, en tanto que una inclinación reconocible al hecho del otro no debilita esa suposición. La delimitación del castigo de la participación según el grado de conocimiento del actuante, no ha sido ajeno a las críticas, porque por esta vía el mundo individual de la representación se convertiría en el principal factor de la imputación jurídico-penal.

4.2.2. Perspectiva Objetiva.

La fundamentación más consistente desde un enfoque objetivo se debe a JAKOBS¹²⁰ y sus seguidores, así formulado en términos muy elementales, la teoría viene a decir: Al objeto de facilitar los contactos sociales, y dado que si todos tuvieran que cuidar de todo, la vida social se paralizaría, el derecho penal tiene que establecer normativamente cuándo es el primer caso, esto es, qué acontecimientos en los que el sujeto interviene le son imputados.

La forma de hacerlo es considerar al sujeto no como individuo, sino como portador de un rol, p. ej., el rol de panadero, que le permite ver al comprador del pan como un consumidor de esa sustancia y no como un posible envenenador, al tiempo que le permite al comprador del pan ver al panadero como suministrador de ese producto y no como posible defraudador tributario.

Sólo de lo que el ordenamiento jurídico espera del sujeto como portador del rol asignado, con independencia de lo que como individuo sepa y quiera, se responde, en el ejemplo del panadero del comportamiento estándar de un panadero, y nada más. A esta selección de acontecimientos hecha con criterios normativos de lo que causalmente acontece y el sujeto puede conocer la denomina JAKOBS *imputación objetiva*.

A su vez, si lo relevante es el rol o posición en que el ordenamiento jurídico coloca al sujeto, pasará también a un segundo plano, como ocurría con la causalidad y el dolo entendidos naturalísticamente frente a la *imputación objetiva*, si la defraudación del sujeto en el rol impuesto por el ordenamiento jurídico se ha producido por

¹²⁰ CUELLO CONTRERAS, Joaquín. En: RECPC 08-01 (2006). <http://criminet.ugr.es/recpc>

acción u omisión, que resultan equiparadas a través del concepto acuñado por JAKOBS de *competencia por organización*, según el cual tan imputable es el daño producido por el sujeto mediante un comportamiento activo como el producido porque no ha atajado un peligro originado en su esfera de organización, de la que debe cuidar.

Tan responsable de homicidio imprudente es el conductor que cambió de marcha y a mayor velocidad atropelló a un peatón como el que omitió frenar conduciendo un coche automático.

Aunque la doctrina de la imputación objetiva irrumpe en derecho penal para configurar el tipo de injusto de manera puramente objetiva (de ahí su nombre), sin consideración alguna de elementos subjetivos que puedan ser decisivos a la hora de configurarlo, dado que elementos de esa naturaleza, por ir referidos al psiquismo humano, pecarían de un naturalismo incompatible con la esencia puramente normativa de lo jurídico, bueno es ver cómo concibe un autor que auspicia configurar de manera netamente objetiva el injusto el tipo subjetivo del delito, superpuesto después al injusto objetivo, a efectos de la pertinente imputación subjetiva característica del derecho penal.

En efecto, según JAKOBS, acotado normativamente, con criterios de imputación objetiva, aquello de lo que responder penalmente, para la correlativa imputación subjetiva, requisito de un derecho penal basado en la culpabilidad y no en la responsabilidad por el resultado, es suficiente con la exigencia de la *evitabilidad*, siendo innecesario el criterio que también tiene en cuenta el legislador como residuo naturalístico (psicológico en este caso) del dolo.

Lo que el autor se haya representado o querido, es irrelevante para la imputación. A esos efectos, lo único relevante sería la evitabilidad, que permite equiparar, cosa que el derecho positivo no hace, la responsabilidad de quien por haber sido consciente se representó el alto peligro que creaba a la de quien por su carácter desaprensivo ni siquiera fue consciente ni se representó el peligro creado.

Según JAKOBS, autor del delito no es quien domina el hecho, convirtiendo en mero partícipe a quien no lo domina. Para este autor el dominio del hecho es también un concepto demasiado teñido de naturalismo, siendo así que todos los conceptos penales son conceptos normativos. Autor del delito, con mejor criterio, sería quien ha sido colocado por el ordenamiento jurídico ante el deber de evitar la lesión del bien jurídico.

De esta manera no hay, pues, diferencias conceptual, y menos una basada en criterios ontológico-naturalísticos, entre la autoría y la participación, y sí sólo de grado (basado en el dominio del hecho). Ejemplo: En la coautoría, la autoría corresponde a quien contribuye decisivamente al hecho, haya actuado o no en la ejecución: la obra de teatro es también la obra del director. Cuando la contribución ha sido decisiva: y entonces si hay coautoría o participación (inducción o complicidad) sería una cuestión cuantitativa.

4.3. Imputación Objetiva y Subjetiva como magnitudes Inescindibles.

La función genuina del derecho penal, de proteger los bienes jurídicos frente a peligros muy elevados de lesión, la cumple el legislador describiendo y prohibiendo comportamientos que por experiencia general son muy adecuados para la creación del peligro que se quiere atajar.¹²¹

Ello es así porque *ex ante* el peligro, no constatado aún dado que se trata de un resultado (estado), sólo aparece como el motivo que lleva al legislador a prohibir un comportamiento apto para producir ese efecto; sólo *ex post* podrá comprobarse que efectivamente el peligro que quería atajarse *ex ante* no se atajó (debido a que se actuó de la manera prohibida), por lo que se produjo el resultado o lesión del bien jurídico, que podrá imputarse con criterios de imputación objetiva.

Luego, por tanto, *ex ante*, el llamado disvalor de acción estará constituido *siempre* por un comportamiento que incluye las circunstancias tenidas por peligrosas por el legislador y la representación por parte del autor de esas circunstancias. Y, por mucho que se acote la materia de prohibición con criterios normativos, lo acotado siempre, en los delitos dolosos de resultado, es un curso causal y una representación subjetiva de éste, de índole naturalístico.

La acción consciente que desarrolla el nexo causal que el legislador no quiere que tenga lugar por su peligrosidad, menor: entonces

¹²¹ Sobre las funciones del Derecho Penal; véase GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio. “Derecho Penal Parte General”. Lima 2009. Jurista Editores., p. 131 y ss.

imprudencia, o mayor: entonces dolo, es la acción final, intencional en algún sentido, que el finalismo postula como presupuesto mínimo de toda imputación a título de delito comisivo. De ahí el subjetivismo que se le achaca al finalismo desde la doctrina dominante de la imputación objetiva.

Por lo que no es posible reducir al mínimo, tal como se pretende desde la perspectiva normativista, el presupuesto ontológico – conocimiento o intencionalidad– que termina desligando la intencionalidad del dolo, e identifica únicamente a la acción con conciencia de algo sin que ese algo sea lo imputado.

El tipo subjetivo tiene como referente el tipo objetivo y ello significa que: tan sólo cuando un riesgo se llega a calificar como no permitido puede ser relevante el dolo o la imprudencia (que en sí pueden existir y normalmente existirán con anterioridad a lo objetivo).

De este modo, el tipo objetivo se ocupa de la forma externa de la acción, de las propiedades objetivas generales de la conducta que luego será subjetivamente imputada al sujeto. Sólo cuando una conducta se manifiesta como no aceptable en su forma de aparición, puede plantearse la pregunta sobre su atribución subjetiva.¹²²

¹²² FRISCH, Wolfgang. Citado por ROBLES PLANAS, Ricardo. *“La Participación en el Delito: Fundamentos y Límites”*. Madrid 2003. Editorial Marcial Pons., p. 207.

4.4. EL CONOCIMIENTO Y LA DIRECCIÓN POR EL SUJETO RESPECTO DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL HECHO CONCRETO.

4.4.1. Consideraciones previas.

El artículo 1° de la Constitución Política instituye a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, como el fin supremo de la sociedad y del Estado. En este sentido, el Derecho penal como parte del sistema social debe estar dirigido a la protección de la persona. Esta protección obliga no solamente a tener que imputar responsabilidad penal a quien afecta aspectos esenciales de la persona, *sino también a ajustar los criterios de imputación penal a la persona del autor.*

Como puede verse, la teoría del delito debe estar informada doblemente por el concepto de persona, pues el injusto penal se sustenta en una afectación a la persona y la culpabilidad en la posibilidad de imputar el injusto a una persona. Sin embargo, no es suficiente con que la teoría del delito se haga a partir de una idea de persona, sino que el concepto de persona debe estar necesariamente informado, por mandato constitucional, de la dignidad humana.¹²³

La dignidad humana no es una simple atribución contingente, sino que le corresponde a toda persona por el hecho de ser un ser humano. En palabras de HERVADA puede decirse que la dignidad de la persona humana significa que se trata de un ser con una

¹²³ GARCÍA CAVERO, Percy. "Derecho Penal Parte General". Lima 2012, Jurista Editores, 2ª edición, p. 343 y ss.

dimensión espiritual que es lo que le proporciona la intensidad y la perfección del ser más altas que el resto de seres del mundo animal.

A este respecto el Tribunal Constitucional reconoce en efecto que “La dignidad de la persona es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal... la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho”. [Exp. N° 010-2002-AI/TC. FJ. 217 y 218].

4.5. Imputación Conocimiento y Persona en Derecho.

4.5.1. Persona en Derecho.

El modelo de persona que se adopta condiciona los contenidos de la imputación y los requisitos para ella exigidos. De cómo se conciba el término de referencia, el sujeto al que se atribuye responsabilidad, dependerán las concretas reglas de imputación penal. El concepto de persona que se maneja, para nosotros se refiere al individuo de la especie humana que es sujeto de derechos; el “*Ser autoconsciente, responsable, libre, dotado de dignidad y derechos especiales; opuesto a cosa*”.¹²⁴

Contrariamente a lo que postula el normativismo puro del Derecho penal¹²⁵, para nosotros, la persona en derecho es el ser humano de

¹²⁴ SALVAT. “*Enciclopedia Universal*”. Madrid 2009. Tomo 25. p. 12045.

¹²⁵ Cfr. JAKOBS, Günther. “*La Imputación Objetiva en Derecho Penal*”. Buenos Aires 1997. Editorial Ad-Hoc; p. 78 y ss.

carne y hueso destinatario de la imputación. Un ente responsable capaz de determinarse conforme a sentido. Así, ZAFFARONI¹²⁶ sostiene que por “... **persona** debe entenderse la calidad que proviene de la capacidad de autodeterminarse conforme a un sentido (capacidad que puede ser real o potencial e incluso limitarse a la reunión de los caracteres físicos básicos de quienes pueden ejercerla)”.

Persona será, entonces, el ente capaz de decidir conforme a valores y pautas o, más sintéticamente dicho, un ser *autodeterminable*. La negación de este presupuesto no es una cuestión que pueda decidirse con reduccionismos psicologistas o fisicalistas y, menos aun, apelando a apotegmas apriorísticos de estas ciencias o de alguna de sus escuelas.

Su desconocimiento importa negar la base del estado de derecho, porque vacía de todo sentido el principio democrático: la democracia sólo tiene sentido cuando se presupone que los seres humanos son entes capaces de decidir (la democracia sin personas es un absurdo; pensar en una elección popular convocando a sujetos determinados a votar de cierta manera es inconcebible).¹²⁷

En este sentido, sólo por *ficción* cabría negar la realidad óntica del ser humano hasta el punto de llevar a renunciar absurdamente un dato elemental del derecho, esto es, a apartar al hombre como persona.

Esta postura es coherente además con el principio de culpabilidad, que se deriva del estado de derecho, porque su violación importaría el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar

¹²⁶ ZAFFARONI, E. Raúl. “*En Busca de las Penas Perdidas*”. Buenos Aires 1998. Editorial Ediar. 2ª reimpresión; p. 21.

¹²⁷ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR. “*Derecho Penal Parte General*”. Buenos Aires 2002. Editorial Ediar; 2ª edición., p 141.

un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una *cosa causante*.¹²⁸

4.5.2. Características.

Cuando se alude a la persona real se entiende a esa persona que, como totalidad, se caracteriza por¹²⁹: **(a)** su *individualidad*, que se rige por una intencionalidad que orienta su proyecto de vida. **(b)** su *alteridad*, que alude a su apertura al mundo para encontrarse con otros “yo”, “llegar a ser con otros en el mundo”, para darse una coexistencia –convivir–, orientada por su individualidad –intencionalidad–. **(c)** su *comunicación*, que hace referencia a la expresión de la individualidad en la alteridad, es decir, en la relación con otros –coexistencia– y **(d)** su *libertad*.

La persona real es un Ser autónomo que puede “*dar norma y dirección a su vida*”¹³⁰, obviamente libertad que no puede comprenderse alejada de los condicionamientos culturales, sociales y económicos concretos de la persona real, así entonces, la persona real tiene una libertad circunstanciada en concreto, es decir, expresada en un determinado contexto histórico social.

En resumen, la persona real –concreta–, como expresión totalizadora de unas características esenciales y dotadas de una dimensión axiológica/política, es la que se halla en capacidad de

¹²⁸ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR. Ob. Cit. p. 139.

¹²⁹ LUCAS, Juan de Sahagun. “*Las Dimensiones del Hombre. Antropología Filosófica*”. Salamanca 1996. Editorial Sígueme, p. 174.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 174.

configurar lo que le rodea en función de un fin que sería ella –la persona real–. En ese sentido, todo saber y su sistema de comprensión activo (método) presuponen la existencia de una persona real que los construyen para bien suyo.

Por lo anterior, se hace fácil colegir la necesidad de fundamentar cualquier saber, muchos más el jurídico, de manera personalista, es decir, en un reconocimiento del ser hombre en cuanto hombre real y circunstancialmente condicionado. Dado ese fundamento personalista y la finalidad del mismo –el bien de la persona real– es por lo que, siempre habrá de excluir, en la configuración sea de la política criminal sea del derecho penal, todo aquello que atente contra ella. Por ello, la persona real –si se quiere concreta– será siempre, ya en materia penal, el primer y último límite de lo irracional del poder punitivo.

4.5.3. Conocimiento.

No es posible concebir el concepto de persona como una construcción teórica y conceptualmente separable de la idea de conocimiento; de manera que, la configuración de la imputación jurídico-penal no puede dejar de lado el conocimiento del partícipe como presupuesto para la atribución de sentido delictivo; pues no existe una pureza objetiva de la conducta.

La atribución de responsabilidad que se contiene en todo juicio de imputación presupone la posibilidad de acotar algo en el mundo en el que el sujeto se ve inmerso, y considerarlo hecho. El hecho del sujeto es aquel proceso en el que el sujeto se ve inmerso, cuyas

circunstancias conoce y, al menos parcialmente, controla; es decir se trata de un proceso controlado sometido a reglas.

Esto supone, por una parte, que hay hecho si el proceso o acción es un presente para el sujeto, que se considera entonces agente (su artífice) en la medida en que lo puede controlar. Que sea un presente significa que el sujeto trae al momento actual lo que a su alcance está en ese proceso. Ello es posible gracias a la facultad cognoscitiva de la persona, que percibe las circunstancias del proceso en el que se ve inmerso¹³¹.

Conocer lo que se hace es condición necesaria para ser artífice de lo que se hace.¹³² En la determinación de un acto humano como acto de tal tipo no se puede prescindir de lo que el agente conoce cuando actúa. Así, el hecho es, en definitiva, obra del sujeto, en cuanto que éste es su artífice: el agente obra en la medida en que es consciente de que gobierna las leyes naturales en las que se ve inmerso. Basta con un mínimo de dominio de la situación para entender que el sujeto es agente, es artífice. Pero debe existir esta actualización de conocimiento del dominio de la situación.

La imprescindibilidad del conocimiento de las circunstancias reales en las que se ve inmerso el sujeto actuante, así como la voluntad direccionadora, es tan importante como para que el artículo 25 del Código Penal haya previsto sólo la forma dolosa de participación; pues como bien dice ZAFFARONI en el dolo se da “... *la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración*”¹³³.

¹³¹ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. “*Imputación y Teoría del Delito*”. Buenos Aires 2008. Editorial B de F., p. 406 y ss.

¹³² *Ibidem.* p. 418.

¹³³ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR. “*Derecho Penal Parte General*”. Buenos Aires 2002. Editorial Ediar; 2ª edición., p 519.

En este mismo sentido señala el profesor HURTADO POZO¹³⁴ para quien el artículo 25 del Código Penal estatuye expresamente que el cómplice debe prestar asistencia o auxilio dolosamente. De manera que, el cómplice debe pues actuar con consciencia y voluntad respecto a la naturaleza de su propia intervención y a la del comportamiento delictuoso que el autor realiza o está a punto de realizar.

Cuando el cómplice haya perdido el control de lo que el ejecutor pueda hacer con un arma, por ejemplo, habrá abandonado al azar, la posibilidad de que se produzca una lesión —que el cómplice habría podido mitigar *ex ante*—, lesión que si bien es legítima para quien la causa directamente, no es legítimo que el cómplice haya creado su posibilidad.¹³⁵

4.5.4. Capacidades relevantes.

Debemos dejar por sentado que el tipo penal contiene globalmente, todos los elementos –objetivos y subjetivos– según los cuales se determina si un comportamiento, incluyendo sus consecuencias, ha de ser valorado como un injusto penalmente relevante.

Ahora bien, entre los elementos en cuestión existe una determinada relación; los elementos del tipo subjetivo se encuentran, precisamente, referidos a los elementos del tipo objetivo. La tipicidad objetiva de un comportamiento, incluidas sus consecuencias relevantes, constituye aquello que ha de ser evitado,

¹³⁴ HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA. “Manual de Derecho Penal Parte General”. Lima 2011, Editorial Idemsa, 4ª edición, Tomo II, p. 181.

¹³⁵ SANCINETTI, Marcelo. “*Ilícito Personal y Participación*”. Buenos Aires 1997. Editorial Ad-Hoc; p. 83.

y es a esto a lo cual el dolo y la imprudencia, en tanto criterios de evitabilidad, se encuentran referidos.

El tipo objetivo designa el objeto; el dolo y la imprudencia, en cambio, designan los fundamentos de imputación de la responsabilidad jurídico penal. El injusto penal en este orden de cosas, pasa a ser considerado desde la perspectiva del desempeño de la protección de bienes jurídicos mediante el seguimiento de las normas.

Siguiendo a KINDHÄUSER¹³⁶ consideramos que el juicio de antijuricidad se refiere a aquellas formas de comportamiento que pueden y deben ser ejecutadas para evitar el menoscabo de un bien jurídico.

Aquellos menoscabos de bienes jurídicos, que por el contrario, no son evitables a través del seguimiento de una norma, no pueden tener relevancia jurídico penal.

La evitabilidad del menoscabo del bien jurídico, se determina mediante la capacidad de acción que se constituye en el presupuesto del injusto. Puesto en términos analíticos, se trata de los siguientes pasos de comprobación: por de pronto, tiene que haber un suceso, fijado como tal por una norma, que no debe ocurrir.

Si el tipo objetivo se interpreta como el contenido invertido de una norma, entonces el tipo penal describe el suceso que no debe ser. Más precisamente: el tipo designa el suceso que, en general, esto es, con independencia de la posible satisfacción de una causa de justificación, no deber ser. Un suceso tal, que no debe ser, puede

¹³⁶ KINDHÄUSER, Urs. "El Tipo Subjetivo". AA. VV. En: "Imputación Objetiva e Imputación Subjetiva en Derecho Penal". Lima 2009. Editorial Grijley., p. 182 y ss.

llamarse injusto de resultado. En los así llamados delitos de resultado, este injusto de resultado comprende todo el curso causal que va desde el comportamiento exterior de una persona hasta la producción del resultado.

El injusto de resultado constituye, en tanto suceso que no debe ser, el posible objeto de una imputación jurídico-penal. Una persona tiene responsabilidad jurídico-penal por la realización de un injusto de resultado, entonces, si ella no ha evitado este suceso, no obstante ella habría podido evitarlo. Así, tras el primer paso de comprobación, por el cual se fija el injusto de resultado como objeto de imputación, ha de preguntarse, en un segundo paso, si los criterios de evitabilidad se satisfacían en el caso concreto.

Los criterios de imputación referidos a la evitabilidad tienen como función el fundamentar responsabilidad jurídico-penal, y con esto ellos indican en qué medida una persona se encuentra vinculada a una norma, esto es, qué medida de esfuerzo personal ella ha de poner al servicio de la evitación del injusto de resultado. *Esta vinculación a la norma producto de la capacidad de evitación a ser ejercida será denominada deber de acción.*

El deber, de esta manera, es una directiva de acción concretizada; el deber indica lo que tiene que hacerse u omitirse para evitar el injusto de resultado, e implica ya por lo mismo una cierta medida de capacidad del obligado. Mientras mayores sean las capacidades atribuidas al obligado, más amplio el círculo de posibles deberes de acción.

Mientras más bajas sean las exigencias puestas sobre el obligado, más pequeño será el universo de sus deberes. Si la responsabilidad jurídico-penal se encuentra referida a la capacidad de evitar un

injusto de resultado, se plantea entonces la pregunta de cómo esta capacidad ha de determinarse de manera más precisa.

4.5.5. La Capacidad de Acción y Motivación.

El conocimiento y la capacidad física necesarios para alcanzar un determinado objetivo se denominan capacidad de acción. Alguien es capaz de acción cuando dispone del *saber* y la *capacidad física* para poder cumplir un determinado objetivo.

La capacidad de acción en este sentido no es suficiente por sí sola, sin embargo, para que el objetivo (compromiso) pueda cumplirse; pues ha de concurrir también la *intención* correspondiente para ejecutar la acción determinada. Ello implica la capacidad de formarse y realizar la intención de ejecutar la acción prometida. Esta capacidad de formarse y realizar intenciones de acción se denomina *capacidad de motivación*.

Los criterios de la capacidad de acción están constituidos, en el Derecho penal, por el conocimiento, que aquí se denomina **dolo**. A la capacidad de motivación jurídico-penalmente relevante pertenecen, ante todo, el conocimiento de la prohibición, la exigibilidad y la capacidad de autocontrol normativo [imputabilidad].

El seguimiento de las normas presupone la capacidad de acción y motivación que es necesaria para realizar el objetivo adecuado a la norma. Quien no posee la capacidad de acción y motivación necesaria para seguir la norma queda eximido, siempre que él mismo no tenga que responder por el déficit (*actio libera in causa*).

4.6. Silogismo Práctico.

Para determinar los deberes de acción el profesor KINDHÄUSER¹³⁷ propone un esquema al que denomina silogismo práctico; donde la premisa mayor enuncia un determinado objetivo, mientras que en la premisa menor se establece el conocimiento del agente acerca de las posibilidades disponibles para la realización de su objetivo. De aquí se sigue, designada en la conclusión, la acción que el agente tiene que ejecutar si quiere alcanzar su objetivo.

Esta conclusión se denomina silogismo práctico, porque ella establece, con necesidad práctica, la acción que es necesaria, bajo la premisa de conocimiento dada, para alcanzar el objetivo señalado en la premisa mayor.

Si se utiliza el silogismo práctico para la determinación de deberes jurídicos-penales, entonces la premisa mayor señala la evitación de la realización del tipo como el objetivo debido. La premisa menor contiene los conocimientos y las capacidades relevantes del respectivo destinatario de la norma. Y de la conclusión se extrae el comportamiento adecuado a deber, que tiene que omitirse (tratándose de una prohibición) o ejecutarse (tratándose de un mandato).

¹³⁷ KINDHÄUSER, Urs. Ob. Cit., p. 186.

4.7. LA CREACIÓN DEL RIESGO JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTE DESDE EL PUNTO DE VISTA EX ANTE.

4.7.1. Consideraciones previas.

Según la teoría de la imputación objetiva, –o del carácter típico de la conducta– para poder imputar objetivamente un resultado, es necesario, en primer lugar, que la conducta enjuiciada suponga la creación de un riesgo típicamente relevante o típicamente desaprobado. Es decir, se exige, por un lado, que la conducta implique un *riesgo* y, por otro lado, que ese riesgo se encuentre *típicamente desaprobado*.

Si la conducta no supone ningún *riesgo* de cara a la producción del resultado típico, deberá negarse la imputación. Sin embargo la cuestión central es saber qué implica realmente la existencia de un riesgo.

Para una comprensión del injusto personal, sin duda se muestra como adecuado acreditar la creación de un peligro desaprobado a aquel que ha tenido *conocimiento* de puntos de referencia que indican que, al realizarse cierta acción, se producirá un suceso con cierta tendencia lesiva. FRISCH parte de la idea de que la tipicidad de la conducta se basa en el carácter jurídicamente desaprobado del riesgo que puede llevar consigo.

Todos los criterios utilizados para determinar el carácter desaprobado del riesgo se fundamentan, a su juicio, en una ponderación entre el valor positivo que tiene la conducta peligrosa

del sujeto en cuanto manifestación de su libertad y la conservación o protección de los bienes jurídicos.

Sostiene FRISCH, sin embargo, que para que la conducta llegue a ser típica no basta con que la ponderación se resuelva a favor del interés relativo a la conservación de los bienes jurídicos, pues hay que tener también en cuenta que la imposición de una pena sólo está justificada cuando cumple con los principios de idoneidad, necesidad y razonabilidad (proporcionalidad).

Para determinar el carácter típico de la conducta o el carácter jurídicamente desaprobado del riesgo, FRISCH¹³⁸ se basa en una ponderación entre la libertad –o, en general, el valor que lleva implícito la propia conducta– y la conservación o protección de los bienes jurídicos; una ponderación de carácter general que se diferencia de la ponderación que se realiza en el plano de la antijuridicidad y complementada, en todo caso, con consideraciones sobre la idoneidad, necesidad y razonabilidad (proporcionalidad) de la reacción penal.

Desde una perspectiva crítica, sostiene el profesor ZAFFARONI¹³⁹; que “Imputar un resultado conforme a la creación de un riesgo – dice– es retomar el modelo *ex ante* de la tentativa, en ignorancia de que no hay tentativas en el vacío (para la nada), porque los cursos de acción sólo cobran sentido cuando son frustrados, abandonados o dialécticamente negados por la consumación del proyecto final.

Extirpar un riñón, concretar una venta inmobiliaria o desviar fondos públicos son acciones *ex ante* riesgosas, para el médico y el paciente, para el vendedor y el comprador, tanto como para el imputado y el patrimonio público, pero la salud del paciente, la

¹³⁸ FRISCH, Wolfgang. “*Tipo Penal e Imputación Objetiva*”. Madrid 1995. Editorial Colex; p. 103 y ss.

¹³⁹ ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR. Ob. cit. p. 469.

ganancia del vendedor o el vaciamiento de una cuenta fiscal no pueden sino imputarse según la *correspondencia entre la acción final y el resultado obtenido*, independientemente de cualquier riesgo creado. El riesgo y el peligro son datos demasiado ubicuos en las acciones como para servir de base a la imputación de un resultado”.

Sin embargo debemos tener en cuenta que el riesgo jurídico-penalmente importante se refiere a la creación de un riesgo relevante de producción del resultado que esté jurídicamente desaprobado, que lógicamente será producto de la *correspondencia entre la acción final y el resultado obtenido*.

4.7.2. Concepto.

Siguiendo HURTADO POZO¹⁴⁰, consideramos que

“... el principio general de la imputación objetiva es que el agente, mediante su acción, cree una situación de la que aparezca como muy probable, que intereses jurídicamente protegidos sean dañados o que aumente un peligro ya existente. De modo que basta que el autor intensifique un peligro prohibido, lo cual sucede cuando empeora las circunstancias que ya comportan un riesgo”.

FRISCH distingue, desde un punto de vista fenomenológico, tres clases de conductas peligrosas: las que atentan de manera inmediata contra el bien jurídico, las que dan lugar a una posterior

¹⁴⁰ HURTADO POZO/PRADO SALDARRIAGA. “Manual de Derecho Penal Parte General”. Lima 2011, Editorial Idemsa, 4ª edición, Tomo I, p. 425.

actuación de la víctima y las que se encuentran mediadas por la conducta de un tercero.

Aunque para FRISCH¹⁴¹ los criterios manejados en el seno de la llamada teoría de la imputación objetiva, en la medida en que sirven fundamentalmente para valorar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, no serán criterios realmente de imputación objetiva, sino criterios que contribuyen a determinar el *carácter típico de la conducta*.

La valoración de la conducta o del riesgo que encierra la conducta sería una valoración independiente de la teoría de la imputación objetiva como teoría de la imputación del resultado.

La *imputación objetiva del resultado* sería por tanto un juicio *adicional* que responde a un análisis eminentemente fáctico de la relación existente entre la conducta desvalorada y el resultado lesivo; se trataría, simplemente, de precisar los cursos causales prohibidos por la norma de conducta y, a partir de ahí, comprobar si alguno de ellos es el que finalmente se ha producido.

4.7.3. La Peligrosidad generada por la Conducta ha de sobrepasar el Riesgo Permitido.

La conducta peligrosa, significa que ha de crear un riesgo relevante de producción del resultado que esté jurídicamente desaprobado. En este ámbito se trata de dilucidar si la conducta puede ser o no calificada de peligrosa en relación con el bien jurídico en cuestión, y este enjuiciamiento se realiza desde una perspectiva *ex ante*, es

¹⁴¹ FRISCH, Wolfgang. Ob. Cit., p. 96-97.

decir, se tienen tan sólo en cuenta los datos o circunstancias reconocibles en el momento de la acción y no los datos averiguados *ex post*, es decir, una vez que el resultado se ha producido.

La imputación objetiva habrá que negarla en los supuestos de ausencia de un peligro jurídicamente relevante. Aquí se trata de no imputar riesgos normales de la vida.¹⁴²

Con este requisito se hace alusión a la existencia de actividades peligrosas pero permitidas en atención a determinados intereses generales, como, por ejemplo, el tráfico rodado. Cuando afirmamos que la conducta ha creado un riesgo penalmente relevante que sobrepasa las fronteras del riesgo permitido, estamos afirmando que la conducta, al menos, es imprudente.

Falta de antemano la creación de un riesgo, cuando el autor ha modificado un curso causal de tal manera que disminuye el peligro ya existente para la víctima, o sea cuando mejora la situación del objeto de la acción.¹⁴³

4.8. LOS CONOCIMIENTOS DESDE LOS QUE DEBE JUZGARSE EL RESULTADO, COMO REALIZACIÓN DEL RIESGO JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTE.

4.8.1. La concepción Subjetiva.

¹⁴² JESCHECK/WEIGEND. *“Tratado de Derecho Penal Parte General”*. Granada 2002, editorial Comares, 5ª edición, p. 308.

¹⁴³ ROXIN. Claus. *“La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”*. Lima 2012. Editorial Grijley. 2º edición., p. 85 y ss.

Mantienen una concepción subjetiva del riesgo aquellos autores que, partiendo de una comprensión de las normas penales como normas de conducta expresadas en forma de mandatos y prohibiciones, además de defender una teoría personal del injusto basada en el desvalor de la acción, consideran necesario interpretar la acción en función de la finalidad o representación del autor.

Dichos autores integran la llamada corriente “monista-subjetivista”, que se caracteriza por desarrollar las tesis de WELZEL relativas al limitado protagonismo que el resultado lesivo debe desempeñar en la fundamentación del injusto. WELZEL sostiene, efectivamente, que el injusto debe estar referido en todo caso a la acción del autor y que el desvalor del resultado sólo es importante para realizar una selección de acciones que por sí mismas son anti-normativas.

4.8.2. La concepción Objetiva.

En la concepción objetiva del riesgo se entiende que es el espectador objetivo quien, sin prestar atención a los conocimientos del autor, debe juzgar si la conducta puede llegar a producir el resultado lesivo. Dentro de esta concepción objetiva se puede adoptar, a su vez, tanto una perspectiva *ex post*, como una perspectiva *ex ante*. En ambos casos se parte de los conocimientos del espectador objetivo, pero se le atribuyen distintos conocimientos.

Se parte de una perspectiva objetiva *ex post* cuando al espectador objetivo se le atribuye un conocimiento completo de la realidad; es

decir, cuando no se pretende realizar propiamente un pronóstico de peligro, sino comprobar la existencia de un verdadero peligro.

Se dice, en este sentido, que la conducta es peligrosa cuando, sin limitar de ninguna forma los datos o elementos de referencia, la conducta resulta apropiada para explicar la producción del resultado lesivo. Lo importante es que, a partir de todos los datos adquiridos *ex post*, se pueda explicar la producción del resultado conforme a las leyes científicas y de la experiencia.

Conforme a este planteamiento, por ejemplo, se vería como peligrosa –de cara a un posible resultado de muerte– la conducta consistente en dar un pequeño golpe a una persona aun cuando hubiera contribuido a la producción del resultado la hemofilia que sufría la víctima o el incendio provocado por un tercero en el hospital en el que la víctima era atendida del golpe.

Ello es asumido por quienes entienden que para afirmar el carácter típico de una conducta, primero, en el tipo objetivo, hay que adoptar una perspectiva *ex post* para determinar la existencia de un hecho o de un *riesgo* típico, y después, en el tipo subjetivo, hay que adoptar una perspectiva *ex ante* para examinar si el sujeto que realiza la conducta infringe un deber de cuidado y se le puede *imputar* lo realizado a título de dolo o imprudencia.

4.8.3. La concepción Objetivo-Subjetiva.

La doctrina mayoritaria defiende una concepción *mixta* o de carácter *objetivo-subjetivo* en la que se juzga la previsibilidad del resultado y la peligrosidad de la conducta desde una perspectiva *ex*

ante, atendiendo tanto a los conocimientos del espectador objetivo, como a los conocimientos del autor.

El comportamiento típico, consistente en la creación de un peligro relevante, objetivo y *ex ante*, constituye el desvalor de acción. Esta concepción mixta se opone a la concepción subjetiva porque reconoce la necesidad de tener en cuenta los conocimientos del espectador objetivo no sólo en el ámbito de los delitos imprudentes, sino también en el de los delitos dolosos.

La afirmación de que una conducta incrementa sustancialmente el riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor debe realizarse desde una consideración *ex ante*, teniendo en cuenta las circunstancias concretas en que ésta se realizó: habrá que recurrir, ciertamente, a un juicio hipotético, comparando las posibilidades teóricas de comisión del delito por el autor con dicha aportación y sin ella, permaneciendo las demás condiciones estables además de contribuir causalmente a la producción del resultado (desvalor de resultado).

Aplicando los criterios de la imputación objetiva a la participación, *la conducta del cómplice habrá de elevar ex ante las probabilidades de éxito del autor y, con ello, las de lesión o puesta en peligro del bien (desvalor de acción)*. El resultado se imputa objetivamente a la conducta cuando *ex ante* se crea un riesgo jurídicamente desaprobado y *ex post* ese riesgo se realiza en el resultado lesivo.

4.9. LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN.

Partiendo del concepto restrictivo de autor, la autoría se limita a la conducta descrita en los tipos de la parte especial, siendo la participación causa de extensión de la punibilidad. La concepción correcta de la autoría, por tanto, radica pues en la *realización* del tipo, no en su *causación*.

En orden a ello, la teoría del dominio del hecho, criterio adoptado mayoritariamente en la jurisprudencia peruana, es considerada habitualmente como una teoría objetivo-subjetiva porque se refiere tanto a la existencia de una posición objetiva que determine un efectivo dominio (como situación real en la que con su comportamiento el sujeto puede dejar correr o interrumpir el delito), como a la necesidad de que se dé una voluntad consciente de realizar el hecho.

Esta teoría contempla, pues, al autor como aquél que domina el hecho, es decir, al que juega un papel determinante en la realización del tipo.

Así, el Tribunal Constitucional ha establecido como precedente vinculante respecto del autor, identificando como aquel que “... *puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive. En tanto que el partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho*”.

De manera que “... *el partícipe sería aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyuvar en su ejecución*”. [Exp. N° 1805-2005-PHC/TC, f. j. 34 y 35]

Autor sólo puede ser, entonces, quien (mediata o inmediatamente, solo o junto con otros) realiza el tipo de forma que el resultado le sea imputable, es decir, quien directamente se enfrenta a la norma prohibitiva realizando el injusto típico. Y no realiza el tipo ni infringe directamente la norma penal quien realiza una aportación esencial, sino sólo quien, de forma inmediata o utilizando a otro como instrumento, realiza un acto típico.

4.9.1. Niveles de Imputación.

La imputación de la intervención en el delito se realiza con base en dos niveles distintos. En un primer nivel de imputación se trata de establecer la necesaria relación de riesgo que debe presentar la conducta para llegar a ser penalmente relevante. En un segundo nivel de imputación debe analizarse si la conducta contiene los presupuestos necesarios para ser considerada de autoría¹⁴⁴.

Si bien es cierto que cada interviniente infringe una norma de conducta (aquella que el prohíbe ir más allá de la libertad de acción), ello no convierte aún su conducta en conducta de intervención penalmente relevante. Esto sólo se podrá afirmarse cuando la infracción del ordenamiento primario de conductas se ha

¹⁴⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo: *“La Participación en el Delito: Fundamentos y Límites”*. Madrid 2003. Editorial Marcial Pons., p. 219.

llevado a cabo desde una posición de especial importancia para la evitación del daño, esto es, que su conducta sea típicamente relevante.

En este sentido, los requisitos que expresa la tipicidad penal pueden agruparse en dos grandes bloques. De un lado, la tipicidad penal exige la presencia de un hecho cualificadamente lesivo. Por otro lado, la tipicidad penal exige la evitabilidad cualificada del hecho lesivo por parte del sujeto o sujetos en cuestión. En efecto, conducta injusta penalmente típica sólo puede ser aquella que, en primer lugar, se manifieste como conducta especial o cualificadamente lesiva.

La lesividad cualificada supone la expresión de un conflicto de intereses entre libertad de actuación y necesidad de protección de bienes de los demás. La libertad de actuación es lo que otorga sentido a la existencia de bienes jurídicos (sin conexión con ella los bienes jurídicos no interesan), de manera que su consideración aquí como parte esencial del conflicto es ineludible.

4.9.2. La Complicidad primaria como incremento sustancial del Riesgo.

Cabe advertir en primer término que la complicidad primaria y secundaria, como formas de participación, comparten el mismo fundamento de su punibilidad: la razón de extender la amenaza penal a sujetos que no realizan (mediata o inmediatamente) los actos típicos es que, al contribuir con sus conductas a la producción de la realización típica por el autor, lesionan o ponen en peligro (mediatamente) el bien jurídico.

La complicidad primaria supone un incremento sustancial del riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor, y dicho incremento considerable del riesgo sólo puede darse si el cómplice primario realiza una aportación idónea *ex ante* para *posibilitar* la lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor; por esta razón se justifica la imposición de un marco penal superior.

La afirmación de que una conducta incrementa sustancialmente el riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor debe realizarse desde una consideración *ex ante*, teniendo en cuenta las circunstancias concretas en que ésta se realizó. Para apreciar si una aportación incrementa o no sustancialmente el riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor, puede sernos muy útil la teoría del desbaratamiento del plan total.

La mayor punibilidad del cómplice primario vendría así determinada por la posesión de un cierto dominio del hecho (insuficiente para determinar coautoría, pero suficiente para constituir una forma agravada de participación) que es esencialmente negativo: posibilita la lesión del bien jurídico porque, sin su contribución, el plan delictivo se detiene. Pero no lo domina positivamente porque no realiza actos típicos.

La contribución del cómplice primario puede darse tanto durante la fase ejecutiva, como con anterioridad a ésta. Sin embargo, en la práctica las posibilidades de desbaratar el plan son mayores respecto de los sujetos que prestan su contribución de manera simultánea a la ejecución, pues los recursos del autor o autores aumentan por regla general cuanto más alejada del momento planeado para la comisión del delito se produce la renuncia del

sujeto a prestar su contribución. Así, la proximidad temporal entre la aportación y el resultado es uno de los indicios a tener en cuenta para determinar la sustancialidad del incremento del riesgo creado por una aportación al delito.

Una contribución prestada en fase ejecutiva posibilita la lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor cuando, de retirar el sujeto su aportación en el momento de cometerse el delito, el autor o autores hubieran visto reducidas drásticamente las probabilidades de continuar con el plan delictivo en sus elementos esenciales.

En cuanto a las contribuciones prestadas con anterioridad a la fase ejecutiva, habrán de compensar su lejanía respecto de la ejecución del delito con una mayor importancia objetiva para constituir complicidad primaria.

En este ámbito puede servir de apoyo la teoría de la escasez de Gimbernat para dar un sentido concreto a la idea del desbaratamiento del plan: así, será primaria la contribución escasa, objetivamente difícil de conseguir en las circunstancias concretas del autor o autores (y con independencia de que efectivamente las hubieran podido o no conseguir de otro modo).

4.9.3. La Complicidad secundaria.

La complicidad secundaria habrá de ser idónea *ex ante* para favorecer la comisión del delito haciéndola más rápida, más segura o más fácil, o intensificando el resultado lesivo. Por su parte, lo que caracteriza al cómplice secundario es la menor gravedad de su

conducta, lo que justifica que se le “disminuya prudencialmente la pena”.

En efecto, el cómplice secundario colabora con el autor del delito, pero ni la idea delictiva parte de él, ni su colaboración es tan importante que, de retirarla, pudiera hacer desbaratarse el plan delictivo.

Eso no significa que cualquier acto de favorecimiento del hecho punible constituye complicidad secundaria: la complicidad debe tener algún tipo de eficacia causal en la comisión del delito, por eso sólo habrá complicidad secundaria cuando la aportación acelere, asegure o facilite la comisión del delito o intensifique el resultado lesivo.

Aplicando, pues, los criterios de la imputación objetiva, la tipicidad objetiva de la complicidad secundaria se construye en torno a 1) la creación de un riesgo no permitido de favorecer la conducta antijurídica del autor que 2) se traduce efectivamente en un favorecimiento causal de ésta.¹⁴⁵

El desvalor de acción en la complicidad secundaria consistirá, por tanto, en la realización de una conducta peligrosa *ex ante* por ser apta, idónea para favorecer la lesión por el autor del bien jurídico protegido. Y una conducta de colaboración es peligrosa cuando era objetivamente previsible su aptitud para elevar, rebasando el riesgo permitido, las posibilidades de lesión por el autor de un bien jurídico.

¹⁴⁵ LÓPEZ PEREGRÍN, Carmen. “*La Complicidad en el Delito*”. Valencia 1997. Tirant lo Blanch. pp. 225-360.

4.10. LA ESFERA DEL RESULTADO TÍPICO COMO ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA.

4.10.1. Conceptuación.

El criterio del fin de protección de la norma parte de un principio, que la norma sólo desvalora ciertos riesgos, por lo que un resultado sólo es típico si supone una realización de un riesgo típico, pero no de un riesgo permitido acompañante. Dicho esto con un ejemplo, si alguien no respeta un límite de velocidad, pero el resultado no es consecuencia de ese aumento de riesgo, sino que se realiza el riesgo general de conducir, no se podrá imputar el resultado¹⁴⁶.

Se debe al gran penalista español Enrique GIMBERNAT la introducción de la denominada *teoría del fin de protección de la norma de cuidado* en el ámbito de la imputación objetiva. Pues según este criterio habrá que negar la imputación del resultado cuando se realiza una conducta que, aun siendo creadora de un riesgo no permitido y aun habiendo dado lugar al resultado lesivo, no está desvalorada realmente por el correspondiente tipo penal.

Ello es debido a que la teoría parte de la idea dogmática correcta de que las normas no imponen deberes para impedir un resultado en general, sino uno bien determinado; al respecto GIMBERNAT una serie de ejemplos en los que una persona crea un riesgo no permitido, pero el resultado es consecuencia del riesgo permitido que acompaña siempre a cierto tipo de actividades.

¹⁴⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "Caso de los Pelos de Cabra". En: Imputación Objetiva. AA. VV. Lima 2012. Editorial Idemsa; p. 138.

Así, si un conductor, en una circulación viaria, no respeta los límites de velocidad cuando entran o salen alumnos de los colegios y se arroja un suicida ante el vehículo, argumenta que sería absurdo afirmar que el mandato de disminuir la velocidad en las cercanías de escuelas persigue proteger, además de a los niños, a los suicidas. Son imágenes de niños las que figuran en las señales de peligro, no de personas apuntándose con una pistola en la sien.¹⁴⁷

4.11. La Norma.

Siguiendo a BOBBIO podemos conceptualizar que la norma es una entidad lingüística, esto es, una entidad lingüística que contiene una proposición básicamente prescriptiva, entendiendo proposición como enunciado, enunciación o proposición propiamente dicha.¹⁴⁸ Así en el ámbito jurídico-penal, norma es el contenido substancial de la ley, v. gr. Art. 106 del Código Penal ¡No matarás!; mientras que la ley penal, será el vehículo de expresión de la norma. Que establece las consecuencias de la infracción de la norma, v. gr. Pena privativa de libertad a quien infrinja la norma ¡no matarás!¹⁴⁹

Para GIMBERNAT, *“Las normas no imponen deberes para impedir un resultado en general, sino uno bien determinado”*¹⁵⁰; en orden a ello, si la norma sólo desvalora ciertos riesgos, un resultado será

¹⁴⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Ob. Cit. p. 142-143.

¹⁴⁸ Citado por POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO ORTS Miguel. *“Derecho Penal Modernas Bases Dogmáticas”*. Lima 2004. Editorial Grijley., p. 391.

¹⁴⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel y POLAINO ORTS Miguel. Ob. Cit. p. 396.

¹⁵⁰ Citado por FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *“Imputación Objetiva en Derecho Penal”*. Lima 2002. Editorial Grijley; p. 68.

típico si supone una realización de un riesgo típico, pero no de un riesgo permitido acompañante.

A primera vista el criterio del alcance del tipo o del ámbito de protección de la norma pareciera no tener sentido, como criterio independiente; pues desde el momento en que puede decirse que la conducta ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico, debiera entenderse que la conducta queda dentro del ámbito de protección de la norma o del alcance del tipo.

Sin embargo, tal como lo propone ROXIN¹⁵¹ esto responde al criterio correctivo de la creación del riesgo prohibido que se realiza en el resultado; pues es necesario limitar la imputación cuando los resultados no estuviesen *cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado limitativa del riesgo permitido*, o sea cuando el resultado se hubiese evitado también si otro que realiza la misma actividad hubiese observado el cuidado debido.

La razón de este criterio es que no puede imputarse al otro cuando los deberes de cuidado tienen por objeto evitar sólo los riesgos de la propia actividad. Otro aspecto de este mismo correctivo lo plantean las conductas alternativas conforme a derecho, cuando en la hipótesis de su realización, con alta probabilidad –aunque sin seguridad– se hubiese evitado un resultado. Cuando existe seguridad de que el resultado se hubiese producido igualmente, excluye la imputación; pero la mantiene encaso de posibilidad de evitación del resultado.

¹⁵¹ ROXIN, Claus. “*Derecho Penal Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*”. Madrid 1997. Editorial Cívitas, Tomo I, p. 377-378.

En el mismo sentido se refiere CUELLO CONTRERAS¹⁵² respecto a la concreción del riesgo típico; si el resultado no es retrotraíble a la vulneración de la norma cuya infracción (completa) se cuestiona, no podrá afirmarse que es imputable a la misma, que no se habrá infringido en toda su extensión (lo que en los delitos de resultado incluye el concreto resultado).

4.12. La exclusión de la Imputación en resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la Norma.

JESCHECK/WEIGEND¹⁵³ afirman que la imputación objetiva puede faltar cuando el resultado queda fuera del ámbito de protección de la norma que ha vulnerado el autor mediante su acción, pues en tal caso no se realiza en el resultado el riesgo jurídicamente desaprobado que ha creado el sujeto, sino otra clase de riesgo. Así ocurriría con la persona que, habiendo sido herida como consecuencia de un intento de asesinato... fallece a causa de un accidente en su traslado al hospital.

ROXIN explica, a su vez, que por regla general, con la realización de un peligro no cubierto por un riesgo no permitido, ya se ha dado la imputación al tipo objetivo.

No obstante, cada vez se impone más y más la consideración de que, en casos particulares, de todos modos todavía puede fallar la imputación por el hecho de que el *alcance del tipo*, el fin de protección de la norma del tipo (o sea, la prohibición de matar,

¹⁵² CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "Ámbito y Límites de la Doctrina de la Imputación Objetiva". En: Imputación Objetiva. AA. VV. Lima 2012. Editorial Idemsa; p. 118.

¹⁵³ JESCHECK/WEIGEND. "Tratado de Derecho Penal Parte General". Granada 2002, editorial Comares, 5ª edición, p. 308.

lesionar, dañar, etc.) no abarcaría resultados como los producidos, que el tipo no está destinado a evitar tales sucesos.¹⁵⁴

Desde una perspectiva crítica se refiere FRISCH¹⁵⁵ que, a su juicio, el fin de protección de la norma sería un criterio excesivamente abstracto que sólo pone de manifiesto el carácter limitado del alcance del tipo. De manera similar se refiere PUPPE¹⁵⁶ para quien todo en él resultaría oscuro. No estaría claro, en primer lugar, cómo debiera establecerse lo que constituye propiamente el fin de protección de la norma.

¹⁵⁴ ROXIN, Claus. *“La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”*. Lima 2012. Editorial Grijley. 2º edición., p. 125 y ss.

¹⁵⁵ FRISCH, Wolfgang. *“Tipo Penal e Imputación Objetiva”*. Madrid 1995. Editorial Colex; p. 96 y ss.

¹⁵⁶ PUPPE, Ingeborg. *“La Imputación del Resultado en Derecho Penal”*. Lima 2003. Ara editores. p. 151.

CAPÍTULO V

DISEÑO DE COMPROBACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.

5.1. EL PROBLEMA.

Problema Principal.

¿Qué factores de imputación determinan la participación en el delito?

Problemas Específicos.

- ¿En qué nivel el conocimiento y dirección por el sujeto respecto de las circunstancias del hecho concreto inciden en la participación delictiva?
- ¿En qué medida la creación del riesgo jurídico-penalmente relevante incide en la participación delictiva?
- ¿De qué manera la esfera del resultado típico como ámbito de protección de la norma influye en la participación delictiva?

5.2. LAS HIPÓTESIS.

Hipótesis General.

(H-1) Existen diversos factores de imputación jurídico penal que determinan la participación en el delito.

Hipótesis Específicas.

(H-2) El conocimiento y la dirección por el sujeto respecto de las circunstancias del hecho concreto, inciden en mayor medida en la participación delictiva.

(H-3) La creación del riesgo jurídico-penalmente relevante incide de manera determinante en la participación delictiva.

(H-4) La esfera del resultado típico como ámbito de protección de la norma influye significativamente en la participación delictiva.

5.3. CONCLUSIONES DE LOS ARGUMENTOS DESARROLLADOS PARA CADA HIPÓTESIS.

(H-1) Existen diversos factores de imputación jurídico penal que determinan la participación en el delito.

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados en el rubro 4.1 al 4.3 cuyas conclusiones son las siguientes:

1. La participación es el aporte doloso a un injusto doloso ajeno hecho en la forma de instigación o de complicidad. La aportación del partícipe a la realización del delito se fundamenta en diversos factores objetivos y subjetivos.

2. La imputación jurídico-penal de la conducta del partícipe está condicionada por estructuras lógicas mínimas, como: la aportación objetiva a la realización del plan del hecho del autor – en la preparación o ejecución del delito– y, la finalidad o el dolo dirigido a la lesión del bien jurídico.

3. La determinación de los coeficientes mínimos de la relevancia penal de la conducta de participación se determina bajo la comprensión de la tipicidad objetiva y subjetiva; su tipicidad sistemática objetiva se resuelve conforme a la naturaleza del aporte en las circunstancias concretas; verbigracia, si el aporte fue banal carece de tipicidad objetiva y no tiene sentido preguntarse por la voluntad del sujeto.

4. En la imputación penal de la participación delictiva no se puede prescindir del elemento subjetivo; pues detrás de lo imprescindible del elemento subjetivo está la cuestión de la culpabilidad en el derecho penal, pues a la postre, para imputar algo a un sujeto a título de culpabilidad, es necesario configurar el acontecer como el producto de su acción, ya que como dijo el gran filósofo y jurista HART, sólo a través de la acción

imputamos responsabilidad, que, por supuesto, se puede después excusar. Qué sea una acción, en el sentido que puede interesar al derecho penal, implica en principio desarrollar un curso causal (elemento objetivo) conscientemente (elemento subjetivo). En este sentido hablamos de acción final como sustrato de toda imputación penal.

(H-2) El conocimiento y la dirección por el sujeto respecto de las circunstancias del hecho concreto, inciden en mayor medida en la participación delictiva.

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados en el rubro 4.4.1 al 4.6 cuyas conclusiones son las siguientes:

1. Del artículo 1° de la Constitución Política es posible inferir que el Derecho Penal como parte del sistema social debe estar dirigido a la protección de la persona. Esta protección obliga no solamente a tener que imputar responsabilidad penal a quien afecta aspectos esenciales de la persona, *sino también a ajustar los criterios de imputación penal a la persona del autor o partícipe*; en este sentido el concepto de persona que se maneja, para nosotros, se refiere al individuo de la especie humana que es sujeto de derechos; esto es, un *“Ser autoconsciente, responsable, libre, dotado de dignidad y derechos especiales; opuesto a cosa”*.

2. Dado que no es posible concebir el concepto de persona como una construcción teórica y conceptualmente separable de la idea de conocimiento, la configuración de la imputación jurídico-penal no puede dejar de lado el conocimiento del partícipe como presupuesto para la atribución del sentido delictivo de su conducta, pues no existe una pureza objetiva de la conducta.

3. Conocer lo que se hace es condición necesaria para ser artífice de lo que se hace. En la determinación de un acto humano como acto de tal tipo no se puede prescindir de lo que el agente conoce cuando actúa. Así, el hecho es, en definitiva, obra del sujeto, en cuanto que éste es su artífice: el agente obra en la medida en que es consciente de que gobierna las leyes naturales en las que se ve inmerso. Basta con un mínimo de dominio de la situación para entender que el sujeto es agente, es artífice. Pero debe existir esta actualización de conocimiento del dominio de la situación.

4. La imprescindibilidad del conocimiento de las circunstancias reales en las que se ve inmerso el sujeto actuante, así como la voluntad direccionadora –el dolo– es tan importante como para que el artículo 25 del Código Penal haya previsto sólo la forma dolosa de participación; pues como bien dice Zaffaroni, en el dolo se da “... *la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración*”.

5. El artículo 25 del Código Penal estatuye expresamente que el cómplice debe prestar asistencia o auxilio dolosamente. De manera que, el cómplice debe pues actuar con consciencia y voluntad respecto a la naturaleza de su propia intervención y a la del comportamiento delictuoso que el autor realiza o está a punto de realizar; en este sentido, cuando el cómplice haya perdido el control de lo que el ejecutor pueda hacer después, habrá abandonado al azar la posibilidad de que se produzca una lesión, lesión en que el cómplice ha contribuido direccionando su posibilidad. Por tanto, para concretar la imputación de lo objetiva y normativamente establecido es de ayuda capital el acto psicológico de conocer y querer algo cuando se actúa.

6. La atribución de responsabilidad que se contiene en todo juicio de imputación, presupone la posibilidad de acotar algo en el mundo en el que el sujeto se ve inmerso, y considerarlo hecho. El hecho del sujeto es aquel proceso en el que éste se ve inmerso, cuyas circunstancias conoce y, al menos parcialmente, controla; es decir se trata de un proceso controlado sometido a reglas.

(H-3) La creación del riesgo jurídico-penalmente relevante incide de manera determinante en la Participación delictiva.

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados en el rubro 4.7.1 al 4.9.3 cuyas conclusiones son las siguientes:

1. La imputación jurídico-penal de la conducta del partícipe solo queda cumplida cuando la conducta sometida a análisis *a)* ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado y *b)* este riesgo se ha realizado en el resultado típico; del mismo modo esta creación o incremento del riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido, debe ser adecuada para facilitar, acelerar o asegurar el hecho principal o para intensificar el resultado.

2. El análisis de la conducta del partícipe, en relación al incremento sustancial del riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor debe realizarse desde una consideración *ex ante*, teniendo en cuenta las circunstancias concretas en que ésta se realizó: habrá que recurrir, ciertamente, a un juicio hipotético, comparando las posibilidades teóricas de comisión del delito por el autor con dicha aportación y sin ella, permaneciendo las demás condiciones estables además de contribuir causalmente a la producción del resultado (desvalor de resultado), aplicando los criterios de la imputación objetiva a la participación, *la conducta del cómplice habrá de elevar ex ante las probabilidades de éxito del autor y, con ello, las de lesión o puesta en peligro del bien (desvalor de acción)*. El resultado se imputa objetivamente a la conducta cuando *ex ante* se crea un riesgo jurídicamente desaprobado y *ex post* ese riesgo se realiza en el resultado lesivo.

3. Para la determinación del carácter típico de la conducta o el carácter jurídicamente desaprobado del riesgo, de la conducta de

participación, resulta de gran utilidad el planteamiento del profesor alemán Wolfgang FRISCH¹⁵⁷ que basa en una ponderación entre la libertad –o, en general, el valor que lleva implícito la propia conducta– y la conservación o protección de los bienes jurídicos; una ponderación de carácter general que se diferencia de la valoración que se realiza en el plano de la antijuridicidad y complementada, en todo caso, con consideraciones sobre la idoneidad, necesidad y razonabilidad (proporcionalidad) de la reacción penal. En esta línea para acreditar la creación de un peligro desaprobado se deberá apelar al *conocimiento* que ha tenido el partícipe de los puntos de referencia que indicaban que, al realizarse cierta acción, se produciría un suceso con cierta tendencia lesiva; pues la tipicidad de la conducta se basa en el carácter jurídicamente desaprobado del riesgo que puede llevar consigo.

4. La complicidad primaria supone un incremento sustancial del riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor, y dicho incremento considerable del riesgo sólo puede darse si el cómplice primario realiza una aportación idónea *ex ante* para *posibilitar* la lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor; por esta razón se justifica la imposición de un marco penal superior respecto del cómplice secundario.

5. La complicidad secundaria habrá de ser idónea *ex ante* para favorecer la comisión del delito haciéndola más rápida, más segura o más fácil, o intensificando el resultado lesivo. Por su

¹⁵⁷ FRISCH, Wolfgang. “*Tipo Penal e Imputación Objetiva*”. Madrid 1995. Editorial Colex; p. 103 y ss.

parte, lo que caracteriza al cómplice secundario es la menor gravedad de su conducta, lo que justifica que se le “disminuya prudencialmente la pena”. En efecto, el cómplice secundario colabora con el autor del delito, pero ni la idea delictiva parte de él, ni su colaboración es tan importante que, de retirarla, pudiera hacer desbaratarse el plan delictivo.

(H-4) La esfera del resultado típico como ámbito de protección de la norma influye significativamente en la participación delictiva.

Esta hipótesis se ha acreditado con los argumentos desarrollados en el rubro 4.10.1 al 4.12 cuyas conclusiones son las siguientes:

1. La imputación de la intervención en el delito se realiza con base en dos niveles distintos. En un primer nivel de imputación se trata de establecer la necesaria relación de riesgo que debe presentar la conducta para llegar a ser penalmente relevante; es decir que *a)* ha generado un riesgo jurídicamente desaprobado y *b)* este riesgo se ha realizado en el resultado. En un segundo nivel de imputación debe verificarse que el resultado se halle dentro del ámbito de protección jurídico-penal, y esto supone la realización del riesgo que la norma infringida tenía por misión mantener dentro de un determinado nivel

2. La relevancia jurídico-penal de la conducta de participación, puede no concretarse en la realización típica cuando se realiza una conducta que, aun siendo creadora de un riesgo no permitido y aun habiendo dado lugar al resultado lesivo, no está desvalorada realmente por el correspondiente tipo penal.

3. El resultado lesivo efectivamente producido por la conducta de participación debe ser uno de los riesgos que la norma quería evitar –la conducta de favorecer al hecho del autor– y para resolver esta cuestión se debe acudir, a los criterios desarrollados previamente para determinar el carácter desaprobado de la conducta, entre los que se incluyen el criterio de la previsibilidad, el del riesgo permitido y el del principio de confianza.

CONCLUSIONES FINALES.

1. El artículo 1° de la Constitución Política instituye a la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, como el fin supremo de la sociedad y del Estado. En este sentido, el Derecho Penal como parte del sistema social debe estar dirigido a la protección de la persona. Esta protección obliga no solamente a tener que imputar responsabilidad penal a quien afecta aspectos esenciales de la persona, *sino también a ajustar los criterios de imputación penal a la persona del autor.*

2. Los criterios de la imputación objetiva son aplicables a la teoría de la participación, éstos permiten resolver fundadamente la participación en la aportación al hecho principal de algo, que a la postre haya significado la creación y concreción de un peligro relevante para la lesión del bien jurídico; este planteamiento sirve como criterio a añadir –no con los que suplir– a los tradicionales de la participación, de ataque accesorio al bien jurídico.

3. La dogmática jurídico-penal no es ni puro ontologismo ni puro normativismo, como conviene recordar en un momento de hegemonía del normativismo. Es más bien necesario construir los conceptos básicos teniendo en cuenta a la vez la lógica de las cosas y los fines normativos. Por eso es que también en la fase de la normativización del derecho penal, el modelo de imputación que fue elaborado en la fase anterior del finalismo, sigue siendo válido para ayudar decisivamente a la

configuración de conceptos como el de autoría y participación, cuyo contenido normativo nadie cuestiona, pero que también se debe aceptar la concurrencia de estructuras lógicas mínimas, como: la aportación objetiva a la realización del plan del hecho del autor –en la preparación o ejecución del delito– y, la finalidad o el dolo dirigido a la lesión del bien jurídico.

4. Para el concepto restrictivo de autor, la autoría se limita a la conducta descrita en los tipos de la parte especial, siendo la participación causa de extensión de la punibilidad. La concepción correcta de la autoría radica pues en la *realización* del tipo, no en su *causación*. En ese sentido no debe existir una teoría de la imputación objetiva o subjetiva del resultado, sino simplemente una teoría personal que integre los criterios objetivos que ha venido proponiendo la comprensión mayoritaria con elementos de carácter normativo, y personal –subjetivo o normativo– que sustenten materialmente la atribución del resultado como injusto del actor.

5. La aportación del cómplice sólo influye sobre el modo de la realización típica, mas no sobre el sí; en este orden, el primer requisito para afirmar la peligrosidad de la conducta del cómplice es, la constatación de que, en el momento de actuar, el sujeto previó o pudo prever que con su acción favorecería la lesión del bien jurídico por el autor. Así, el cooperador necesario será quien, sin realizar actos típicos, incrementa ex ante sustancialmente el riesgo de lesión o puesta en peligro del bien jurídico por el autor, de manera que la retirada de su

aportación pueda desbaratar el plan delictivo (cosa que no sucede con la aportación del cómplice secundario), siempre y cuando ex post resulte efectivamente causal para el resultado; para concretar este dominio negativo del cooperador necesario es válido acudir a la teoría de los bienes y actividades escasos propuesto por el profesor GIMBERNAT. (Véase GIMBERNAT, Enrique. *“Autor y Cómplice en Derecho Penal”*. Buenos Aires 2007. Editorial B de F. p. 127 y ss.)

6. Es posible advertir evidencias objetivas en la conducta de participación, para afirmar la peligrosidad de la acción; ello se dará cuando la aportación suponga previsiblemente una *elevación* del riesgo de lesión para el bien jurídico protegido por el autor; debe tratarse, por tanto, de conductas que aumenten las probabilidades de comisión del delito por el autor o de culminación con éxito de la empresa delictiva, o que sean idóneas para acelerar o intensificar el resultado lesivo; es decir, conductas cuya peligrosidad estriba, no en la probabilidad de causación directa de una lesión al bien (constitutiva de autoría), sino en la creación de una serie de condiciones aptas para que la lesión al bien jurídico por el autor sea más fácil, más segura, más rápida o más intensa. (Véase LÓPEZ PEREGRIN, María del Carmen. *“La Complicidad en el Delito”*. Valencia 1997. Editorial Tirant Lo Blanch. p. 125 y ss.)

7. Los criterios que integran la teoría de la imputación objetiva son necesarios para valorar la conducta del autor, como la conducta del partícipe. Mientras que el autor comete el delito de

la parte especial o porque es competente del riesgo típicamente desaprobado que produce, o, puede producir el resultado típico; el partícipe comete el delito de la parte especial de una manera accesoria –conforme a las normas previstas en la parte general– porque es competente del riesgo típicamente desaprobado que da lugar a la conducta del autor. Aunque en ambos casos, los criterios que sirven para establecer la competencia por el riesgo y valorar su carácter típicamente desaprobado son los mismos, existen diferencias en cuanto al objeto de referencia al que debe ir dirigido el riesgo.

8. ¿Qué es, entonces, lo que diferencia a la complicidad primaria de la secundaria? Sólo la medida del incremento del riesgo que sus aportaciones suponen ya que, en última instancia, la distinción entre una y otra se fundamenta en criterios político-criminales de merecimiento de pena: a mayor incremento del riesgo, mayor gravedad de la pena.

RECOMENDACIONES.

Primera.- Para un mejor abordaje de las cuestiones de la participación delictiva, es preciso incorporar a su análisis, las instituciones de la imputación objetiva; esto ayuda a entender de mejor manera el radio de acción del riesgo prohibido por el tipo penal, teniendo en consideración el contexto en el que se presta la contribución en aras de garantizar la vigencia del principio de libertad de acción.

Segunda.- La diversidad de criterios esbozados en los diferentes fallos judiciales sobre la participación delictiva, hace necesario que la Corte Suprema precise una línea jurisprudencial con el objeto de sentar algunos principios prácticos que sirvan de orientación para resolver casos de participación delictiva.

Tercera.- Las instituciones de teoría de la imputación objetiva, propuestas por el funcionalismo sistémico del derecho penal, en el ámbito de la participación delictiva, deben ser analizadas a la luz del concepto de persona que se instituye en el artículo 1° de la Constitución Política, dado que no es posible concebir el concepto de persona como una construcción teórica y conceptualmente separable de la idea de conocimiento, pues no existe una pureza objetiva de la conducta.

Cuarta.- Se debe implementar programas o cursos de capacitación de los operadores del proceso penal y abogados en general, a fin de

que se informen adecuadamente sobre el fundamento de la participación delictiva a la luz de la teoría de la imputación objetiva.

Quinta.- A fin de generar una amplia difusión y mayor análisis de lo que actualmente se discute en el plano jurídico-penal, respecto de la participación, es necesario incorporar en los planes de estudio de las facultades de derecho en las universidades del país, un capítulo aparte sobre la teoría de la imputación objetiva.

BIBLIOGRAFÍA:

- **BACIGALUPO ZAPATER, Enrique.** *“Derecho Penal Parte General”*. Lima 2004. Ara Editores.
- **BUNGE, Mario.** *“Diccionario de Filosofía”*. Buenos Aires 2007, siglo XXI editores, 5ª edición.
- **BUSTOS RAMÍREZ, Juan.** *“Derecho Penal Parte General: Obras Completas”*. Lima 2004. Ara editores. II Tomos.
- **CANCIO MELIÁ, Manuel.** *“Estudios de Derecho Penal”*. Lima 2010. Editorial Palestra.
- **CARO JOHN, José A.** *“La Imputación Objetiva de la Participación Delictiva”*. Lima 2009. Editorial Grijley.
- **CARO JOHN y POLAINO ORTS.** *“Neutralidad y Acción en Derecho Penal. Consecuencias Dogmáticas”*. En: *“Legitimación del Derecho Penal”*. AA. VV. Lima 2012. Palestra Editores.
- **CEREZO MIR, José.** *“Derecho Penal Parte General”*. Lima 2006. Ara editores. II Tomos.
- **COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN.** *“Derecho Penal Parte General”*. Valencia 1999, 5ª edición, Tirant lo Blanch.
- **CUELLO CONTRERAS, Joaquín.** *“Ámbito y Límites de la Doctrina de la Imputación Objetiva”*. En: *Imputación Objetiva*. AA. VV. Lima 2012. Editorial Idemsa.
- **DONNA, Edgardo Alberto.** *“La Autoría y la Participación Criminal”*. Buenos Aires 2002, Rubinzal-Culzoni Editores, 2ª edición.

- **FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José.** *“Imputación Objetiva en Derecho Penal”*. Lima 2002. Editorial Grijley.
- **FRISCH, Wolfgang.** *“Tipo Penal e Imputación Objetiva”*. Madrid 1995. Editorial Colex.
- **FRISCH, Wolfgang.** *“Comportamiento Típico e Imputación del Resultado”*. Madrid 2004. Editorial Marcial Pons.
- **GARCÍA CAVERO Percy.** *“Derecho Penal Parte General”*. Lima 2012, Jurista Editores; 2ª edición.
- **GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio.** *“Introducción al Derecho Penal Parte General”*. Lima 2009. Jurista Editores.
- **GIMBERNAT ORDEIG, Enrique.** *“Autor y Cómplice en Derecho Penal”*. Buenos Aires 2007. Editorial B de F.
- **HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor.** *“Manual de Derecho Penal Parte General”*. Lima 2011. Editorial Idemsa; 4ª edición. II Tomos.
- **JAKOBS, Günther.** *“Derecho Penal Parte General: Fundamentos y Teoría de la Imputación”*. Madrid 1997.- Marcial Pons. 2ª Edición.
- **JAKOBS.** *“Imputación Objetiva en Derecho Penal”*. Lima 1998. Grijley.
- **JESCHECK y WEIGEND.** *“Tratado de Derecho Penal Parte General”*. Granada 2002. Editorial Comares. 5ª edición.
- **KINDHÄUSER, Urs.** *“El Tipo Subjetivo”*. AA. VV. En: *“Imputación Objetiva e Imputación Subjetiva en Derecho Penal”*. Lima 2009. Editorial Grijley.

- **LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo.** *“Derecho Penal Parte General”*. Tomo II. Lima 2004. Gaceta Jurídica.
- **LÓPEZ PEREGRIN, María del Carmen.** *“La Complicidad en el Delito”*. Valencia 1997. Editorial Tirant Lo Blanch.
- **LUCAS, Juan de Sahagun.** *“Las Dimensiones del Hombre. Antropología Filosófica”*. Salamanca 1996. Editorial Sígueme.
- **MAURACH/GÖSSEL/ZIPF.** *“Derecho Penal Parte General”*. Buenos Aires 1995. Editorial Astrea. Tomo II.
- **MIR PUIG, Santiago.** *“Derecho Penal Parte General”*. Buenos Aires 2008. Editorial B de F. 8ª edición.
- **PÉREZ ALONSO, Esteban.** *“La Autoría y la Participación en el Código Penal español de 1995”*. En: *Dogmática actual de la Autoría y la Participación Criminal*. Lima 2007. Editorial Idemsa.
- **POLAINO NAVARRETE y POLAINO ORTS.** *“Derecho Penal: Modernas Bases Dogmáticas”*. Lima 2004. Editorial Grijley.
- **POLAINO-ORTS, Miguel.** *“La Imputación Objetiva: Esencia y significado”*. AA. VV. En: *“Imputación Objetiva e Imputación Subjetiva en Derecho Penal”*. Lima 2009. Editorial Grijley.
- **POLAINO ORTS, Miguel.** *“Derecho Penal del Enemigo. Fundamentos, Potencial de Sentido y Límites de Vigencia”*. Barcelona 2009. Editorial Bosch.
- **ROBLES PLANAS, Ricardo.** *“La Participación en el Delito: Fundamentos y Límites”*. Madrid 2003. Editorial Marcial Pons.

- **ROXIN, Claus.** *“La Imputación Objetiva en el Derecho Penal”*. Lima 2012. Editorial Grijley. 2° edición.
- **ROXIN, Claus.** *“Derecho Penal Parte General”*. Madrid 1997. Editorial Cívitas. T. I.
- **ROXIN, Claus.** *“Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”*. Madrid 2000. Editorial Marcial Pons 7ª ed.
- **ROXIN Claus.** *“La Teoría del Delito en la Discusión Actual”*. Lima 2007, Grijley.
- **SANCINETTI, Marcelo.** *“Ílícito Personal y Participación”*. Buenos Aires 1997. Editorial Ad-Hoc.
- **SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo.** *“Imputación y Teoría del Delito”*. Buenos Aires 2008, editorial B de F.
- **SILVA SÁNCHEZ, Jesús M.** *“La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales”*. Madrid 2001. Editorial Cívitas. 2ª edición.
- **STRATENWERTH, Günter.** *“Derecho Penal Parte General I: El Hecho Punible”*. Buenos Aires 2005. Editorial Hammurabi.
- **WELZEL, Hans.** *“Derecho Penal Alemán Parte General”*. Santiago de Chile 1970, Editorial Jurídica de Chile, traducción de la 11ª edición alemana.
- **ZAFFARONI, E. Raúl.** *“Estructura Básica del Derecho Penal”*. Buenos Aires 2009. Editorial Ediar.
- **ZAFFARONI, E. Raúl.** *“El Enemigo en el Derecho Penal”*. Buenos Aires. 2006. Editorial Ediar.
- **ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR.** *“Derecho Penal Parte General”*. México 2005; Editorial Porrúa; 2ª edición.

- **ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR.** *“Manual de Derecho Penal Parte General”*. Buenos Aires 2005. Editorial Ediar.

Tema: "LA IMPUTACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO".

Autor. Raúl Arotoma Oré.

PROBLEMA.	OBJETIVOS.	MARCO TEORICO	HIPOTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>Problema General.</p> <p>¿Qué factores de imputación determinan la participación en el delito?</p>	<p>OBJETIVOS GENERALES</p> <ul style="list-style-type: none"> - Identificar y analizar los factores de imputación que determinan la participación en el delito. - Determinar los fundamentos del límite mínimo de la intervención punible, conforme a las reglas de la teoría de la imputación objetiva. 	<p>4.1. MARCO TEÓRICO.</p> <p>La opción epistemológica adoptada en la presente investigación, es la consideración de la ley como estructura normativa dada; aunque no como una unidad pètea, sino en su aplicación práctica como fenómeno dinámico.</p> <p>En ese orden, la investigación propuesta, se desarrollará de conformidad con el método sistemático; para ello se empleará en aras de interpretar e investigar el derecho, básicamente, dos elementos: la tipificación de la institución jurídica, a la cual deberá ser referida la norma para su análisis e interpretación, y la determinación del alcance de la norma interpretada, en función de la institución a la cual pertenece. En ambos casos la norma constitucional tendrá un papel fundamental, que en buena cuenta, da la naturaleza a todas las instituciones secundarias o subsistemas.</p> <p>Se tendrá como referentes teóricos, ya concretamente, a las instituciones de la dogmática penal propias de la</p>	<p>Hipótesis General.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Existen diversos factores de imputación jurídico penal que determinan la participación en el delito. 	<p>Hipótesis General.</p> <p>Variables de estudio</p> <p>Vi. Imputación.</p> <p>Vd. Participación en el delito.</p> <p>OPERACIONALIZACIÓN DE HIPÓTESIS, VARIABLES E INDICADORES.</p> <p><u>Hipótesis General.</u></p> <p>Variable Independiente (X1)</p> <p>X1.1. Imputación.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Realización típica. - Aplicación de la ley penal. - Constatación del carácter típico de la conducta. <p>Variable Dependiente (Y1)</p> <p>Y1.1. Participación en el delito.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Inducción. 	<p>Tipo de investigación.</p> <p>Esta investigación es de carácter descriptivo-explicativo, orientada a precisar las particularidades y características de las categorías jurídicas vinculadas al tema.</p> <p>Por la naturaleza del problema jurídico elegido, la investigación que se propone es de tipo jurídico-analítica, porque se analizará el problema de investigación en sus diversos aspectos o particularidades con el objeto de establecer relaciones y niveles de normatividad jurídico social.</p> <p>Nivel de investigación.</p> <p>La investigación que se propone es de un nivel DESCRIPTIVO; ya que se explicará sus distintas partes, cualidades o características esenciales de la realidad estudiada, con la finalidad de entender su estructura y la funcionalidad de las mismas,</p>
<p>Problemas Específicos</p> <p>¿En qué nivel el conocimiento y dirección por el sujeto respecto de las circunstancias del hecho concreto inciden en la participación delictiva?.</p> <p>¿En qué medida la creación del riesgo jurídico-penalmente relevante incide en la</p>	<p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <ul style="list-style-type: none"> - Determinar en qué nivel el conocimiento y la dirección por el sujeto respecto de las circunstancias del hecho concreto, inciden en la participación delictiva. - Establecer en qué medida la creación del riesgo jurídico-penalmente 	<p>Se tendrá como referentes teóricos, ya concretamente, a las instituciones de la dogmática penal propias de la</p>	<p>Hipótesis Específicas.</p> <ul style="list-style-type: none"> - El conocimiento y la dirección por el sujeto respecto de las circunstancias del hecho concreto, inciden en mayor medida en la participación delictiva. - La creación del riesgo jurídico-penalmente relevante incide de manera determinante en 	<p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Realización típica. - Aplicación de la ley penal. - Constatación del carácter típico de la conducta. <p>Variable Dependiente (Y1)</p> <p>Y1.1. Participación en el delito.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Inducción. 	<p>Nivel de investigación.</p> <p>La investigación que se propone es de un nivel DESCRIPTIVO; ya que se explicará sus distintas partes, cualidades o características esenciales de la realidad estudiada, con la finalidad de entender su estructura y la funcionalidad de las mismas,</p>

<p>participación delictiva?.</p> <p>¿De qué manera la esfera del resultado típico como ámbito de protección de la norma influye en la participación delictiva?</p>	<p>relevante incide en la participación en el delito.</p> <p>- Señalar de qué manera la esfera del resultado típico como ámbito de protección de la norma influye en la comprensión de la participación delictiva.</p>	<p>participación delictiva, vista desde una perspectiva global con el propósito de establecer los factores que sustentan la participación delictiva, así como determinar los límites normativos que existen, sin perder de vista el sentido semántico de <i>participación</i> y respetando los datos de la realidad. Así, el desarrollo de la investigación se realizará teniendo como base la sistemática del Derecho Penal garantista planteada por el profesor E. R. Zaffaroni, cuyo objetivo político manifiesto es el de contener y reducir el poder punitivo, para impulsar el estado constitucional de derecho.</p> <p>Se tomará en cuenta, de esta forma, y puntualmente algunas de las ideas formuladas por el profesor alemán Günther Jakobs, sobre la institución de la Prohibición de Regreso, donde propone lo siguiente: "El sujeto que causa, el resultado, mediatamente no responde si la motivabilidad de su actuación no se halla vinculada para él mismo al acto directamente lesivo y los planes ajenos que toma como base no sólo pueden estar motivados como planes delictivos". Suscribimos este planteamiento como una posibilidad más de comprender la conducta del partícipe, mas no, como parámetro general de imputación.</p> <p>Asimismo el estudio realizado por el profesor Claus Roxin en su trabajo intitulado "Observaciones a la Prohibición de Regreso" en donde plantea –en la esfera del principio de</p>	<p>la participación delictiva.</p> <p>- La esfera del resultado típico como ámbito de protección de la norma influye significativamente en la participación delictiva.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Cooperación necesaria. - Complicidad. <p>Hipótesis Específicas.</p> <p>Variable Independiente (X1)</p> <p>X1. Conocimiento y dirección.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Capacidad de comprensión. - Dominabilidad. - Libertad de actuación. <p>Variable Dependiente (Y1)</p> <p>Y1. Participación en el delito.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Inducción. - Cooperación necesaria. - Complicidad. <p>Variable Independiente (X2)</p> <p>X2. Creación del riesgo Jurídico-penalmente relevante.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Lesividad. - Realización del injusto. - Peligrosidad típicamente relevante. 	<p>procediendo además a medir de manera independiente los conceptos y variables referidos al fenómeno, realidad o temática estudiada, sin perjuicio de valorar la relación de estos.</p> <p>Método.</p> <p>Se recurrirán a los métodos de análisis y síntesis, así como al método hipotético-deductivo para trabajar la información teórica o doctrinaria. Se emplearán también los métodos Dogmático, Exegético y la Hermenéutica Jurídica para el estudio e interpretación de la legislación pertinente.</p> <p>Técnicas e instrumentos.</p> <p>Se emplearán las FICHAS BIBLIOGRÁFICAS a fin de recabar y guardar la información obtenida de los diversos trabajos consultados para luego analizarla, procesarla e interpretarla conforme a criterios metodológicos adecuados; asimismo se utilizará la información obrante en la RED INFORMÁTICA (INTERNET), la misma que se recabará a través de conocidos métodos de acceso a la información. Habiéndose complementado esta información con los criterios contenidos en las decisiones o sentencias de la</p>
--	--	---	--	---	--

BIBLIOTECA E INFORMACION
 CULTURAL
 U.N.S.C.H.

		<p>confianza- que la inclinación reconocible al hecho, lleva a considerar que una acción no puede ser interpretada como intolerablemente peligrosa por ella misma, sino solamente a partir del contexto reconocible de las intenciones del potencial autor.</p>		<ul style="list-style-type: none"> - Relevancia objetivo social de la conducta. <p>Variable Dependiente (Y2) Y2. Participación en el delito.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Inducción. - Cooperación necesaria. - Complicidad. <p>Variable Independiente (X3) X3. Resultado típico como ámbito de protección de la norma.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Alcance del tipo penal. - Finalidad de la norma. - Infracción de la norma penal específica. <p>Variable Dependiente (Y3) Y3. Participación en el delito.</p> <p>Indicadores:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Inducción. - Cooperación necesaria. - Complicidad. 	<p>Corte Suprema.</p> <p>Así, el estudio del REGISTRO DOCUMENTAL estará en función del análisis doctrinario, así como, de las jurisprudencias relevantes emitidas por los Tribunales de Justicia.</p>
--	--	---	--	---	---