AUTORIA Y PARTICIPACION

Miguel Díaz y García Conlledo[*]

PRIMERA PARTE: AUTORIA; *1. Introducción; 2. Conceptos de autor; 3. Distinción entre autoría y participación; 4. Las formas de la autoría; 5. La autoría en el Código Penal; 6. Imprudencia y autoría y participación; 7. Autoría y participación en delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos; 8. El actuar por otro o por persona jurídica;* ***SEGUNDA PARTE: PARTICIPACION****; 1. Introducción; 2. La naturaleza de los preceptos sobre participación; 3. Fundamento del castigo de la participación; 4. La accesoriedad de la participación; 5. Las formas de participación en el Código Penal; 6. Otras cuestiones relativas a la participación; 7. Autoría y participación en delitos especiales, de propia mano y con modalidades limitadas de acción; 8. Omisión y autoría y participación.*

PRIMERA PARTE: AUTORIA

1. Introducción

En este tema y en el dedicado a la participación se estudian los problemas relativos a la codelincuencia (o participación en sentido amplio, es decir a la intervención de varias personas en el delito (aunque algunas cuestiones se plantean también en supuestos de un único interviniente).

La autoría y la participación se encuadran sistemáticamente dentro de las cuestiones que afectan al tipo penal, si bien razones didácticas aconsejan no explicarlas precisamente al hilo de ese elemento del delito, sino más bien una vez que se han explicado todos los elementos del mismo.

Algunas cuestiones que también afectan a la autoría, como las de la intervención en y por omisión y la intervención en delitos especiales, de propia mano y con modalidades limitadas de acción, se explican en el tema dedicado a la participación.

2. Conceptos de autor

Los conceptos de autor que se han mantenido o se mantienen pueden reducirse a tres: unitario, extensivo y restrictivo.

El concepto unitario de autor renuncia a la distinción entre autores y partícipes. En su versión clásica o formal todo interviniente es autor porque aporta

[*] Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León.

© 2002 Facultad de Derecho, Universidad de Chile

una contribución causal al delito. En su vertiente más moderna o funcional renuncia (correctamente) a una fundamentación causal, distingue entre diversas formas de autoría (o, si se quiere, de intervención) y su rasgo más distintivo es que no existe una relación de accesoriedad entre unos y otros intervinientes. La crítica al concepto unitario de autor ha sido quizá exagerada (máxime cuando a menudo se critica este entendimiento de la autoría para los delitos dolosos, pero se adopta para los imprudentes), pero ciertamente no aporta la simplicidad que le atribuyen algunos de sus defensores y, sobre todo, al renunciar a la accesoriedad, permite una menor precisión o concreción de las fronteras de lo típico y supone que un olvido del legislador en la corrección de sus consecuencias indeseadas conduzca a un exceso de punición (mientras que en concepto restrictivo de autor un olvido de ese tipo conduce a una laguna de punición, siempre más tolerable). En consecuencia el concepto unitario de autor se adapta peor que el restrictivo a los principios del Derecho penal de un Estado de Derecho (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 43 ss.).

El concepto extensivo de autor, que se suele identificar con teorías subjetivas, aunque también ha sido defendido desde teorías objetivas, parte de la misma premisa que el unitario: todo interviniente es autor, pero, a la vista del dato de que muchos CP (como ocurre en el español) contienen preceptos específicos dedicados a las formas de participación diferentes de la autoría, se reconoce la necesidad de distinguir entre autoría y participación y, a menudo, se admite el carácter accesorio de la participación, con lo que, en buena medida, se traiciona el punto de partida del concepto (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 253 ss.).

El concepto restrictivo de autor es el que (al menos desde el punto de vista de las declaraciones de principio) se defiende de modo prácticamente unánime por la doctrina española y también por la jurisprudencia, si bien aún hoy (aunque en menor medida que en el pasado) se encuentran sentencias que apuntan más bien en el sentido de un concepto unitario (limitado) de autor. El concepto restrictivo de autor distingue entre autor o autores y partícipes y se concreta de diversas maneras, si bien suele coincidirse en que autor es sólo quien realiza el tipo; mediante las cláusulas de la parte general del CP relativas a las formas de participación (extensivas de la tipicidad y, por tanto, de la punibilidad) es posible castigar a personas distintas del autor o autores, si bien la responsabilidad de éstas es accesoria de la del autor. Este concepto restrictivo de autoría, con la nota de la accesoriedad (limitada) de la participación es el preferible, sobre todo por permitir un mejor recorte o determinación de lo típico y adaptarse con ello en mayor grado a los principios del Derecho penal propio de un Estado de Derecho. La consecuencias indeseables a que en ocasiones puede conducir el principio de accesoriedad de la participación pueden ser evitadas mediante previsiones específicas del legislador (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 407 ss. y passim).

En el CP 1944/73, anteriormente vigente, no estaba claro que se partiera de un concepto restrictivo de autor, sino que los indicios apuntaban en diferentes

sentidos, si bien la doctrina normalmente había interpretado los preceptos del CP relativos a la codelincuencia desde el punto de vista del concepto restrictivo de autor, lo que parece preferible. En el vigente CP, si bien los arts. 27 a 31, 61 a 64 y 143 no hacen imposible interpretar que nuestro CP sustenta un concepto unitario limitado de autor, lo cierto es que hay indicios más fuertes que en el anterior CP de que se ha partido de un concepto restrictivo de autoría que resulta en todo caso preferible. El indicio más importante lo ofrece el art. 28 CP que se refiere a las formas de intervención conminadas con la pena de la autoría, distinguiendo entre quienes "son autores" ("quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento" de quienes "también serán considerados autores" ("los que inducen a otro u otros a ejecutarlo" y "los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado"), lo que da a entender en cierta medida que estos últimos no son autores, sino (junto a la complicidad del art. 29 CP) partícipes. No obstante, probablemente habría sido deseable una mayor claridad del legislador (que en otros preceptos parece incluir bajo el término autores a todas las figuras del art. 28, y que no hace referencias claras a la accesoriedad, al contrario de lo que sucede en otros ordenamientos). Esa mayor claridad habría conducido a deshacer totalmente la confusión que se daba (y en parte aún se da) en la jurisprudencia, pues, para muchas sentencias, es prácticamente irrelevante distinguir entre las diversas figuras del art. 28, al estar sometidas todas al mismo marco penal, olvidando así la necesidad de precisión y las diferencias de tratamiento a que conduce la accesoriedad de la participación (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 205 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1996, 1284).

Conviene insistir por tanto en la defensa de un concepto restrictivo de autor y de la interpretación desde sus premisas de los preceptos legales relativos a autoría y participación. Para que ese concepto restrictivo de autor conserve sus ventajas, ha de ser desarrollado coherentemente, lo que no siempre sucede, en mi opinión, en un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia españolas en lo que se refiere a la coautoría, donde se realizan extensiones indeseables e innecesarias del concepto de autor.

3. Distinción entre autoría y participación

Los principales criterios que se han utilizado para distinguir entre autoría y participación son las teorías subjetivas, la teoría objetivo-formal, las teorías objetivo-materiales, la teoría del dominio del hecho y alguna otras, como la de la determinación objetiva y positiva del hecho, que están emparentadas con la anterior. Como no todas las teorías poseen igual relevancia actualmente, no vamos a explicarlas por igual, agrupando las menos importantes hoy en un primer apartado.

3.1. Teorías subjetivas, del acuerdo previo, objetivo-materiales y otras

3.1.1. Teorías subjetivas

Estas teorías han sido poco defendidas en España. Parten de que en el plano objetivo no es posible distinguir entre autores y partícipes, pues, conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, todos realizan una aportación causal al delito (la reducción en este ámbito de todo lo objetivo al problema causal es el primer punto en que son criticables estas teorías). Por tanto, llevan a cabo la distinción en el plano subjetivo: autor es quien actúa con voluntad de autor o *animus auctoris* y partícipe quien lo hace con voluntad de tal o *animus socii*. Para la teoría del dolo actúa con *animus auctoris* quien lo hace con una voluntad autónoma y con *animus socii* aquel cuya voluntad es dependiente de la del autor y subordinada a éste. Para la teoría del interés se actúa con uno u otro ánimo según se tenga o no un interés propio en el hecho.

Las teorías subjetivas son rechazables por diversas razones (además de la ya apuntada), pues es prácticamente imposible saber quién actúa con voluntad autónoma o subordinada o incluso cabría pensar que todos actúan con voluntad subordinada o en interés ajeno, lo que supondría la existencia de hechos con partícipes y sin autor, que una sola persona realizara todo el hecho pero subordinando su voluntad a otro o en interés de otro (ajeno al hecho), o cabe pensar que siempre que se interviene en un delito algún interés propio se tiene, etc. Las teorías subjetivas suponen una mezcolanza de criterios imprecisos y no se corresponden con las referencias objetivas que se contienen en los preceptos sobre autoría y participación de nuestro CP (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 289 ss.).

3.1.2. Teoría del acuerdo previo

Alguna relación con las teorías subjetivas (aunque no es una de las teorías subjetivas que se acaban de citar) guarda la llamada doctrina del acuerdo previo defendida durante mucho tiempo por nuestro TS, según la cual todos los que intervienen en un hecho delictivo existiendo un previo concierto entre ellos son (co)autores del mismo, con independencia de cuál sea su aportación objetiva a él. Pese a la denominación de esta teoría, la mayoría de las veces el TS se conformaba con que el acuerdo fuera simultáneo o coetáneo a la ejecución y no exigía en realidad su carácter previo, así como tampoco pedía que fuera expreso. Aunque aún hoy se encuentran STS que siguen (aunque sea de modo suavizado en ocasiones) esta doctrina, afortunadamente cada vez son más las que la rechazan y las que exigen el acuerdo como un requisito necesario, pero no suficiente de la coautoría.

La teoría del acuerdo previo es rechazable, pues, aun suponiendo que el acuerdo significara una disposición a realizar el tipo, la disposición no es todavía

realización y, aunque el acuerdo pueda hacer más peligroso el hecho o ser un elemento muy importante o trascendente para el mismo, ni la peligrosidad ni la necesidad o trascendencia para el hecho de una conducta determinan por sí solas la autoría. Además, el TS era inconsecuente con su doctrina, pues a menudo, sin rechazarla, se "olvidaba" de ella para castigar como cómplice (y, por lo tanto, con pena inferior a la del autor) a un sujeto que actuaba en el marco de un acuerdo, pero cuyo castigo como autor le parecía excesivo. De llevarse al extremo, cabría decir que los hechos en que actúan varias personas sin acuerdo son hechos sin autor. En definitiva, la teoría del acuerdo previo, afortunadamente cada vez más arrinconada en la jurisprudencia de nuestro TS, suponía a menudo el revestimiento con un manto argumental impreciso e incorrecto de soluciones tomadas de antemano de un modo más intuitivo, y era un reflejo importante del caos que durante muchos años reinó (con honrosas y numerosas excepciones) en la jurisprudencia española en materia de autoría y participación (sobre la doctrina del acuerdo previo y su crítica, v. GIMBERNAT, 1966, 57 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 349 ss.; PÉREZ ALONSO, 1998, 111 ss.).

3.1.3. Teorías objetivo-materiales

Las teorías objetivo-materiales (distintas de la del dominio del hecho), como las denominadas de la necesidad, de la simultaneidad, de la supraordinación, las que distinguen según el carácter directo o indirecto de la causalidad, etc.) aportan en ocasiones ideas interesantes, pero no pueden admitirse para distinguir entre autoría y participación, pues parten a menudo de diferenciaciones causales que, además de incorrectas, son ajenas al concepto de autor, o bien de diferencias extrajurídicas que prescinden de la tipicidad en la determinación de la autoría. Por lo demás han sido poco defendidas en España, salvo lo que se refiere a la teoría de la necesidad en materia de delimitación de la cooperación necesaria (en mi opinión, una forma de participación en sentido estricto) de la complicidad (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 535 ss.).

3.1.4. Otras teorías

Existen otras teorías para distinguir entre autoría y participación además de las explicadas y las que se detallan a continuación. Pero normalmente pecan de los defectos señalados a alguna de las demás (así, las teorías mixtas) o son excesivamente vagas e imprecisas (por ejemplo, muchas teorías mixtas y la llamada teoría de la contemplación global o de la totalidad), o, pese a partir de premisas interesantes, acaban incurriendo en los defectos propios de otras teorías (así, por ejemplo, la concepción normativa que se fija en el grado de perentoriedad de las normas de conducta de las diferentes formas de autoría y participación) (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 697 ss.).

3.2. Teoría objetivo-formal

En España todavía es ampliamente defendida la teoría objetivo-formal, aunque se va imponiendo paulatinamente la del dominio del hecho. Según la teoría objetivo-formal autor es quien realiza (total o parcialmente) la acción (o acciones) descrita(s) en el correspondiente tipo de la parte especial. A la hora de concretar lo anterior, existen dos versiones de esta teoría: a) la clásica, según la cual es autor todo aquel que realice una acción ejecutiva (en el sentido de la tentativa); b) la modificada o moderna, para la que autor es el sujeto cuya conducta puede subsumirse sin más en el correspondiente tipo de la parte especial, o sea, el que realiza la acción típica (o alguna de las acciones típicas), no bastando la realización de una acción ejecutiva no típica (así, por ejemplo, para la versión clásica, en un delito de lesiones sería autor, además de quien golpea a la víctima, quien la sujeta para que el otro golpee, mientras que para la versión modificada el que sujeta no es autor).

El acierto de esta teoría es haber hecho hincapié en la conexión entre tipo y autoría. Suele criticárseles el que no sean capaces de explicar la autoría mediata y la coautoría, pero creo que estas críticas son matizables y debidas a que los críticos parten de determinadas concepciones de esas formas de autoría que no necesariamente han de ser compartidas. La versión clásica, sin embargo, no convence, en mi opinión, porque iguala la realización de acciones ejecutivas no típicas con la realización de acciones típicas, cuando entre ellas se percibe un diferente grado de enfrentamiento a la norma y al bien jurídico protegido en cada caso, lo que debe ser tenido en cuenta desde la perspectiva de un concepto restrictivo de autor (sólo las acciones típicas son de autoría). En cuanto a la versión modificada, parece en principio correcta (con la duda de si la realización de una sola de las acciones típicas en los tipos que describen varias ha de constituir siempre y necesariamente autoría), pero resulta incompleta pues no ofrece un criterio material para determinar, especialmente en los delitos resultativos (como, por ejemplo, el homicidio) en qué consiste realizar el tipo, aunque se afirme (lógicamente) que no lo realiza cualquiera que contribuya causalmente al resultado (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 411 ss.).

3.3. Teoría del dominio del hecho y teoría de la pertenencia del hecho

Cada vez va adquiriendo un papel más dominante en la doctrina y, desde luego, en la jurisprudencia del TS (v., entre otras muchas, STS, Sala 2ª, 1320/1997, de 4 de noviembre, Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater; STS, Sala 2ª, 903/1998, de 2 de julio, Ponente: D. Eduardo Móner Muñoz; STS, Sala 2ª, 1011/1998, de 17 de octubre, Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater; Auto TS, Sala 2ª, 1565/2000, de 7 de julio, Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta, STS, Sala 2ª, 1240/2000, de 11 de septiembre, Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón), la teoría del dominio del hecho, cuyo carácter es objetivo-subjetivo (en el sentido de que sus defensores creen precisa la finalidad o, al menos, la conciencia

de dominio del hecho para que éste exista) y material. Para ella (prescindiendo de matices y variantes), autor es quien domina el hecho, esto es, quien con su actuación decide o tiene en las manos el si y el cómo del acontecer típico, del proceso que desemboca en la producción del delito.

Aunque la enorme importancia de esta teoría en el desarrollo de la doctrina de la codelincuencia es innegable, la misma no está exenta de críticas. Entre ellas se puede citar el que acude a consideraciones extrajurídicas (como la de que el autor es la figura central del hecho) que serían aceptables si no se pretendiera extraer de ellas consecuencias demasiado importantes sin tener un fundamento normativo. Al incluir un elemento subjetivo en el dominio del hecho, se encuentra con enormes dificultades para distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes, derivando casi siempre en un concepto unitario de autor para ellos. En ciertos puntos, especialmente en la coautoría, conduce a una extensión del concepto de autor incoherente con el concepto restrictivo que dice defender y que hace perder las ventajas que hemos visto caracterizan a este concepto (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 545 ss.).

Un sector doctrinal minoritario, aunque importante, encabezado por MIR PUIG (1998, 367 s., entre otras pp.), defiende una teoría cercana, pero no idéntica, a la del dominio del hecho, según la cual es autor aquel sujeto al que le pertenece el hecho, el sujeto que está en una situación tal que ningún otro le puede disputar esa pertenencia. La crítica más global a esta teoría (que, especialmente en la coautoría lleva también a una extensión del concepto de autor) consiste en que, en mi opinión, parte de la idea errónea de que todo hecho ha de pertenecer a alguien (a efectos penales), siendo por el contrario lo cierto que puede haber hechos sin autor (en sentido penal), en los que, por tanto, no cabrá a su vez participación punible (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 613 ss.).

3.4. Teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho

Aunque no es mayoritaria, ha ganado adeptos en los últimos años la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, propuesta por LUZÓN PEÑA (1989, 889 ss.) y desarrollada sobre todo por mí (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, entre otros muchos trabajos), que tiene puntos en común con la del dominio del hecho, pero también diferencias sustanciales con ella. Según ella, en el marco de un concepto restrictivo de autor que conserve sus ventajas, autoría y realización del tipo han de estar estrechamente unidos, de modo que es autor el sujeto que realice la conducta que directamente encaje en el correspondiente tipo de la parte especial, la que más directamente se enfrente a la norma prohibitiva o imperativa contenida en el mismo y, por tanto, la que dicha norma tenga la mayor perentoriedad o urgencia en evitar (en caso de prohibición) o en promover su realización (en caso de mandato de actuación). Con este fundamento jurídico, autor es quien realiza la acción típica (es discutible si en los tipos que contienen más de una acción típica podría en ocasiones distinguirse entre acciones típicas nucleares, que serían de autoría, y no nucleares, de participación;

personalmente considero que no debe descartarse esa posibilidad, que ha de concretarse a través del estudio del correspondiente tipo de la parte especial). En los delitos puramente resultativos (aunque la idea es válida para otros tipos), el criterio material que concreta lo anterior es el de que autor es quien determina (o domina, si se puede hablar de un dominio objetivo) objetiva y positivamente el hecho. El que se trate de una determinación objetiva permite aplicar sin problemas el criterio de distinción tanto a los hechos dolosos como a los imprudentes. El que se exija una determinación positiva (y no meramente negativa, esto es, el que se exija que se decida el si y el cómo del hecho y no meramente su posible no producción) evita extensiones del concepto de autor (sobre todo en la coautoría) que harían perder en buena medida las ventajas de un concepto restrictivo de autor, extensiones especialmente innecesarias en una regulación de las formas de participación como la contenida en el CP español.

Matices aparte, resulta cercana a la teoría señalada, en gran medida en el punto de partida y en algunos (no todos) sus desarrollos la postura de DÍEZ RIPOLLÉS (1996, 217 ss.), quien, sobre la base de la definición de autoría en el CP, considera elementos materiales claves de la misma el "acceso al tipo" y el "control del suceso típico", que se concretaría en el "dominio objetivo del suceso", común (al igual que el acceso) a los delitos dolosos e imprudentes (si bien se destaca la presencia añadida de un dominio subjetivo en los delitos dolosos). Tampoco es lejana a la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho la tesis defendida por GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ (2002).

La teoría de la determinación objetiva del hecho también ha sido objeto de críticas (prescindiendo de las que se dirigen a la idea de la posibilidad de distinguir entre acciones típicas nucleares y no nucleares, que no es inherente a la citada teoría). Probablemente las más repetidas son la del olvido del componente subjetivo, para muchos imprescindible en el dominio del hecho, y, por otro lado, el que conduce a un concepto de autor demasiado estrecho, especialmente en la coautoría. En cuanto a la primera crítica, parece exagerada (en lo terminológico, desde luego, pues se adopta la palabra "determinación" precisamente para soslayar la posible –que no segura- contradicción que pudiera suponer la expresión "dominio objetivo"), pues no ignoramos que los elementos subjetivos de la conducta de los intervinientes pueden tener influencia en la apreciación de un dominio o determinación, sino que simplemente tratamos de destacar lo que es propio, característico o exclusivo de la autoría (en los delitos dolosos e imprudentes). En cuanto a la segunda crítica, coincidimos en que nuestra teoría conduce a un concepto más estrecho de coautoría, pero ello nos parece un acierto, pues permite mantener las ventajas de un auténtico concepto restrictivo de autor, no conduce a soluciones punitivas insatisfactorias en el Derecho penal español y responde a diferencias materiales de dominio (meramente negativo, en unos, y positivo, en otros) entre distintos intervinientes.

4. Las formas de la autoría

La autoría en sentido estricto puede revestir la forma de autoría inmediata unipersonal, autoría mediata y coautoría. No supone una forma específica de autoría la llamada autoría accesoria.

4.1. La autoría inmediata individual

La autoría inmediata individual o unipersonal, comúnmente llamada autoría directa, se da cuando el sujeto realiza la acción típica, determina el hecho de modo completo (o sea, sin compartir con otros el dominio o determinación del hecho) por sí solo y sin hacerlo a través de otro que actúa como instrumento. Ello no es óbice para que junto a esa persona actúen otras como partícipes en el hecho, o incluso otros sujetos que realicen por sí mismos toda la acción típica, es decir, otros autores inmediatos individuales, produciéndose entonces un supuesto de pluriautoría que no debe confundirse con la coautoría. Tampoco debe confundirse esta primera forma de autoría con la actuación en solitario de propia mano, pues hay algunos supuestos en que el único actuante de propia mano no es autor (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 639 ss.).

4.2. La autoría mediata

4.2.1. Concepto

La autoría mediata consiste en la realización del hecho típico a través de otra persona que actúa como instrumento o, en la terminología (más problemática en relación con la autoría mediata en los delitos imprudentes) del primer párrafo del art. 28 CP, en la realización del hecho "por medio de otro del que se sirven como instrumento". Se trata de una forma de autoría en sentido estricto, no sometida por tanto al principio de accesoriedad limitada de la participación (sobre la autoría mediata en general, v. HERNÁNDEZ PLASENCIA, 1996; BOLEA BARDON, 2000).

4.2.2. Requisitos

Además del requisito, común a toda autoría, de la realización del tipo (concretado, en su caso, como se estime conveniente: en mi opinión, con el criterio material de la determinación objetiva y positiva del hecho) por el autor mediato, parecen fundamentales dos cosas (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 645 ss.): 1º) Determinar en virtud de qué criterios o razones se puede afirmar que una persona realiza acciones a través de otra que actúa como instrumento (sean acciones de autoría o de participación), a lo que me referiré en el apartado siguiente. 2º) Constatar que las acciones realizadas a través de otro son acciones de autoría, es decir, utilizando el criterio material señalado, que el sujeto que actúa a través de otro determina el hecho; en esta constatación es muy importante (y a veces se olvida) determinar si la conducta del instrumento es a su vez

determinante, de autoría, con independencia de que el instrumento sea o no responsable por diversas razones (básicamente falta de cualidad especial en delito especial, de dolo o imprudencia, atipicidad, justificación o disculpa). En cualquier caso, la irresponsabilidad del instrumento no supone, en mi opinión, un requisito de la autoría mediata, pues son posibles, como veremos, supuestos de "autor tras el autor".

4.2.3. Supuestos de autoría mediata

Citaré a continuación brevemente los supuestos que suelen considerarse de realización de acciones a través de otro y que, por lo tanto, fundamentan, si se trata de un supuesto de autoría, la autoría mediata (si fueran de participación, la participación mediata) del "sujeto de atrás". Como se verá, no estoy de acuerdo en que en todos ellos se fundamente la realización de un hecho a través de otro.

4.2.3.1. Utilización de coacción u otros procedimientos que obligan a actuar al instrumento

Se trata de casos en que quien actúa detrás fuerza, intimida o da órdenes vinculantes o coloca en situaciones de necesidad de actuar a otro o aprovecha una ya existente para que realice una determinada conducta (si bien este último supuesto es más discutido), sin que baste una mera influencia en la voluntad del que actúa (ello constituiría inducción o, en su caso, participación psíquica o moral. El fundamento de este grupo de casos es la falta de voluntad libre del instrumento (por lo que algunos rechazamos que sea autor mediato quien da una "orden" no acompañada de coacción o amenaza o no vinculante jurídicamente, como ocurre, por ejemplo, con las instrucciones de algunos "jefes de la banda").

En los supuestos en que el empleo de fuerza provoca una ausencia de acción en el sujeto de delante, no se discute que el de detrás sea autor, sino si lo es inmediato o mediato, si bien la cuestión me parece más bien terminológica y de escasa trascendencia práctica.

En los supuestos en que el sujeto de delante actúe amparado por una causa de justificación, para poder apreciar autoría mediata en el de detrás habrá de tratarse de una causa de justificación que excluya sólo el desvalor de acción (como, por ejemplo, el estado de necesidad o la obediencia debida a órdenes antijurídicas) y no el desvalor de resultado (como la legítima defensa o la obediencia a órdenes conformes a Derecho), en cuyo caso la justificación alcanzaría también al sujeto de atrás.

4.2.3.2. Supuestos de creación o aprovechamiento de un error en el que actúa de modo inmediato

El fundamento de la autoría mediata (cuando se admita) en este grupo de casos sería resumidamente que el sujeto de atrás domina (o determina, o domina

en mayor grado que el que actúa inmediatamente) la situación por tener el único o mejor conocimiento de la misma o de su contrariedad a Derecho, conocimiento que falta o no es completo en el instrumento, con la consiguiente desaparición o disminución de factores de inhibición de su conducta. Lo que fundamentalmente se discute es qué clase de error es suficiente para fundamentar la autoría mediata en el sujeto de atrás.

Hay acuerdo en la existencia de autoría mediata cuando se provoca o aprovecha un error de tipo invencible en el sujeto de delante, o cuando se trata de un error de tipo vencible que dé lugar a imprudencia inconsciente, resultando muy discutidos otros supuestos. Sin embargo, creo, con un importante sector doctrinal, que también se podrá fundamentar autoría mediata en los supuestos de error de tipo vencible que dé lugar a imprudencia consciente y en los de error de prohibición invencible o vencible, pues en todos estos supuestos el sujeto de delante posee menores razones para inhibirse de actuar que el sujeto de atrás, quien domina o dirige al instrumento y determina el hecho. E incluso es posible afirmar la autoría mediata en caso de provocación de un error en quien actúa de modo inmediato sobre el significado concreto de la acción, siempre y cuando (lo que no sucederá siempre) afecte de modo suficiente a la capacidad de inhibición del ejecutor inmediato. Como se ve, en este grupo se admiten varios supuestos de "autor tras el autor" responsable.

4.2.3.3. Utilización de inimputables

Éste es uno de los supuestos clásicos de autoría mediata, pese a que, conforme al principio de accesoriedad limitada de la participación, no habría problema en castigar al sujeto de atrás como partícipe, pues sólo está excluida la culpabilidad del sujeto de delante (que actúa de modo típicamente antijurídico). Sin embargo, el fundamento de esta modalidad de autoría mediata radica precisamente en la incapacidad (o anormal capacidad) de comprender la ilicitud del hecho o motivarse según esa comprensión de los inimputables, que es lo que permite hablar de una instrumentalización del inimputable a manos del sujeto de atrás.

Sobre todo en relación con la menor edad, es frecuente sostener que la presunción *iuris et de iure* de inimputabilidad que fija la ley penal (de adultos) y la consiguiente irresponsabilidad del menor (conforme a esa ley) (en general, los inimputables no pueden sufrir penas, refiriéndonos a ello cuando hablamos de irresponsabilidad, aunque en algunos casos puedan ser sometidos a medidas de seguridad) fundamentan la autoría mediata de todo el que induzca o ayude a un menor a cometer un delito. Sin embargo, creo que esta apreciación es errónea, pues una cosa es la presunción legal a efectos de irresponsabilidad penal del propio menor (conforme a la ley penal para adultos, pues para ciertos menores existe responsabilidad penal, conforme a la Ley penal del menor, aunque no entraré aquí en la naturaleza de esa responsabilidad) y otra muy distinta el que esa presunción deba tener efectos a la hora de determinar si un sujeto ha instrumentalizado a otro. Y resulta que en muchos casos los menores no son materialmente inimputables y,

por tanto, no puede hablarse de autoría mediata, sino de participación, de quien les induce o ayuda a delinquir (por ejemplo, cuando un adulto induce a un muchacho de diecisiete años a destrozar a pedradas el coche de un vecino).

Igualmente en el supuesto de inducción o auxilio a semiimputables para que delincan, deberemos guiarnos por el criterio material de la real afectación de la culpabilidad en cada caso para determinar si el sujeto de atrás es autor mediato o partícipe.

4.2.3.4. Utilización de aparatos organizados de poder

Se trata de un supuesto discutido, planteado en Alemania hace ya bastantes años por el máximo experto mundial en materia de autoría, ROXIN, en relación con los crímenes del aparato estatal de poder nacionalsocialista en la Alemania hitleriana y que se ha aplicado o pretendido aplicar posteriormente en relación con otros aparatos organizados de poder estatal (como el de la última dictadura militar argentina) o con organizaciones no estatales desligadas de las normas jurídicas, como por ejemplo algunas organizaciones terroristas o mafiosas, como las dedicadas al tráfico de drogas o de armas).

Se trata de casos en que alguien ordena la realización de una acción delictiva y el ejecutor material no actúa (o no siempre actúa, pues se darán a menudo casos en que sí) coaccionado y en situación de miedo insuperable, estado de necesidad, o en obediencia debida o en error (en cuyo caso nos hallaríamos ante otros supuestos de autoría mediata), sino que podría no obedecer la orden y siempre habría otro dispuesto a cumplirla; es decir, la "máquina de delinquir" en que consiste la organización funciona automáticamente, incluso aunque falle alguno de sus engranajes. Un importante sector doctrinal defiende aquí la autoría mediata de quien da la orden (ocupe el puesto que ocupe en la organización y aunque él a su vez haya recibido la orden de más arriba), pese a que exista plena responsabilidad del autor inmediato (estaríamos, por tanto, ante otro caso de autor tras el autor), por el hecho de la fungibilidad de éste, es decir, porque quien da la orden puede tener plena seguridad de que el delito se llevará a la práctica por uno u otro autor inmediato.

Pese a que el fundamento de la autoría mediata en la fungibilidad del ejecutor es muy sugerente, por poner de relieve una diferencia respecto de los casos más normales de inducción, en que el inductor no puede contar con que el inducido cometerá el delito por el mero hecho de proponérselo, también es cierto que la comisión del delito en los supuestos de aparatos organizados de poder pasa por la decisión de una persona libre y que ve perfectamente la situación fáctica y jurídica, por lo que, pese a reconocer lo peculiar del supuesto, me inclino a calificarlo, con otro importante sector doctrinal, de participación y no de autoría mediata.

Últimamente se ha planteado incluso la posibilidad de aplicar esta construcción para fundamentar la autoría mediata de ciertos sujetos en estructuras organizadas complejas no destinadas a delinquir, sino en principio legales, como las empresas, en las que se cometen ciertos delitos. Considero que aquí, nuevamente, la apelación a la fungibilidad del instrumento no es suficiente para fundamentar esa autoría mediata. Pero también es cierto que, aunque no se dé ninguno de los supuestos hasta ahora analizados (que a veces se darán), la estructura organizativa empresarial (y, salvadas las diferencias, lo mismo valdría para las organizaciones criminales) posee peculiaridades que pueden hacer más fácil que en otros ámbitos (por la conjunción de la fungibilidad del ejecutor, el mejor conocimiento de la situación global por parte de ciertos sujetos, la jerarquización de órdenes e instrucciones, la existencia de fuertes mecanismos de fidelización de los empleados en ciertas empresas, etc.) afirmar la autoría mediata de ciertos sujetos (sin que ello suponga la irresponsabilidad de otros más cercanos a la ejecución), si bien tampoco debe descartarse aquí la existencia de supuestos de coautoría (no siempre "horizontal") y, desde luego y con frecuencia, de autoría de unos y participación de otros.

4.2.3.5. Los supuestos de "instrumento doloso no cualificado", de utilización de cualificado por no cualificado y de "instrumento doloso sin intención"

4.2.3.5.1. La llamada autoría mediata mediante instrumento doloso no cualificado

En el supuesto así denominado, un sujeto que posee la cualificación propia de un delito especial (*intraneus*) induce a quien no la posee (*extraneus*), que obra con plena libertad y pleno conocimiento de la situación, a la realización de la conducta propia de ese delito. Si se trata de la conducta de un delito especial impropio, la cuestión será importante, pero no de importancia decisiva, pues al menos es seguro que al *intraneus* se le podrá castigar como inductor del delito común correspondiente, del que es autor inmediato el *extraneus*. Si se trata de la conducta de un delito especial propio, el problema es más grave: el *extraneus* que actúa de modo inmediato no puede ser autor del delito especial, pues le falta la característica personal exigida por el tipo, resultando su conducta en principio atípica; el inductor *intraneus* no podría responder como inductor, en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación. Por tanto, gracias a un relativamente sencillo expediente, se habría podido cometer materialmente un delito que, sin embargo, no se podría castigar, lo que supone una grave laguna de punición. Para evitarla se acude a la figura de la autoría mediata por utilización de un instrumento doloso no cualificado: el *intraneus* sería autor mediato del hecho y el *extraneus* un partícipe en el mismo (normalmente esa participación se calificará de cooperación necesaria).

Sin embargo, la afirmación de autoría mediata del intraneus me parece una mera petición de principio, por no estar fundamentada en criterio material alguno

que explique que nos hallamos ante una "utilización" de un "instrumento" y que el *intraneus* domine el hecho. A este respecto resulta insuficiente la apelación que algunos realizan a un supuesto "dominio social" o "dominio psicológico-normativo" cuyo contenido no se explica convincentemente; tampoco convence, aunque es sugerente, la argumentación, desde la teoría de la pertenencia del hecho, de que es imposible que otro sujeto dispute la pertenencia del hecho al *intraneus*, porque, aparte de no parecerme correcta en general la citada teoría, su argumentación en este punto no va mucho más allá de decir que un *extraneus* no puede ser autor de un delito especial, sin que sin embargo quede claro por qué deba pasar la autoría al *intraneus* que no realiza la acción típica.

Ciertamente, si se rechaza la construcción de la autoría mediata por utilización de instrumento doloso no cualificado y no se plantea alguna alternativa, se produce una laguna de punición que no parece justificable. De las alternativas que se plantean, no puede admitirse el recurso general (para cierto grupo de delitos) a los llamados delitos de infracción de deber, en los cuales lo relevante para la autoría no serían los criterios habituales (como el dominio del hecho, por ejemplo), sino la infracción de un específico deber extrapenal: quien infringe el deber (*intraneus*) es autor aunque no domine el hecho (el *extraneus* es partícipe aunque lo domine); no cabe este recurso, pues muchos tipos que se califican como de infracción de deber no están configurados como tales en el Derecho positivo y aplicarles la citada construcción vulneraría el principio de legalidad. Tampoco el recurso a la comisión por omisión (el *intraneus* es autor del delito en comisión por omisión), alguna vez utilizado por algún autor en relación a algún delito especial concreto, soluciona el problema con carácter general, pues suscita reservas según cuál sea el concepto y requisitos de la comisión por omisión que se consideren correctos, y, sobre todo, no parece posible aplicar la solución a todos o la mayoría de los supuestos que la doctrina tradicional soluciona mediante la autoría mediata por utilización de instrumento doloso no cualificado. La solución más plausible es la que apela a la aplicación del art. 31 CP, que recoge la construcción del "actuar por otro" en Derecho penal, a la que me referiré más adelante: el *extraneus* es autor del delito especial, supliéndose a través del art. 31 CP su carencia de la cualidad especial exigida por el delito; el *intraneus* será partícipe (normalmente inductor) en ese delito especial. Sin embargo, aunque esta solución puede ser de aplicación a muchos casos, considero muy dudoso que pueda decirse que en todos los supuestos tradicionalmente calificados de autoría mediata por utilización de instrumento doloso no cualificado el *extraneus* actúe "en nombre o representación legal o voluntaria de otro", como exige el art. 31 CP.

En los casos en que el recurso al actuar por otro no solucione el problema (que también estará resuelto si el legislador ha redactado el tipo como delito de infracción de deber), habrá que admitir la laguna de punición, que podría evitarse con una previsión legal específica, por ejemplo, creando un precepto en la Parte general del CP similar al del art. 31, pero orientado específicamente a los supuestos que nos ocupan, o redactando los tipos cuyo contenido material así lo aconseje como delitos de infracción de deber.

4.2.3.5.2. Utilización de un instrumento cualificado por parte de un no cualificado

Supuesto en cierta medida inverso al anterior es el del *extraneus* que, sirviéndose de alguno de los medios que normalmente fundamentan autoría mediata, consigue que el *intraneus* realice la conducta propia del delito especial (por ejemplo, un sujeto obliga mediante fuerza a un juez a dictar una sentencia injusta en el sentido del delito de prevaricación judicial). El problema se plantea sobre todo cuando el *intraneus*, aquí verdadero instrumento, actúa en un supuesto de falta de acción (por ejemplo, por existencia de fuerza irresistible), o de modo justificado (en estado de necesidad o en caso fortuito derivado de error de tipo invencible), o meramente imprudente (por error de tipo vencible) en supuestos en que sólo es punible la comisión dolosa (e incluso quizá cuando actúa sin culpabilidad, pues no está claro que cualquier forma de autoría mediata sea a la vez inducción u otra forma de participación). En los delitos especiales propios –y lo mismo ocurre en los delitos de propia mano o en algunos de los delitos con modalidades limitadas de acción- la cuestión es especialmente grave: el *intraneus* (único posible autor del delito, por concurrir en él la cualidad especial exigida en el mismo) no realiza una acción típicamente antijurídica, por lo que, en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación, el *extraneus* no puede ser castigado como inductor (u otra clase de partícipe) en el delito especial propio (o de propia mano o con modalidades limitadas de acción); pero ese *extraneus* tampoco puede ser castigado como autor mediato (o, según algunos, en supuestos de falta de acción del instrumento, como autor inmediato) del mismo (calificación más acorde con la naturaleza material de su conducta), pues le falta la cualidad personal del delito especial (o la actuación de propia mano o mediante alguna de las modalidades de acción tasadas por la ley), ni como autor mediato (o inmediato) de un delito común correspondiente (como sucedería en los delitos especiales impropios), pues nos hallamos ante un delito especial propio (por ejemplo, ante una prevaricación judicial). Por tanto, habría que absolver al sujeto de atrás *extraneus* del delito especial, lo que no parece satisfactorio (parece preferible que se le pudiera castigar, aunque tal vez habría que tener en cuenta su mayor lejanía, como *extraneus*, al injusto específico del delito especial, a la hora de determinar su responsabilidad), al margen de que se le pudiera castigar por algún otro delito en relación con el medio utilizado frente al instrumento, como por ejemplo por amenazas o coacciones.

Es claro que ni la rechazable construcción de la autoría mediata por "instrumento" (que no lo es) doloso no cualificado, ni la de los delitos de infracción de deber ni la de la comisión por omisión ni la del actuar por otro (no hay actuación en nombre o representación legal o voluntaria de otro). La desaparición en el vigente CP de la figura de "forzar a otro" contenida en primer inciso del art. 14.2º CP 1944/73 hace imposible la solución de algunos casos a través de esa figura, como proponíamos LUZÓN PEÑA y yo mismo (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 720 ss.).

Por ello, ante la insatisfactoria situación actual, es recomendable dar al problema una solución de *lege ferenda* que podría consistir en la introducción en el CP de una cláusula general *ad hoc* (aunque seguramente limitada a ciertos grupos de delitos), del mismo modo que para solucionar el problema de la actuación por otro en los delitos especiales existe la cláusula del art. 31 CP (y sus precedentes históricos).

4.2.3.5.3. La llamada autoría mediata mediante instrumento doloso sin intención

En los delitos que exigen un elemento subjetivo del tipo consistente en un especial ánimo o intención, como ocurre por ejemplo en el hurto con la exigencia de ánimo de lucro, podría suceder que un sujeto induzca a otro a realizar la conducta típica, concurriendo en el inductor y no en el inducido el elemento subjetivo. El ejemplo clásico es el del sujeto que, queriéndose apropiar de algún objeto de valor del vecino, le pide a su criado (sin coacción, ni orden vinculante, etc.) que lo coja y se lo dé, lo que éste hace con plena conciencia de la ajenidad de la cosa. Se dice que el criado en principio no comete un hurto porque le falta el ánimo de lucro y que el señor tampoco, pues él no toma la cosa; además, el señor no puede ser castigado como inductor, por falta de hecho típico en el inducido (principio de accesoriedad limitada de la participación). Para evitar la laguna de punición, se dice que el señor es autor mediato del hurto por utilización del criado como instrumento doloso sin intención; el criado, a su vez, sería partícipe en el hecho del autor mediato (o sea, del señor).

Por prácticamente las mismas razones que en caso de la mal llamada autoría mediata con instrumento doloso no cualificado, me parece inaceptable (por ser una mera petición de principio que convierte la autoría mediata en un fenómeno cubrelagunas sin fundamento material) el sostener aquí la calificación de autor mediato para el sujeto de atrás. Pero es que además, casos como el del ejemplo están mal planteados, pues no es cierto que el criado no actúe con ánimo de lucro si éste se interpreta (como considero correcto) como ánimo de apropiación (se apropia de la cosa y dispone de ella dándosela al señor), ni (aunque no se aceptara lo anterior) que el señor no tome la cosa, aunque no lo haga directamente de su propietario. Y, en último extremo, cabría plantear que la conducta del señor sea de receptación. En supuestos distintos en que no pueda fundamentarse la autoría mediata de un hurto, cabe en ocasiones el recurso al delito de estafa o, en algún caso, al de apropiación indebida. No obstante, habrá que estudiar el supuesto concreto, pero la solución no será la de estimar una autoría mediata que no existe.

4.2.4. Límites a la autoría mediata

Por ser la autoría mediata, como toda autoría, realización del tipo, la misma tiene su límite en aquellos delitos cuya redacción típica impida (por razones materiales o formales) la realización de la acción típica a través de otro; se trata

fundamentalmente de los delitos de propia mano y de los delitos de mera actividad o de resultado con modalidades limitadas o tasadas de acción, cuando la actividad o las modalidades de acción no puedan realizarse a través de otro. En mi opinión, si se admitiera en ellos la autoría mediata (incluso cuando materialmente se llegara a soluciones satisfactorias por ser infundada la configuración legal de un delito como de propia mano), se violaría el principio de legalidad penal, por la trasgresión del tenor literal posible de los tipos (para descubrir el cual no basta, desde luego, la mera lectura de un diccionario), lo que no siempre ha sido tenido suficientemente en cuenta por algunas STS y autores (sin duda intentando soluciones materialmente más satisfactorias). Este límite no es rebasable apelando a la mención de la autoría mediata en el primer párrafo del art. 28 CP, pues éste sigue pidiendo que el sujeto realice el hecho (el descrito en el tipo), aunque sea por medio de otro del que sirve como instrumento, cosa que no se puede predicar del sujeto de atrás en estos casos.

Por otra parte, como ocurre en toda forma de autoría, no puede ser autor mediato de un delito especial el *extraneus*, o sea, aquel en quien no concurre la característica o cualidad personal exigida por el tipo (aunque, si se trata de un delito especial impropio, podrá ser autor mediato del delito común correspondiente). Este límite a la autoría (no específico de la autoría mediata) se ve suavizado mediante la construcción del actuar por otro, recogida legalmente en el art. 31 CP, que mencionaremos más adelante.

4.2.5. Otras cuestiones relativas a la autoría mediata

Haremos breve referencia a dos.

4.2.5.1. Excesos, cambios de objeto y otras desviaciones por parte de quien actúa de modo inmediato

Los casos de excesos frente a lo pretendido por el autor mediato o de cambios de objeto u otras desviaciones esenciales en el delito por parte de quien actúa de modo inmediato plantean problemas cuya exposición y resolución precisarían de una extensión y matización que no son aquí posibles. Diremos no obstante que, en general, si el dolo (siquiera eventual) del autor mediato no se extiende a esos excesos o desviaciones, habrá que comprobar si los mismos le pueden ser imputados a aquél a título de imprudencia o ni siquiera esto.

4.2.5.2. Comienzo de la tentativa del autor mediato

En relación con la cuestión de cuándo comienza la fase ejecutiva (o sea la tentativa) para el autor mediato se defienden prácticamente todas las posturas imaginables: para unos, comienza cuando el autor mediato empieza a actuar sobre el instrumento (matizando algunos que debe tratarse del comienzo de la actuación decisiva sobre el que actúa inmediatamente); para otros, cuando el instrumento da inicio a la ejecución de su hecho; para una tercera postura, cuando el sujeto de

atrás ya "suelta de su mano" al instrumento, aunque éste no haya comenzado todavía a actuar; por fin, hay autores que distinguen según el supuesto de autoría mediata de que se trate. Aunque la cuestión es muy complicada de resolver, creo que la postura más correcta es en líneas generales la tercera, con algunas matizaciones (que podrían dar la razón en parte a la última postura, o que supondrían una argumentación más en detalle en relación sobre todo con la primera y la tercera postura) en las que no nos podemos detener.

4.3. La coautoría

4.3.1. Concepto

La coautoría supone la realización del hecho por varios sujetos conjuntamente (el primer párrafo del art. 28 CP habla de realizar el hecho "conjuntamente"). En un sentido amplio, se podría decir que el hecho lo realizan todos los que intervienen en él. Pero aquí nos referimos a la estricta realización del hecho típico, en el sentido del concepto restrictivo de autor. La coautoría supone la autoría de un conjunto de personas, ninguna de las cuales por sí sola resulta autora del hecho; si hay varios autores, pero cada uno de ellos cumple en sí individualmente los requisitos de la autoría, estaremos ante un caso de pluriautoría, distinto de la coautoría (sobre la coautoría, v., en general, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 651 ss. y passim; PÉREZ ALONSO, 1998; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, 2002).

4.3.2. Caracterización (elementos)

Ya vimos en su momento que la teoría objetivo-formal no resultaba convincente. Dada la creciente aceptación en nuestra doctrina de la teoría del dominio del hecho, en concreto y en lo que se refiere a la coautoría, del criterio del dominio funcional del hecho, y dado que este es el criterio que maneja con muchísima frecuencia la jurisprudencia reciente del TS (v., entre otras muchas, STS, Sala 2ª, 1320/1997, de 4 de noviembre, Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater; STS, Sala 2ª, 903/1998, de 2 de julio, Ponente: D. Eduardo Móner Muñoz; STS, Sala 2ª, 1011/1998, de 17 de octubre, Ponente: D. Enrique Bacigalupo Zapater; Auto TS, Sala 2ª, 1565/2000, de 7 de julio, Ponente: D. Andrés Martínez Arrieta, STS, Sala 2ª, 1240/2000, de 11 de septiembre, Ponente: D. Cándido Conde-Pumpido Tourón), expondré los elementos que esta concepción considera caracterizadores de la coautoría, aunque discreparé de alguno de ellos, para exponer la concepción más restrictiva que sustento y que también ha ganado bastante adeptos en nuestro país. Para la teoría del dominio funcional del hecho (el dominio compartido se deriva para cada sujeto de la función que realiza en el hecho) es coautor quien, en el marco de un acuerdo o plan común con división de funciones, aporta una contribución esencial al hecho en fase ejecutiva; los elementos esenciales de la coautoría son por tanto tres: el acuerdo o plan común, la esencialidad de la contribución del sujeto y la prestación de la contribución en fase ejecutiva.

4.3.2.1. El acuerdo o plan común

El primer elemento, el plan o acuerdo común entre los sujetos, se concibe de distintas maneras, pero la mayoría de los autores se conforma con una especie de "conocimiento o dolo común", es decir, con que cada sujeto sepa que está actuando junto a otros y lo que realiza cada cual. En mi opinión, tal acuerdo mínimo (que, como se deriva de lo señalado, no requiere ser expreso ni previo, sino que puede ser tácito y simultáneo, y que estimo que habría que concebir como acuerdo sobre la realización de la acción descuidada en la coautoría imprudente) es efectivamente un requisito de la coautoría: primero, en la coautoría dolosa, porque nadie puede responder a título de dolo por lo que no conoce o no quiere (esto ocurre también en las formas de participación: un partícipe no puede responder por hechos del autor que no conoce); pero además, en la coautoría dolosa y en la imprudente, ese acuerdo permite que cada coautor responda no sólo por lo que hace él, sino también por lo que hacen los otros coautores. Más concretamente, el acuerdo, unido a la división de funciones o a la acumulación de esfuerzos, es lo que permite hablar de una acción conjunta de varias personas, que forma una unidad superior a las acciones individuales de cada una de ellas, y esa acción conjunta es básica en la coautoría, en la que se produce una imputación recíproca entre los coautores.

Pero que el acuerdo sea necesario, no significa que sea suficiente, pues de acción conjunta por el acuerdo y la división del trabajo o acumulación de esfuerzos se puede hablar también en supuestos de coparticipación (cuando lo que se realiza conjuntamente sea una acción de participación), e incluso en los supuestos en que intervienen diversos sujetos, uno o varios como autores y uno o varios como partícipes, podría hablarse de una superior acción conjunta que comprendería todo el proceso delictivo. Por tanto, será importante que la acción conjunta que se realice sea de autoría (o sea, se trate de la acción –o acciones- típica nuclear).

4.3.2.2. La esencialidad de la contribución del sujeto

Dato fundamental para afirmar la coautoría según la concepción que comentamos es que la contribución del sujeto sea esencial para el conjunto del hecho. La esencialidad de la contribución se da, según la versión más perfilada de esta doctrina, cuando el sujeto, retirando su contribución, desbarata todo el plan común, hace que no se realice el delito (lo que le da el dominio sobre el mismo). Obsérvese que se pide algo más que el poder de interrupción del delito, que tendría todo partícipe o incluso terceros ajenos al delito, por ejemplo, llamando a la policía: sólo es esencial la contribución si la interrupción se produce con la sola retirada de aquélla.

Esta idea ha sido sometida a diferentes críticas, la más importante de las cuales me parece la de que el dominio así configurado es un dominio (meramente) negativo, es decir, que puede decidir la no producción del delito, pero no su

producción, cosa que sólo pueden hacer las acciones que determinan positivamente el hecho y por tanto se enfrentan más directamente a la norma y son las de auténtica autoría. La exigencia de dominio negativo y no positivo conduce a una extensión del concepto de autor, reconocida por algunos defensores de la idea del dominio funcional, que hace perder en gran parte las ventajas de un concepto auténticamente restrictivo de autor.

4.3.2.3. Prestación de la contribución en fase ejecutiva

El requisito de que la contribución al hecho se realice en fase ejecutiva es minoritario (aunque exigido por autores muy cualificados) entre los partidarios de la teoría del dominio del hecho, si bien en España es mayoritariamente exigido por los defensores de la misma. Ciertamente esta exigencia responde al loable intento de poner límites a la extensión del concepto de autor que provoca el requisito anterior y de no alejar demasiado la coautoría del tipo.

Sin embargo, ello es contradictorio con el requisito anterior (hay acciones muy esenciales en la fase preparatoria que darían al sujeto un claro dominio funcional –negativo- del hecho) y no tiene en cuenta tampoco la diferencia entre acciones en fase de ejecución con dominio negativo del hecho, acciones ejecutivas y, sobre todo, acciones que suponen determinación (o dominio) positiva del hecho.

4.3.2.4. La realización conjunta de la acción típica y la determinación positiva conjunta del hecho

El criterio que me parece adecuado para caracterizar la coautoría es el de la realización conjunta o compartida de la acción (o acciones) típica nuclear, que se concreta con el material de la determinación (o dominio) positiva conjunta o compartida del hecho. Será acción de coautoría la acción típica nuclear realizada conjuntamente por varias personas, lo que, especialmente en los delitos puramente resultativos, significará acción conjunta que determine (o, si se prefiere, que domine) positivamente (y no de modo meramente negativo) el hecho. Se trata de la misma acción que sería de autoría en un autor individual, pero realizada por varios, no pudiendo decirse de la acción de cada uno de ellos que por sí sola sea de autoría, sino sólo de la acción conjunta (que, para ser tal, supone la existencia de acuerdo y reparto o división de funciones o acumulación de esfuerzos): así, por ejemplo, varios, acordados y con ánimo de matar, asestan a un sujeto varias puñaladas, ninguna de las cuales es por sí sola mortal, pero sí lo es el conjunto (y sólo el conjunto) de las heridas producidas.

Desde esta perspectiva, el campo de la coautoría se restringe considerablemente frente a otras concepciones. Así, por ejemplo, el "jefe de la banda" que se limita a dar instrucciones sobre la forma de realizar el delito, aunque sea en la fase ejecutiva, pero no hace más que eso, no será coautor del delito, sino cooperador necesario en el mismo –en los casos, claro está, en que no sea autor

mediato por otras razones-; tampoco serán de coautoría supuestos a menudo calificados de tal, como el del mero vigilante en un robo o los de la mal llamada coautoría alternativa y aditiva. Todo ello no da lugar, desde mi punto de vista, a consecuencias materiales insatisfactorias en un CP que, como el español contiene una figura de participación, la cooperación necesaria, castigada con la misma pena que la autoría.

4.3.3. Otras cuestiones relativas a la coautoría

4.3.3.1. Combinaciones entre coautoría y autoría mediata

Caben combinaciones entre la autoría mediata y la coautoría: un sujeto utiliza como instrumento a varios que actúan conjuntamente para cometer el hecho, o varios sujetos acordados (y tan sólo mediante la actuación de todos ellos sobre el instrumento o instrumentos; a este caso es al que más propiamente se le podría denominar coautoría mediata) realizan el hecho a través de una o varias personas que actúan como instrumento.

4.3.3.2. Excesos y desviaciones de un coautor

Los excesos de un coautor, y también los casos de desviación en el objeto y similares, respecto de lo acordado no abarcados por el dolo (siquiera eventual) de los demás coautores no pueden imputarse a los mismos. Es posible que en algunos casos el exceso o la desviación pueda ser imputado a título de imprudencia a todos o algunos coautores, pero ello dependerá de factores en cuyo análisis no podemos adentrarnos aquí.

4.3.3.3 Comienzo de la tentativa del coautor y coautoría sucesiva

La tentativa de cada coautor comienza, según una postura, con el comienzo de ejecución de cualquiera de los coautores (solución global o conjunta), mientras que otra postura, que me parece más acertada, sostiene que la tentativa de cada coautor sólo comienza con el comienzo de ejecución de su propia aportación al hecho (solución individual); la defensa de esta segunda postura no implica necesariamente la impunidad de quienes no lleguen a actuar, pues los mismos pueden ser castigados en la mayoría de los casos como cooperadores necesarios (psíquicos o morales, casi siempre) en el hecho (normalmente una tentativa de delito) que otro u otros han comenzado a ejecutar, o, si no, en ocasiones, cuando la ley prevea expresamente el castigo de ese acto preparatorio para el delito de que se trate, como responsables de conspiración para el delito en cuestión.

Una vez comenzada la ejecución, incluso por todos los coautores, y antes de la consumación, todavía cabe la entrada en escena de nuevos coautores (coautoría sucesiva), siempre, claro está, que se den los requisitos (objetivos y

subjetivos) de la coautoría (no podemos detenernos aquí en las matizaciones y problemas relativos a la coautoría sucesiva).

4.3.4. Peculiaridades de la coautoría en los delitos especiales

En los delitos especiales puede darse la realización conjunta o compartida de la acción (o acciones) típica nuclear, con determinación conjunta o compartida del hecho, entre un *intraneus* y un *extraneus* (o sea, en sentido material, coautoría). En mi opinión, al *intraneus* se le castigará como autor del delito especial (salvo que, excepcionalmente, en un delito especial impropio, resulte preferible en virtud de las reglas de solución del concurso de leyes la calificación como cooperador necesario del delito común correspondiente, cosa que no ocurrirá casi nunca).

El tratamiento del *extraneus* debe ser, a mi modo de ver, el siguiente: en los delitos especiales propios no cabe calificarlo de autor de delito alguno, pero sí de cooperador necesario, partícipe castigado con la misma pena que el autor en sentido estricto (quizá puedan considerarse además, en ocasiones, circunstancias modificativas genéricas), en el delito especial del *intraneus*, pues toda coautoría (en el sentido material), por ser realización conjunta de la acción (o acciones) típica nuclear, supone coejecución (aunque no viceversa: la realización de actos ejecutivos no siempre supone coautoría; no la supone cuando se trate de actos ejecutivos no típicos), y, más aún, realización de acciones que por estar incorporadas al tipo son *ex lege* necesarias para su realización, y con ello cooperación necesaria. En los delitos especiales impropios, el *extraneus* podrá ser calificado como autor del delito común paralelo al especial y como cooperador necesario (en el CP 1944/73, como cooperador ejecutivo) en el delito especial; ambas calificaciones suponen un concurso de leyes, cuya solución dependerá sobre todo del sentido del delito especial y casi siempre (aunque no necesariamente siempre) llevará a preferir la calificación que suponga mayor pena para el *extraneus* (sin detenernos aquí en cuál de las reglas de solución del concurso de leyes resulta de aplicación en cada caso, ni en la posibilidad de aplicar, en ocasiones, circunstancias modificativas genéricas, que, de tratarse de atenuantes, podrían serlo por analogía, en línea con lo mantenido al tratar de la participación en delitos especiales en el tema correspondiente).

4.4. La llamada autoría accesoria

Aunque bajo el nombre de autoría accesoria se agrupan a menudo supuestos muy variados y la terminología resulta por tanto confusa, los casos clásicos van referidos normalmente a delitos de resultado en que la producción del resultado la determina el conjunto de acciones de dos o más personas que, sin embargo, no son coautores por faltar el acuerdo (en sentido amplio) entre ellos. Aunque no siempre se hace esta restricción, creo que habría que excluir los casos en que uno de los actuantes conoce la actuación de los demás (y no a la inversa), pues en ellos se puede construir a menudo una autoría inmediata o mediata de ese actuante respecto del delito consumado (doloso, si se dan los requisitos del dolo,

siquiera sea eventual). El ejemplo característico de autoría accesoria es el de dos sujetos que, sin saber nada el uno del otro, vierten, con ánimo de matar a un tercero, cada uno una cantidad insuficiente de veneno en una taza de café, resultando mortal para la víctima la suma de ambas cantidades. La cuestión es si ambos responden como autores de una asesinato consumado o no.

Como puede comprobarse por el ejemplo, estos supuestos no constituyen en realidad una forma diferente de autoría ni un problema de autoría. En realidad se trata de un problema de imputación objetiva del resultado a la acción de cada sujeto (puesto que no puede hablarse de una acción conjunta en el sentido de la coautoría). La solución es que a ninguna de las dos conductas, que son sin duda causales para el resultado, se le puede imputar objetivamente el resultado, resultando por tanto cada sujeto autor de una tentativa inidónea (en mi opinión, punible) de asesinato. En algún supuesto excepcional se podría afirmar la responsabilidad de alguno de los sujetos por delito imprudente (en concurso ideal, seguramente, con la tentativa dolosa), por darse imputación objetiva del resultado al comportamiento simultáneamente descuidado del sujeto (por ejemplo, por existir un riesgo previsible de que se produjera la otra conducta).

Algo más compleja parece la resolución de los casos similares en los delitos imprudentes. No se trata de los supuestos en que, con acuerdo (en sentido amplio y sobre la propia acción descuidada, no sobre el resultado), los sujetos realizan conjuntamente la acción imprudente determinante, o en los que existe un deber específico (añadido al general de cuidado) conjunto que afecta por igual a los componentes de un grupo de personas y es desatendido imprudentemente por todos ellos, pues éstos serían supuestos de coautoría imprudente. Se trata de otros supuestos de concurrencia de culpas, en los que no existe acuerdo sobre la realización de la acción imprudente, sino que hay acciones imprudentes aisladas y concurrentes de diversas personas. En estos supuestos habrá que analizar qué conductas son determinantes del hecho y, por tanto, de autoría, y cuáles meramente favorecedoras y, por ello, de participación (impune en mi opinión, como veremos más adelante), y, entre las primeras, a cuál o cuáles les es imputable objetivamente el resultado (aquellas a las que no les sea imputable serán impunes, salvo que encajen en la descripción típica de un delito de peligro), siendo más frecuente en los hechos imprudentes que en los dolosos el que el resultado pueda imputarse a todas o a varias de las conductas concurrentes, si bien el hecho de ser varias podrá influir en la determinación de la gravedad de la imprudencia de cada una de ellas.

Del mismo modo que se habla de autoría accesoria, cabe hablar de participación accesoria (será relevante la dolosa, pues considero que la participación imprudente no se castiga). Así, por ejemplo, cuando dos sujetos por separado y sin saber uno de otro inducen a un tercero a la comisión de un delito y es la incitación de ambos (y no la de uno solo de ellos, que resultaría insuficiente) la que mueve al tercero a cometerlo. En estos casos, cuando de cada sujeto no se pueda afirmar la participación (de la clase que sea), habrá que analizar si su

conducta encaja en alguno de los actos preparatorios que resultan punibles en los delitos en que el CP así lo determine expresamente (cosa que, obviamente, no siempre sucederá).

5. La autoría en el Código Penal

Dada la estrecha conexión entre la autoría y el tipo en la concepción que aquí se defiende (y, en principio, en cualquiera que parta de un concepto restrictivo de autor), me parece que la autoría (en cualquiera de sus clases) se contiene en cada uno de los tipos de la parte especial.

La novedad del CP vigente consiste en haber introducido una definición (inexistente en el CP anterior) de la autoría, concretamente de sus tres formas. Como sabemos, el primer párrafo del art. 28 CP reza: "Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento". El precepto se referiría, por tanto (aunque sin darles nombre), a la autoría inmediata individual, a la coautoría y a la autoría mediata.

Personalmente creo innecesaria la definición de la autoría y sus formas en el CP, pues, si la autoría (cualquier forma de autoría) es estricta realización del tipo (de cada uno de los tipos de la parte especial), la misma (en cualquiera de sus formas) se deriva directamente de los tipos de la parte especial, por lo que el citado párrafo del art. 28 tendría un carácter meramente declarativo y no constitutivo. Sin embargo, otro sector doctrinal ha alegado en defensa de una mención expresa de las formas de autoría en un precepto de la Parte general, en especial de la autoría mediata, el que de ese modo se salvan los problemas que de *lege lata* plantea al principio de legalidad el reconocimiento de la autoría mediata. Efectivamente, tales problemas se producen en algunos tipos (no en muchos otros), en los que el tenor literal posible impide encajar en él la realización de acciones a través de otra persona instrumental (así, en los delitos de propia mano o en algunos delitos con modalidades limitadas de acción o, en casos de autoría mediata de *extranei*, en los delitos especiales propios). A menudo ello se debe a una defectuosa redacción de los tipos de la Parte especial. Pero creo que tales problemas se siguen produciendo por mucho que un precepto de la Parte general declare que es autor el que realiza el hecho a través de otro del que se sirve como instrumento, pues, por ejemplo, el *extraneus* que se sirva de un juez para que éste dicte una sentencia injusta seguirá sin realizar una prevaricación.

Sin embargo, aunque la mención de las formas de autoría resulte estrictamente innecesaria, quizá sí sea conveniente por otra razón: fundamentalmente para dejar claro de una vez y para siempre que la autoría mediata (menos dudas han existido respecto de las otras formas de autoría, aunque alguna quizá en relación con la coautoría) es una forma de auténtica autoría, acabando con algunas reticencias jurisprudenciales al respecto (aunque muchas STS manejan correctísimamente la figura de la autoría mediata) y quizá con cierto

entendimiento, a veces no explícito, de algunos autores de la autoría mediata como forma de ampliación de la autoría restrictiva o en sentido estricto.

Por otro lado, la mención expresa de la coautoría no habría sido imprescindible si se hubiera mantenido la fórmula empleada para definir la autoría por los Proyectos y Anteproyectos (no así por el Borrador de Parte General de 1990, que contiene la misma formulación del CP vigente) de CP que se sucedieron en España durante muchos años hasta la aprobación del CP vigente, fórmula que hacía referencia a la realización del hecho por sí o a través de otro del que se sirven como instrumento, pues la realización conjunta no deja de ser realización inmediata (coautoría inmediata) o mediata (coautoría mediata). Pero al haber introducido la referencia a la realización del hecho por sí solos, la primera de las figuras definidas por el CP no es ya la de la realización inmediata (autoría inmediata individual –y pluriautoría- y coautoría inmediata), sino la de la realización inmediata individual (autoría inmediata individual y pluriautoría), debiendo completarse por tanto la definición de las formas de autoría con la mención de la realización conjunta del hecho, para abarcar la coautoría.

Las demás menciones a "los autores" en los preceptos del CP que se refieren a la codelincuencia o que determinan la pena que corresponde a los distintos intervinientes en el delito no son sin embargo precisas en la utilización de ese término "autores", pues abarcan tanto a los que "son" autores según la declaración del primer párrafo del art. 28 CP que acabamos de examinar, como a los intervinientes que, a continuación, el art. 28 preceptúa que "también serán considerados autores", es decir, los inductores y los cooperadores necesarios (que serían, por tanto, y junto a los cómplices del art. 29, partícipes). Respecto de la confusión que puede seguir propiciando la segunda parte del art. 28 ya hemos realizado alguna consideración y, desde luego, habría sido preferible (seguramente en artículo aparte) una fórmula como la del art. 26 del Borrador de Parte General de CP de 1990: "también serán castigados como autores", que, aunque tampoco es del todo clara, parece contener una referencia más penológica, que prejuzga menos la naturaleza de las figuras; y mejor aún hubiera sido una fórmula del tipo "serán castigados con la pena del autor" o simplemente una definición de cada figura y una referencia a su pena entre las reglas de determinación de la pena. Pero no ha sido así y, como he señalado, diversos preceptos se refieren a los "autores" comprendiendo todas las figuras del art. 28 CP. Así los arts. 27 ("Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices"), 30.2 ("Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada..", en los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos), 61 ("Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada"), 62 ("A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado") y 63 ("A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito", si bien este precepto podría entenderse igualmente la referencia a

los autores como a los que lo son en sentido estricto) CP; y lo mismo sucede con la utilización de la palabra "autores" en algunos preceptos de la parte especial como los de los arts. 298 y 300 CP, referentes a la receptación y el del art. 451 CP, que tipifica el encubrimiento (sobre la autoría y la participación en el CP, v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1996, 1283 ss.).

Más abajo se hará somera referencia al régimen especial de autoría y participación en los delitos y faltas cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos (art. 30 CP) y al actuar por otro (art. 31 CP).

6. Imprudencia y autoría y participación

Un sector doctrinal del que forman parte partidarios de la teoría del dominio del hecho defiende en nuestro país la imposibilidad de distinguir entre autoría y participación en los delitos imprudentes, sosteniendo para ellos un concepto unitario de autor. Sin embargo, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia españolas distinguen, con razón, entre autoría y participación en los delitos imprudentes, en atención a criterios diversos; el aquí defendido de la determinación objetiva y positiva del hecho es idóneo para ello.

Aunque no es opinión absolutamente pacífica, caben todas las formas de autoría en los delitos imprudentes, si bien, como ha puesto de manifiesto HERNÁNDEZ PLASENCIA (1996, 61), la definición de la autoría mediata contenida en el primer párrafo del art. 28 CP plantea algunos problemas en relación con los delitos imprudentes, debido a la utilización del verbo "servirse" y (aunque es menos problemática) de la expresión "por medio de". Sin embargo, no es imposible interpretar esa fórmula en un sentido objetivo que permita comprender en ella también la autoría mediata imprudente (o, si no, podría derivarse ésta de los tipos imprudentes de la parte especial o encuadrarse en alguna de las otras formas de autoría del primer párrafo del art. 28 CP).

Dentro del sector mayoritario que admite la distinción entre autoría y participación en los hechos imprudentes, se discute si la participación imprudente es punible. Para una primera opinión, lo es conforme a las reglas generales de castigo de las formas de participación. MIR PUIG (1998, 368 ss.) sostiene una tesis intermedia, según la cual son punibles las formas de participación equiparadas en pena a la autoría, es decir, la inducción y la cooperación necesaria, pero no la complicidad. Por fin, un grupo considerable de autores, encabezados sobre todo por LUZÓN PEÑA (1989, 902 ss., con ulteriores referencias), sostiene que la participación imprudente es impune. Me parece acertada esta última posición, que puede sustentarse en diversos argumentos, como la implícita exigencia de dolo en la inducción punible del art. 28, párrafo segundo, CP, o derivados de la exigencia de tipificación expresa de los hechos imprudentes contenida en el art. 12 CP (esta última línea argumental me parece planteable, aunque discutible y no rotunda), pero sobre todo argumentos de índole más bien políticocriminal, como la interpretación restrictiva que debe hacerse de los preceptos reguladores de las

formas de participación en sentido estricto (que son ampliatorios de la tipicidad y, por tanto, de la punibilidad), la menor gravedad del delito imprudente frente al doloso, que aconseja una interpretación restrictiva de aquél, y el carácter excepcional del castigo de hechos imprudentes en el CP. Naturalmente, cuando se estime que es necesario el castigo de una forma de participación imprudente en determinado delito, por su especial necesidad y merecimiento de pena, el legislador puede realizar una previsión específica tipificando (excepcionalmente) esa conducta.

Dado que hemos considerado no punible la participación imprudente en hechos imprudentes, tampoco será punible la participación imprudente en hechos dolosos. Muchos supuestos de intervención dolosa en hechos imprudentes van a suponer autoría mediata de un delito doloso por parte de quien actúa con dolo (en general, sobre la autoría y la participación en hechos imprudentes, v. LUZÓN PEÑA, 1989, 889 ss.; PÉREZ MANZANO, 1999; ROSO CAÑADILLAS, 2002).

7. Autoría y participación en delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos

El art. 30 CP contiene un régimen especial de sanción de la autoría y la participación (también del encubrimiento) en los delitos cometidos mediante medios o soportes de difusión mecánicos: "1. En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente./2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:/1º. Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo./2º. Los directores de la publicación o programa en que se difunda./3º. Los directores de la empresa editora, emisora o difusora./4º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora./3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior".

No es posible entrar aquí en los detalles del origen histórico y de los diversos problemas que plantea este régimen especial. Baste decir que se trata de un régimen privilegiado (no se castiga ni la complicidad ni el encubrimiento en estos delitos, sino sólo la autoría, la inducción y la cooperación necesaria, pero de modo escalonado y excluyente, de manera que si, por ejemplo, se castiga al autor del texto y, en su caso, al inductor, ya no se castigará al cooperador necesario, aunque sea el director de la publicación, y, desde luego, no se castigará a ningún cooperador necesario que no reúna la cualidad personal de uno de los tres últimos números del art. 30.1 –y ello, de manera escalonada y excluyente-) en el que no se castiga a nadie por el puesto que ocupa en la publicación, programa o empresa,

sino sólo cuando se trate de un autor, inductor o cooperador necesario y, si la responsabilidad llega al correspondiente escalón, además se encuentre en una de las posiciones citadas. Aunque el citado régimen de privilegio cuenta con prestigiosos valedores, cada vez somos más quienes creemos que hoy en día no tiene justificación (o, al menos, no la tiene en sus términos actuales); la frecuente apelación a la protección de la libertad de expresión e información que supone me parece que hoy no puede convencer, pues en nuestro régimen político actual ésta está garantizada por otras vías, y los propios principios limitadores del *ius puniendi* (especialmente los de responsabilidad personal y subjetiva) evitan de modo suficiente excesos punitivos en ese ámbito (sobre autoría y participación en "delitos de imprenta", v. VIVES, 1977; GÓMEZ TOMILLO, 1998).

8. El actuar por otro o por persona jurídica

El art. 31 CP establece: "El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre". Tampoco es posible entrar aquí en detalles y señalaré solamente que esta previsión legal no fundamenta el castigo sin más de administradores de personas jurídicas (o representantes de personas físicas que, por ejemplo, se constituyan como empresario individual) por los delitos cometidos en el seno de la persona jurídica (por ejemplo, una empresa), como en ocasiones sostuvo erróneamente el TS sobre todo en alguna sentencia en materia de medio ambiente. El precepto citado lo único que hace es "transmitir" o suplir en el administrador o representante, que carece de ella, la característica propia de un delito especial que concurre en la persona jurídica de la que se es administrador o en la persona física en cuyo nombre o representación se actúa, pero, para que el administrador o representante responda como autor del delito, deberá realizar la conducta propia de la autoría. De no existir este precepto, se producirían importantes lagunas de punición, pues el administrador o representante que comete un delito especial no respondería penalmente por él ni como autor (al no concurrir en él la cualidad especial requerida por el tipo) ni, en virtud del principio de accesoriedad limitada de la participación, como partícipe (al no ser la persona jurídica –que en cualquier caso no responde penalmente- o el representado o persona en cuyo nombre se actúa autor del delito) (sobre el actuar por otro, v. GRACIA MARTÍN, 1985 y 1986, entre otros trabajos de este autor).

SEGUNDA PARTE: PARTICIPACION

1. Introducción

La participación es la materia que, junto a la autoría, se estudia al tratar la codelincuencia. En el tema dedicado a la autoría ya se han analizado algunas

cuestiones relativas también a la participación, como su distinción de la autoría, la relativa a la participación imprudente (impune en mi opinión) o el régimen especial de la autoría y la participación en delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, sobre las que no se insistirá aquí.

Partícipes son los sujetos que intervienen en un delito, sin ser autores del mismo (es decir, desde la caracterización de la autoría que aquí se sostiene, sin realizar la acción típica nuclear, sin determinar objetiva y positivamente el hecho), siempre y cuando sus conductas estén recogidas en alguno de los preceptos del CP que describen formas de participación. Esa intervención en el delito puede revestir diversas modalidades, como se ve al analizar las formas de participación, pero todas tienen en común el fomentar, facilitar o favorecer (o incluso posibilitar) la realización del hecho típico del autor.

2. La naturaleza de los preceptos sobre participación

Desde la perspectiva de un concepto restrictivo de autor, resulta claro que, de no preverse en un precepto de la Parte general el castigo de ciertas formas de participación (en sentido estricto), éstas no encajarían en los tipos de la Parte especial (que hablan de matar, tomar cosa mueble ajena, etc. y no de inducir o ayudar a matar, a tomar cosa mueble ajena, etc.) y, por tanto resultarían impunes por atípicas. En consecuencia, los preceptos de la Parte general que se refieren al castigo de las formas de participación (en el CP español, el segundo párrafo del art. 28 y el art. 29 –con los correspondientes relativos a la determinación de la pena-), que hay que poner en conexión con los tipos de la Parte especial en cada caso, son causas de extensión de la tipicidad y por tanto de la punibilidad.

3. Fundamento del castigo de la participación

Las opiniones en torno a ese fundamento pueden englobarse en dos grupos (sobre dicho fundamento, v. RUIZ ANTÓN, 1980, 47 ss.; 1982, 189 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, 113 ss.):

3.1. Teorías de la corrupción o de la culpabilidad

Las teorías de la corrupción o de la culpabilidad consideran que se castiga al partícipe por corromper al autor o por fomentar su culpabilidad. Creo que estas teorías son rechazables por referirse a una corrupción moral que para nada debe interesar al Derecho penal, o por incidir en el fomento de la culpabilidad, siendo ésta un elemento del delito de carácter personal, propio del autor (y, en general, de cada interviniente) y no tanto del hecho en sí (aunque referida al hecho), cuya existencia o ausencia no debe determinar el castigo del partícipe (de ahí que vayamos a optar por la accesoriedad limitada y no la máxima; cuestión distinta, a la que se hace referencia en el tema dedicado a la autoría, es la de la influencia que la ausencia de culpabilidad del autor inmediato puede tener en la conversión de la conducta de otro interviniente en autoría mediata).

3.2. Teorías de la causación o del favorecimiento

Las teorías de la causación o del favorecimiento (en concreto las orientadas a la accesoriedad) fundamentan el castigo del partícipe en que éste, con su actuación, fomenta o favorece (o incluso posibilita) la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico por el autor, al margen de que éste obre de modo culpable o inculpable. En definitiva, el fundamento sería el fomento del injusto típico (lo que excluiría del castigo el fomento de acciones justificadas; por ello, los partidarios de la accesoriedad mínima de la participación no compartirían este fundamento tal y como aquí se ha expuesto, sino que deberían hablar de fomento del hecho típico del autor, aunque no sea antijurídico). Existen diferentes variantes de estas teorías, que no detallaremos aquí, aunque algunas son especialmente sugerentes.

Aunque las teorías de la causación o del favorecimiento son mucho más correctas que las de la corrupción o de la culpabilidad, es importante hacer una precisión, a la que se refieren bastantes partidarios de las primeras: si bien la existencia de un injusto del autor es un requisito para el castigo del partícipe (desde el punto de vista del concepto restrictivo de autor con aceptación de la accesoriedad limitada de la participación), no hay que olvidar que el partícipe realiza un injusto propio y, al menos en parte, independiente del autor (como lo demuestra, p. ej., el hecho de que, en ocasiones, la conducta del partícipe pueda estar justificada sin estarlo la del autor); el partícipe responde, por tanto, por su propio hecho injusto (favorecedor del autor, lo que explicaría la accesoriedad –con los límites que veremos- de la responsabilidad del partícipe respecto de la del autor) y no exclusivamente por el hecho de otro (si respondiera exclusivamente por el hecho de otro, se estaría vulnerando el principio de responsabilidad personal que limita el *ius puniendi).*

4. La accesoriedad de la participación

Por accesoriedad se entiende una cierta relación de dependencia del partícipe respecto del autor; que entre la conducta de uno y otro existe una cierta relación de accesoriedad o dependencia fáctica es algo difícilmente negable y por tanto admitido incluso por los partidarios del concepto unitario de autor, pero ha de tenerse en cuenta que tal dependencia existe también entre diversas clases de autores (el mediato respecto del inmediato, o los coautores entre sí) o incluso del autor respecto del partícipe (p. ej., el autor respecto de la aportación del cooperador necesario). Por tanto no es ésta la accesoriedad que aquí interesa, sino la que consiste en una cierta relación de dependencia jurídica. Pero, ya en este plano, se habla de accesoriedad en diferentes sentidos (sobre la accesoriedad, v. PEÑARANDA, 1990):

4.1. La accesoriedad cuantitativa y el desistimiento del partícipe

Cuando se habla de accesoriedad cuantitativa o externa, se trata de decidir qué grado de desarrollo en el *iter criminis* ha de haber alcanzado el hecho del autor para que la participación en él sea punible. Existe acuerdo en que el hecho del autor ha de haber alcanzado la fase ejecutiva, es decir, debe tratarse de un hecho que haya llegado al menos al grado de tentativa de delito. Esta cuestión no debe confundirse con la de la punibilidad de las formas de participación no consumadas (cosa distinta por tanto de la participación en hechos no consumados), que no es punible en cuanto tal, sino sólo en tanto encaje en alguno de los actos preparatorios punibles en los casos en que la ley prevea expresamente su castigo.

En relación con el grado de desarrollo del delito del autor, se puede señalar que, mientras el mismo no esté consumado, cabe desistimiento voluntario del partícipe, que le eximirá de responsabilidad penal cuando reuniera determinados requisitos. Tales requisitos se recogen en el art. 16.3 CP, siendo una novedad del vigente CP su regulación expresa: "Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta". Hay que reconocer la buena intención del legislador al regular expresamente la cuestión, pero el precepto en que lo ha hecho es criticable en múltiples sentidos, especialmente la desigualdad material respecto de lo exigido en el número 2 del mismo precepto (con mayor detenimiento, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1996, 1288).

4.2. La accesoriedad cualitativa

Cuando se habla sin más de accesoriedad, se hace referencia a la accesoriedad cualitativa o interna, en la que se pregunta cuáles de los elementos del delito han de concurrir en el hecho del autor para que sea punible la participación en él. Al respecto se han defendido diversas posturas (aunque la denominación de cada una de ellas a veces varía), siendo las más importantes:

a) Accesoriedad máxima: el autor ha de realizar una conducta típicamente antijurídica y culpable. Esta concepción de la accesoriedad es rechazable, pues, como sabemos, la culpabilidad es un elemento personal del delito, cuya concurrencia o ausencia en el autor no puede determinar el castigo o la impunidad del partícipe (aunque la culpabilidad o la falta de ella de un sujeto pueda tener influencia en la determinación de la forma de intervención de otro, como puede suceder en relación con la autoría mediata).

b) Accesoriedad mínima: basta con que el hecho del autor sea típico (en el sentido de que encaje en el tipo estricto o positivo), aunque esté justificado. Esta postura,

rechazada durante mucho tiempo de forma general, se defiende en España recientemente por un sector minoritario encabezado por BOLDOVA (1995). Pero, en mi opinión, la misma no debe aceptarse, porque el favorecer hechos justos, o sea no prohibidos ni desvalorados por el Derecho, no puede ser a su vez jurídicamente desvalorado y prohibido (y tampoco debe, como norma general, el Derecho penal castigar la participación en hechos antijurídicos, pero atípicos, como lo son, entre otros, aquellos en que concurre una causa de atipicidad, aunque la misma no sea a la vez causa de justificación).

c) Accesoriedad limitada: exige que el hecho del autor sea típicamente antijurídico, con independencia de que sea además culpable (o incluso punible, como pediría la concepción extrema de la accesoriedad que no mencionaremos separadamente aquí). Esta es la concepción casi unánime dentro del concepto restrictivo de autor hoy en día y es la que mejor responde al que se ha considerado el fundamento correcto de la participación, y la que dota al concepto restrictivo de autor de sus principales ventajas. Algunos autores creen ver recogida la idea de la accesoriedad limitada en la palabra "hecho", que significaría hecho típico y antijurídico, que utilizan los arts. 28 y 29 CP; en mi opinión, ésa no es la única interpretación posible de la palabra "hecho", aunque, partiendo de una interpretación del CP en el sentido del concepto restrictivo de autoría, sí convenga leerla así.

5. Las formas de participación en el Código Penal

Aunque el art. 27 CP declara responsables criminalmente de los delitos y faltas a los autores y a los cómplices, no es la complicidad o cooperación no necesaria del art. 29 la única forma de participación reconocida en nuestro Derecho. Como se señala en el tema dedicado a la autoría, las figuras de la inducción y la cooperación necesaria de las letras a) y b) del segundo párrafo del art. 28 CP son también formas de participación, sometidas por tanto, como la complicidad, al principio de accesoriedad, aunque castigadas con la misma pena del autor. El propio tenor de ese párrafo, que señala que "también serán considerados autores", frente al "son autores" del primer párrafo del mismo art. 28 refuerza el carácter de participación de la inducción y de la cooperación necesaria, si bien, como se explica en el tema dedicado a la autoría, hubiera sido deseable mayor claridad (piénsese que aún hoy se encuentran numerosas STS en que se califica de coautor al cooperador necesario; v., a modo de ejemplo, STS, Sala 2ª, 1407/2001, de 16 de julio, Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel). Las referencias a los autores en los arts. 27, 30, 61 y 62 CP han de entenderse referidas tanto a los que lo son en sentido estricto como a los partícipes equiparados en pena al autor (inductor y cooperador necesario). La existencia de figuras de participación equiparadas en pena a la autoría, en especial la cooperación necesaria permite un tratamiento penal materialmente satisfactorio de la codelincuencia, sin necesidad de ampliar o extender el concepto de autor (sobre todo en la coautoría).

Debe considerarse un acierto la eliminación en el vigente CP de la antigua mención de los encubridores entre los responsables criminalmente de los delitos y

faltas, pues el encubrimiento no es una forma de participación. Sin embargo, me parece desafortunada la supresión en nuestro CP de la antigua figura de tomar parte directa en la ejecución del hecho (con ésta o, mejor, otra redacción) cuya naturaleza jurídica era muy debatida y que bastantes autores considerábamos una forma de participación en sentido estricto, la cooperación ejecutiva, si bien esa forma de intervención encajará siempre (o casi siempre, por no ser tan tajante en una cuestión que requeriría ulteriores matizaciones) actualmente en la cooperación necesaria (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1996, 1285 s.).

5.1. La inducción

5.1.1. Concepto y naturaleza

La inducción, también denominada en ocasiones instigación, incitación o, de un modo incorrecto desde la perspectiva del concepto restrictivo de autor, autoría intelectual o moral, se recoge en la letra a) del segundo párrafo del art. 28 CP ("También serán considerados autores. A) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo" –scil. el hecho-), tratándose de una forma de participación en sentido estricto (sobre la mayoría de los problemas de la inducción, por lo que la cita no se reiterará, v. BALDÓ LAVILLA, 1989, 1091 ss.; GÓMEZ RIVERO; 1995).

El citado precepto no define la inducción, pero las definiciones doctrinales no difieren demasiado unas de otras: inductor es quien hace surgir en otro, mediante un influjo psíquico, la resolución de realizar como autor un delito, siempre y cuando el instigador no resulte autor mediato, puesto que la autoría mediata también puede consistir en hacer surgir en otro la resolución delictiva por influjo psíquico, aunque éste debe ser de tal entidad que convierta al sujeto de delante en instrumento del de atrás. Tratándose de la inducción en Derecho español probablemente habría que añadir ya en la definición la nota de su carácter directo, aunque, como se verá, la inducción indirecta, en mi opinión, también se castiga en ocasiones. Y, por supuesto, se pueden ofrecer definiciones más precisas de la inducción, en las que se contengan ya otros requisitos que se consideren esenciales de la misma; así, por citar un solo ejemplo, cuando GÓMEZ RIVERO (1995) insiste en subrayar, junto al aspecto causal de la inducción respecto del delito cometido, el elemento del incremento sensible del riesgo de comisión del delito que debe suponer la inducción, conectando así con la idea de imputación objetiva (lo que me parece acertado, siempre que se entienda que la imputación objetiva reviste, además de los comunes, caracteres específicos en la inducción respecto del resto de formas de intervención).

5.1.2. Caracteres

5.1.2.1. Grado de influencia en el inducido

El influjo causal de la instigación tiene que ser tal que haga surgir ex novo en el inducido la resolución de cometer el delito al que se le induce. Por tanto (y matizaciones al margen), si el sujeto al que se dirige la instigación estaba ya decidido a cometer el hecho (*omnimodo u omni modo factururs* o *alias facturus*), no puede hablarse de inducción, aunque la conducta instigadora podrá ser calificada de cooperación (necesaria o no) psíquica o moral (o, si no tiene influencia alguna en el autor, en su caso, de proposición). Lo mismo sucede si no se hace nacer la resolución del hecho base (que ya iba a cometer el sujeto), pero sí se aconseja realizarlo de determinado modo que hace que el hecho pase a ser agravado por una circunstancia modificativa genérica o a encajar en un tipo agravado (por ejemplo, el sujeto pensaba cometer un robo violento y se le aconseja que lo haga aprovechando una circunstancia de lugar o de tiempo que debilite la defensa del ofendido o facilite la impunidad del delincuente, o que utilice un arma).

Sin embargo (prescindiendo igualmente de matizaciones), habrá que admitir la inducción, aunque el inducido mostrara una cierta tendencia a la comisión de una clase de delitos, o aunque se mostrara decidido en general a cometer delitos, o cuando, estando decidido a cometer un delito concreto, la inducción hace que decida cometer otro que sea un *aliud* respecto del que se pensaba cometer, aunque se trate de delitos similares.

5.1.2.2. Imputación objetiva

Además de hacer nacer en el inducido la resolución delictiva, el resultado de la inducción ha de guardar una relación de imputación objetiva respecto de la propia actividad inductora. Así, si en un partido de fútbol, ante una decisión arbitral contraria al equipo local, un espectador le dice a su vecino de asiento: "A ese árbitro hay que matarlo", para expresar su enfado con él o lo incorrecto de su actuación, no habrá inducción a homicidio aunque el vecino de asiento baje al campo y mate al árbitro, porque, al margen de que la inducción sea o no directa y de que falte el dolo del inductor, la conducta de quien pronuncia la frase no es objetivamente adecuada (en las condiciones ordinarias de los partidos de fútbol) para producir el efecto que produce, el riesgo inherente a la acción del inductor no es el que efectivamente se realiza en el resultado, etc.

5.1.2.3. Medios inductivos

Los medios inductivos no están tasados por el CP. Por tanto, cabe cualquier medio capaz de producir el influjo psíquico que lleva a la realización del delito, con los caracteres hasta ahora comentados. El límite superior de los medios posibles viene determinado por aquellos que serían ya constitutivos de autoría

(normalmente mediata), es decir, de modo muy simplificado, aquellos que impiden un cierto grado de libertad de decisión en el inducido.

5.1.2.4. Carácter directo

La inducción, según la letra a) del segundo inciso del art. 28 CP, ha de tener carácter directo. Aunque a este requisito se le dan diversas interpretaciones, considero que inducir directamente quiere decir inducir a las claras: no son directas las meras sugerencias sobre lo conveniente de realizar un delito, aunque se hagan ante quien se sabe que fácilmente va a tomar por ello la decisión de cometerlo, las inducciones no dirigidas a sujeto determinado, etc. Más dudoso, aunque no descartable, me parece que carezcan de carácter directo la inducción en cadena y, sobre todo, la mediata; los pocos casos pensables, si los hay, de inducción por omisión plantearían problemas en cuanto a su carácter directo. No obstante, la inducción indirecta en muchas ocasiones (seguramente todas o las más cuando produce efecto y el hecho pasa a fase ejecutiva) puede constituir otras figuras de participación (a menudo cooperación necesaria, conminada, al igual que la inducción, con la misma pena que la autoría) y, si no, aunque esta opinión es menos pacífica, se puede incluir (como la inducción no consumada o algunos casos de ella) en la proposición del art. 17.2 CP, siempre que la misma esté castigada expresamente en relación con el delito de que se trate (en el caso de que la inducción indirecta sea calificada de complicidad o de proposición, la pena que le corresponderá será inferior a la del autor).

5.1.2.5. El dolo del inductor y el problema del agente provocador

En relación con el dolo del inductor, se acepta normalmente la posibilidad de dolo eventual. Personalmente creo que en los ejemplos de inducción con dolo eventual que se manejan habitualmente (como el de quien cuenta a un tercero las infidelidades de la mujer de éste, sin pretender directamente que el marido lesione a su mujer, pero sabiendo que, dado el modo de ser del mismo, ello es muy posible, y no rechazándolo) falta el carácter directo (a las claras) de la inducción, aunque ello no significa que esa inducción indirecta haya de quedar siempre impune, como acabamos de ver en el apartado anterior.

Con cierta frecuencia se afirma que la inducción requiere un doble dolo: el de que el inducido se decida a realizar el hecho principal y el de que ese hecho realmente se consume. Esto plantea la cuestión de la responsabilidad de alguna clase de agente provocador, en concreto (porque hay otras) la probablemente más común: un sujeto, normalmente un policía, que, para detener a un (o a más de un) delincuente (por las razones que sea), le induce a cometer un delito, pero con la intención de impedir que se consume. Las opiniones doctrinales al respecto son variadas y van desde la de quienes postulan el castigo de ese agente provocador como inductor a una tentativa del delito de que se trate hasta la de quienes defienden su impunidad. El problema del agente provocador y sus diversas

modalidades es tan complejo y requiere tantas matizaciones que no puede ser aquí abordado (v. RUIZ ANTÓN, 1982).

5.1.3. Otras cuestiones relativas a la inducción

5.1.3.1. Inducción a varios sujetos o a varios delitos

Cuando el inductor instiga a más de un sujeto a cometer el mismo delito, es decir, realiza su inducción sobre un grupo de sujetos que cometerán el delito como (co)autores, no se le castigará por varias inducciones al mismo delito en concurso de delitos, sino por una sola inducción al delito. Probablemente el legislador del vigente CP pensaba en esto cuando, en la letra a) del segundo párrafo del art. 28 CP habla de "los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo" (precisión que no se encontraba en el art. 14.2º CP 1944/73). Naturalmente, el supuesto señalado nada tiene que ver con aquel en que un sujeto induce a varias personas (aunque la cuestión sería similar si induce a una) a la comisión de delitos distintos (aunque sean de la misma clase, por ejemplo a homicidios diferentes para cada inducido), caso este último en que regirán las normas del concurso de delitos.

5.1.3.2. Justificación de la pena de la inducción

La imposición al inductor de una pena idéntica a la del autor (diferenciándose en el carácter accesorio de la responsabilidad del inductor, frente al carácter autónomo de la del autor) se justifica por la trascendencia que esta forma de participación tiene en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, al poner el inductor en marcha un curso causal delictivo y peligroso sobre el que pierde luego el control.

5.2. La cooperación (necesaria y no necesaria o complicidad)

5.2.1. Concepto y naturaleza

La cooperación (o complicidad) necesaria y la complicidad (o cooperación no necesaria) tienen en común el constituir formas de favorecimiento, fomento o facilitación del delito no consistentes en hacer nacer en el autor la resolución del delito (lo que es propio de la inducción). Se trata de dos formas de cooperación que se diferencian del modo que enseguida se verá (sobre estas formas de participación, v., en general, GIMBERNAT, 1966, 111 ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, 1997; PÉREZ ALONSO, 1998, especialmente 13 ss., 409 ss.)

El CP español distingue, por tanto, dos formas de cooperación: la primera se suele denominar (aunque el CP no habla expresamente de cooperadores necesarios) cooperación necesaria -aunque también puede recibir el nombre de complicidad necesaria- y se recoge en el segundo párrafo, letra b) del art. 28 CP, que castiga con la pena del autor (en este sentido "considera" autores) a "los que cooperan a su ejecución (scil. la del hecho) con un acto sin el cual no se habría

efectuado". La segunda se denomina complicidad (el CP sí habla expresamente de cómplices) -aunque también puede llamarse cooperación o complicidad simple o no necesaria-, se castiga con la pena inferior en grado a la del autor (art. 63 CP) y se recoge en el art. 29 CP: "Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior," (es decir, no siendo autores, inductores o cooperadores necesarios) "cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos".

Aunque existe unanimidad a la hora de considerar la complicidad como forma de participación, en lo que respecta a la cooperación necesaria hay un grupo de autores que creen que algunos cooperadores necesarios -en concreto los que actúan en fase ejecutiva- son coautores (incluso algún autor piensa que lo son todos), puesto que poseen el dominio funcional del hecho. Como no comparto el criterio del dominio funcional del hecho para caracterizar la coautoría (como se explica en el tema dedicado a la autoría), lo anterior me parece incorrecto y creo que todo cooperador necesario es partícipe en sentido estricto. No obstante, los citados autores incluyen a los cooperadores necesarios que creen coautores en la realización conjunta del primer párrafo del art. 28 CP (o sea, entre quienes son autores), de modo que los cooperadores necesarios que restan el la letra b) del segundo párrafo del art. 28 CP son todos partícipes. La jurisprudencia sigue hablando con frecuencia (aunque, desde luego, no siempre) de la cooperación necesaria como una forma de autoría, por el hecho de estar conminada con la misma pena de ésta, lo cual es incorrecto (v., a modo de ejemplo, STS, Sala 2ª, 1283/1999, de 16 de septiembre, Ponente: D. José Augusto de Vega Ruiz; STS, Sala 2ª, 1407/2001, de 16 de julio, Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel).

5.2.2. La distinción entre cooperación necesaria y complicidad

El principal problema que se plantea en la cooperación es precisamente el de la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, cuya trascendencia radica en la magnitud de la pena (la del autor para la cooperación necesaria y la inferior en grado para la complicidad (art. 63 CP). La tarea ante la que nos sitúa el tenor literal de la letra b) del segundo párrafo del art. 28 CP es francamente difícil, pues utiliza una fórmula hipotética, cuando hoy en día resulta claro que un juicio causal hipotético (y además *ex post*) no puede rendir frutos en este terreno. Por ello, aunque ha habido propuestas de suprimir la figura legal de la cooperación necesaria y unificar las formas de cooperación (o complicidad), eso sí, haciendo facultativa la atenuación de la pena en atención a la importancia de la contribución, entiendo que es un acierto su mantenimiento, pues la fórmula legal, criticable, al menos indirectamente apunta algún criterio para distinguir la cooperación que debe ser castigada con la pena de la autoría de aquella otra que merece y necesita una pena menor, y, además, la existencia de esa figura de participación equiparada en pena a la autoría permite, como queda dicho, alcanzar soluciones materialmente satisfactorias sin necesidad de ampliar el concepto de autor (sobre todo en materia de coautoría). En cualquier caso, de *lege ferenda* es aconsejable el cambio de la fórmula utilizada en la ley para caracterizar la cooperación necesaria, sustituyéndola

por otra no hipotética, cuyo eje central sea la esencialidad de la contribución, concretada en mi opinión y a modo de ejemplos no cerrados en la escasez de la misma o en el condicionamiento de la actuación de los autores a la aportación del cooperador, contemplando en la fórmula además la realización de actos ejecutivos no típicos.

La doctrina científica ha intentado concretar la fórmula legal de muy diversas maneras, que la jurisprudencia del TS ha ido asumiendo a lo largo del tiempo, normalmente con una mezcolanza de criterios bastante confusa (así, por ejemplo, STS, Sala 2ª, 1283/1999, de 16 de septiembre, Ponente: D. José Augusto de Vega Ruiz; STS, Sala 2ª, 1472/2000, de 29 de septiembre, Ponente: D. Roberto García-Calvo y Montiel) y que cubre de un aparente manto argumental decisiones más o menos intuitivas o guiadas por el sentimiento de justicia material (aunque con excepciones siempre y mejorando en los tiempos más recientes), si bien parece que los criterios que prefiere son el de los bienes y actividades escasos, no siempre bien aplicado, mezclado con consideraciones derivadas del dominio del hecho. Los principales criterios doctrinales manejados han sido el de la necesidad en abstracto (inservible, pues ninguna cooperación resultaría necesaria), o en concreto (inservible porque toda cooperación sería necesaria, el de la necesidad de la contribución para el resultado), aunque no para el concreto modo de llevar a cabo la acción (criterio con buena parte de razón, si no acudiera a juicios hipotéticos en su concreción –si bien es verdad que en cierto modo empuja a ello el tenor literal de la ley-), el de la insustituibilidad de la aportación del sujeto por otro de los intervinientes (que, entre otras cosas, no explica satisfactoriamente por qué la posibilidad de sustitución se reduce a los intervinientes en el delito y no a terceros), el de la relevancia motivacional de la contribución del cooperador en el proceso de decisión del autor (que no satisface porque excluye de la cooperación necesaria contribuciones objetivamente muy importantes, pero no decisivas para la motivación del autor hacia la comisión del delito) y el de los bienes y actividades escasos (que parece el más correcto y practicable, aunque hay quien duda, no sin cierta razón, que no responde estrictamente a los términos legales).

Personalmente creo que tiene razón MIR PUIG (1998, 408) al combinar dos de estos criterios: el tercero de los mencionados (propuesto por RODRÍGUEZ MOURULLO, 1972, 872 ss.) tendría razón al plantear la cuestión de la necesidad en el plano concreto, pero no absurdamente concreto hasta los más mínimos accidentes del hecho, si bien hay que despojar este criterio de su carácter hipotético. La teoría de los bienes y actividades escasos, propuesta por GIMBERNAT (1966, 151 ss.), según la cual (y matices al margen) es cooperador necesario quien contribuye al hecho del autor con un bien o actividad escasa, supone un criterio manejable y no hipotético (por ello, desde luego no absolutamente apegado al tenor literal de la ley, aunque puede entenderse como una concreción practicable del mismo) de gran utilidad aunque no tiene por qué ser el único. En definitiva, este criterio viene a explicar (aunque quepan explicaciones adicionales) por qué una contribución es esencial en el marco de la realización de un delito, en el sentido de la esencialidad (menos concretada a

menudo) de que habla la teoría del dominio funcional del hecho en materia de coautoría (y erróneamente por tanto), esencialidad que confiere al sujeto un dominio negativo del hecho (muy importante, por lo que se justifica la imposición de una pena igual a la del autor, pero no positivo como el del autor, que por ello no está sometido al principio de accesoriedad). Otras concepciones modernas de la cooperación necesaria no se apartan demasiado de lo señalado; así, por ejemplo, LÓPEZ PEREGRÍN (1997, 435 ss.) entiende que cooperador necesario es 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), siempre y cuando *ex post* resulte efectivamente causal para el resultado; para concretar este dominio negativo del cooperador necesario acude también a la teoría de los bienes y actividades escasos (v., también cercano, aunque sosteniendo, como defensor de la teoría del dominio funcional del hecho, que las aportaciones esenciales en fase ejecutiva son de autoría, P. ALONSO, 1998, especialmente 334 ss.).

Como acabo de señalar, el criterio de la escasez no tiene por qué ser el único por medio del cual se concrete la idea de esencialidad. Yo he propuesto otro (DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, 400 n. 111, 657 n. 392, 668 s., 746): será también necesaria por esencial la aportación que, aun no siéndolo en sí misma, sea tenida por tal por el autor o autores, de modo que condicionen su actuación a que se preste la citada aportación (circunstancia que tendrá que ser conocida por quien la realiza). Baste mencionar aquí que mi propuesta ha recibido diferentes críticas y que, por lo tanto, no se trata de una cuestión ni mucho menos pacífica, si bien sigo pensando que las críticas son superables.

5.2.3. Otras cuestiones relativas a la cooperación necesaria y a la complicidad

5.2.3.1. Justificación de la pena de la cooperación necesaria

La razón de la equiparación legal en pena de la cooperación necesaria a la autoría (aunque con la diferencia del carácter accesorio de la responsabilidad del cooperador) radica en la propia importancia de la contribución para el buen fin de la empresa delictiva (para la realización del tipo por el autor o autores), hasta el punto de que dicha contribución confiere al sujeto, como hemos visto, un importante dominio negativo (inferior por tanto al positivo del autor) sobre el hecho, del que carecen los cómplices y, por supuesto, los terceros, que conlleva una elevación importante, sustancial (aunque no positivamente determinante) del riesgo de que el hecho del autor se realice (y se lesione o ponga en peligro de forma típica el bien jurídico).

5.2.3.2. Intervención en fase preparatoria o ejecutiva

Las contribuciones constitutivas de cooperación necesaria y de complicidad pueden prestarse tanto durante la fase preparatoria como durante la ejecutiva (los partidarios de la idea del dominio funcional del hecho excluirán, por el contrario, de la cooperación necesaria como forma de participación las contribuciones prestadas en la fase ejecutiva, por considerar, de modo incorrecto en mi opinión, que tales supuestos son de coautoría).

5.2.3.3. Causalidad e imputación objetiva

Muy discutida, especialmente respecto de la complicidad (pues se entienda, como se entienda, parece claro que la contribución del cooperador necesario ha de ser causal), es la cuestión de si la contribución del sujeto ha de tener carácter causal para el resultado delictivo. Aunque la misma puede ser objeto de múltiples reflexiones, resumiré mi opinión general al respecto, diciendo que todo depende de qué se entienda aquí por causalidad. En cualquier caso, sí creo necesario que la contribución haya tenido alguna influencia (facilitadora, favorecedora, aseguradora, etc.) en el hecho del autor, sin entrar en la cuestión de si a ello debe llamársele influencia causal (probablemente sí). Y no sólo eso, será exigible en toda clase de cooperación una relación de imputación objetiva entre el resultado delictivo y la propia acción de cooperación, necesaria o no (naturalmente, la imputación objetiva, además de los comunes, posee rasgos particulares dependiendo de la forma de intervención de que se trate).

6. Otras cuestiones relativas a la participación

Sin ánimo de agotar la materia, mencionaremos las siguientes:

6.1. El dolo del partícipe

Como se explica en el tema dedicado a la autoría, la participación imprudente es, en mi opinión, impune. Por tanto, la participación exige dolo del partícipe, que puede ser en principio de cualquier clase (con la matización que se ha hecho al hablar de la inducción), pero debe abarcar los elementos de la actuación del propio partícipe, así como los de la del autor (aunque resultan irrelevantes las desviaciones inesenciales en la actuación de éste).

6.2. Excesos y defectos, error y comunicabilidad de circunstancias

6.2.1. Excesos y defectos

Lo acabado de decir en el apartado anterior explica que los excesos (dolosos, imprudentes o fortuitos) del autor respecto de lo abarcado por el dolo del partícipe (por ejemplo, éste sólo induce a o quiere cooperar en un robo con fuerza y el autor emplea violencia o incluso mata) no le podrán ser imputados a éste, pues, a lo

sumo, podrían serlo a título de imprudencia y la participación imprudente no se castiga; sólo en algunos casos excepcionales de exceso imprudente o fortuito del autor se podrá construir una autoría mediata, una coautoría o un supuesto de autoría accesoria (con el autor imprudente) imprudente del que en principio actuaba como partícipe, que entraría ya así en el terreno de la autoría y resultaría por tanto punible. En los casos normales, el partícipe seguirá respondiendo como tal en la parte que no corresponde al exceso (la cuestión es más compleja, pero basta con apuntar aquí esa idea general).

Si lo que se da es un defecto por parte del autor (hace menos de aquello a lo que se le indujo, por ejemplo), habrá que comprobar en primer lugar si lo realmente hecho por el autor entra dentro del campo sobre el que actuó el partícipe (es decir, si dentro de aquello para lo que indujo el inductor estaba lo que realmente hizo el autor), en cuyo caso se responderá por participación en el delito realizado por el autor; además (o únicamente, si no se puede hacer responder al partícipe de lo realizado por el autor), de la parte no realizada por el autor, en el caso de la inducción, por tratarse de una inducción frustrada, es posible en mi opinión (no pacífica) que el inductor responda por proposición, si ésta resulta punible por estar prevista expresamente por la ley en el delito de que se trate (cuando se den las dos calificaciones: inducción a lo realmente realizado por el autor y proposición a lo no realizado, habrá que acudir a las reglas concursales, que pueden llevar a distintas soluciones en cada caso) (sobre desviaciones del autor, GÓMEZ RIVERO, 1995, con ulteriores referencias).

6.2.2. Error

En cuanto al tratamiento del error de tipo del partícipe, tanto cuando recae sobre un elemento de su propia actuación, como en el caso más analizado de que recaiga sobre la actuación del autor (u otros elementos del tipo propios del autor, como la cualidad personal en los delitos especiales, por ejemplo), hay que señalar que, si es invencible, excluirá el dolo y la imprudencia; si es vencible, estaremos ante una participación imprudente y, por tanto, impune, según la concepción que se viene sosteniendo. Puede suceder también que el error recaiga sólo sobre una parte del tipo, quedando subsistente otra punible por sí misma, o que, en el caso de la inducción, el haber inducido a un hecho que no se realiza dé lugar (opinión no pacífica) a responsabilidad por proposición del mismo cuando el castigo de ésta esté especialmente previsto, etc. (las situaciones de error y las desviaciones del autor respecto de aquello para lo que se prestó la participación, pueden ser muy diversas y resultaría muy extenso analizar aquí todas: sin embargo, se puede decir que hay que buscar la solución en la combinación de las normas generales sobre el error -de la clase que sea-, las reglas concursales -con especial importancia de las del concurso de leyes- y, en algunos casos, los actos preparatorios punibles).

6.2.3. Comunicabilidad de circunstancias

Peculiaridades respecto del tratamiento general de la trasmisión de elementos del tipo realizado por el autor según lo abarcado por el dolo del partícipe representa la comunicación de circunstancias modificativas genéricas, en virtud del especial régimen diferenciador establecido por el art. 65 CP.

6.3. La participación psíquica o moral

En relación con las formas de participación distintas de la inducción, es decir, la cooperación necesaria y la complicidad, se plantea si sólo pueden consistir en un auxilio material o también en un auxilio psíquico o moral, es decir en un refuerzo del ánimo o la voluntad del autor para cometer el delito (no en la creación *ex novo* de la idea de delinquir, en cuyo caso nos hallaríamos ante un supuesto de inducción). Existe amplio acuerdo en admitir dicha posibilidad, si bien se introducen diversos matices que aquí no es posible detallar.

6.4. Coparticipación, participación mediata y participación en cadena

6.4.1. Coparticipación y participación mediata

Paralelamente a lo que sucede con la autoría, la participación puede revestir, además de su forma más común (la inmediata e individual en el sentido de que cada partícipe realiza por sí solo su acto de participación), la modalidad de coparticipación, cuando una acción de participación es realizada en conjunto y de manera indisoluble (en una acción conjunta como la de la coautoría, pero sin tratarse de una acción típica nuclear, determinante del hecho) por varios partícipes (coinducción, cocomplicidad, etc.) o de participación mediata, cuando un sujeto actúa a través de otra persona que obra como instrumento (por uno de los medios que se estudian al analizar la autoría mediata en el tema dedicado a la autoría) para realizar su acto de participación.

En este segundo supuesto podría plantear problemas la inducción mediata, por el adverbio "directamente" referido a la inducción que utiliza el segundo inciso, letra a), del art. 28 CP. Si se estima por ello (lo cual es discutible) que no cabe inducción mediata, la conducta no pasa inmediatamente a resultar impune, sino que quedan abiertas las posibilidades de considerarla cooperación necesaria en el hecho del autor o, si no, en su caso (opinión no pacífica), de incluirla en la proposición (si ésta se encuentra expresamente castigada para el delito de que se trate).

Naturalmente, cabe pensar también en supuestos de coparticipación mediata.

6.4.2. Participación en cadena

Alguna relación con la participación mediata guarda la llamada participación en cadena, que, sin embargo, se diferencia de ella en que no existe instrumentalización de una persona por otra. En la participación en cadena, un sujeto participa en el hecho de otro, que a su vez es de participación en el hecho del autor (serían casos de participación en cadena, por ejemplo, la inducción a la inducción, la inducción a la complicidad, la complicidad en la complicidad, etc.; la cadena puede alargarse cuanto se quiera, pero operamos sobre la más sencilla para no complicar más las cosas).

La doctrina está dividida en cuanto al tratamiento de la figura: para unos, la participación en la participación es participación en el hecho principal y como tal debe castigarse. Para otros, la participación en la participación es exactamente eso y como tal debe castigarse, puesto que la inducción o la complicidad al hecho principal son "hechos" en el sentido de los arts. 28 y 29 CP, que admiten participación en ellos (la diferencia práctica con la concepción anterior es clara: en virtud de que la complicidad supone la rebaja en un grado de la pena señalada al autor del delito -art. 63 CP -, la complicidad en la complicidad supondrá la rebaja en dos grados, según la posición que ahora analizamos, mientras que, según la anterior, la complicidad en la complicidad es complicidad en el hecho principal y por tanto sólo supone la rebaja en un grado de pena). Una tercera posición excluye de la punición la participación en la participación al entender que las normas que se refieren a la participación extienden la punibilidad, pero sólo de quienes intervienen en el hecho principal (el del autor).

Esta tercera posición tiene razón en una cosa: es cuando menos muy dudoso que el "hecho" a que se refieren los arts. 28 y 29 CP sea otro que el del autor. Ahora bien, el que el CP sólo se refiera a la participación en el hecho del autor no debe llevar aparejado el afirmar la impunidad de la participación en cadena, pues la misma supone también participación en el hecho principal (el del autor), resultando por tanto correcta, en mi opinión, la primera de las posiciones citadas: ¿acaso no facilita el hecho constitutivo de homicidio del autor quien convence a otro para que entregue al autor la pistola que éste utiliza para matar, o quien ayuda, suministrándole los materiales, al que fabrica una complicada arma mortífera por encargo del autor?.

Por tanto, la participación en la participación es participación en el hecho principal. El único problema, desde esta perspectiva, es determinar en algunos casos de qué clase de participación se trata: el supuesto más discutido es el de la inducción a la inducción, que algunos consideran inducción al hecho principal, calificación que, entre otras cosas, podría topar con la exigencia de carácter directo en la inducción establecida por el segundo inciso, letra a), del art. 28 CP. Por ello otros autores consideran que estamos ante un supuesto de complicidad o de cooperación necesaria en el hecho principal. Personalmente me parece correcta la calificación de cooperación necesaria en el hecho principal (aunque la cuestión es

todavía menos pacífica, podría plantearse, si no se aceptara lo anterior, el castigo como proposición, siempre y cuando ésta se halle expresamente castigada en relación con el delito de que se trate).

6.5. La llamada participación necesaria

No se debe confundir con las formas de participación punible en el delito (y especialmente con la cooperación necesaria, dado el parecido terminológico) la llamada participación necesaria, aunque desgraciadamente esa confusión se produce a veces en doctrina y jurisprudencia. Se habla de participación necesaria cuando la ley establece que para la comisión de un delito ha de darse la intervención de varias personas, alguna de las cuales (el partícipe necesario) no puede ser autor del delito; el caso más característico de participación necesaria es aquel en que la ley tipifica una conducta de modo que la víctima de la misma tiene necesariamente que colaborar en el delito, resultando impune, pues el propio tipo protege intereses de esa víctima (y a veces además otros): así, p. ej., entre otros supuestos, en los abusos sexuales de los arts. 181.3 (agravado en el caso del art. 182) y 183 CP.

7. Autoría y participación en delitos especiales, de propia mano y con modalidades limitadas de acción

En los delitos especiales, de propia mano y con modalidades limitadas o tasadas de acción autor (de cualquier clase) sólo puede ser quien reúna la especial característica personal requerida por el tipo especial o quien actúe de propia mano o en la forma establecida por el correspondiente delito con modalidades limitadas de acción. Sin embargo, una vez que exista un autor de esos delitos, nada impide la participación en ellos (en contra de lo que sostuvo durante mucho tiempo la jurisprudencia, que hoy ha abandonado afortunada y acertadamente esa posición, en relación con la participación en los delitos especiales, no admitiendo la participación de sujetos que no reunieran la cualificación del delito especial –*extranei*-). Ya vimos, en el tema dedicado a la autoría, algunas particularidades de la coautoría entre un cualificado –*intraneus*- y un no cualificado en los delitos especiales.

No obstante, se plantean algunos problemas en relación sobre todo con la participación en delitos especiales (GIMBERNAT, 1966, 251 ss.; PEÑARANDA, 1991; BOLDOVA, 1995). Mientras que en los delitos especiales propios, en que no existe un delito común paralelo, hay bastante acuerdo en que el partícipe, aunque no reúna las características especiales, responde por el mismo delito (el especial) que el autor (en algunos casos con alguna circunstancia modificativa), existe mayor división en el caso de los delitos especiales impropios. Así, mientras que para unos el *extraneus* que participa en el delito especial (por ejemplo, tercero que induce a otro a un padre para que agreda sexualmente, prevaliéndose de su parentesco, a su hija) debe responder como partícipe en el delito común correlativo (inductor de agresión sexual común de los arts. 178 o 179 CP),

rompiéndose así la unidad de título de imputación, para otros el *extraneus* ha de responder como partícipe en el delito especial (inductor de agresión sexual del art. 180.4ª CP), manteniéndose la unidad de título de imputación. También en los supuestos inversos de participación de un *intraneus* (desde el punto de vista del delito especial correspondiente) en un delito común que tiene paralelo especial (por ejemplo, cooperación, prevaliéndose de su parentesco, de un sujeto a otro para que éste agreda sexualmente a la hija del primero), las soluciones de ambas posturas siguen la línea señalada: para los partidarios de la ruptura de la unidad de título de imputación, el *intraneus* responderá como partícipe en el delito especial (cooperador a agresión sexual del art. 180.4ª CP), mientras que el autor lo será del delito común (agresión sexual de los arts. 178 o 179 CP); quienes defienden la unidad de título de imputación calificarán al *intraneus* de partícipe (cooperador, en el ejemplo) en el delito común (agresión sexual de los arts. 178 o 179 CP) que comete el autor.

Si bien la cuestión es muy debatida, no me parece convincente la postura que defiende la ruptura del título de imputación. Basar esta ruptura en lo dispuesto en el art. 65.1 CP para la transmisión de circunstancias personales o subjetivas es incorrecto, pues este precepto es aplicable, en mi opinión, sólo a las circunstancias modificativas genéricas y a no a elementos del tipo como es la cualificación en los delitos especiales. Tampoco la más correcta apelación a los concursos de leyes subyacentes en estos supuestos me parece convincente (entre otras cosas, porque no se dan esos supuestos en todos los supuestos). En virtud de, entre otras razones, el propio fundamento del castigo de la participación y las, en mi opinión, más satisfactorias consecuencias a las que conduce, me parece preferible la solución del mantenimiento del título de imputación, que podrá combinarse en algunos casos con el juego de las circunstancias modificativas genéricas. Por lo demás, debería meditarse seriamente sobre la conveniencia del establecimiento en la ley, como sucede en otros países, de una atenuación para el partícipe *extraneus* en un delito especial, dada su mayor lejanía al injusto típico de ese delito.

8. Omisión y autoría y participación

En cuanto a la autoría, en la omisión propia no se plantean especiales problemas, siendo concebible además la coautoría y la pluriautoría y más difícil la autoría mediata. En los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, la determinación de quién es autor dependerá del criterio que se siga para caracterizar la comisión por omisión. En mi opinión, es insuficiente el de la posición de garante y el que mejor responde a la equivalencia material y estructural de la omisión en el plano normativo con la conducta activa (aquí de autoría) es el de la creación, aumento, concreción o descontrol determinante del riesgo de lesión del bien jurídico por la propia omisión. El art. 11 CP crea algunas dificultades añadidas, aunque creo que no es imposible conciliarlo con la tesis acabada de citar. En cualquier caso, éste no es el lugar adecuado para abordar los problemas centrales de la comisión por omisión, que se tratan en tema aparte.

En cuanto a la participación y la omisión, lo primero que hay que señalar es que, aunque algunos autores opinan de otro modo, creo que no existe problema alguno para admitir la participación en los delitos de omisión.

Más arduos problemas plantea el problema de la participación por omisión (o, si se quiere, participación en comisión por omisión, que considero posible, aunque muy infrecuente. Para determinar cuándo existe participación por omisión no sirven los criterios que normalmente se manejan para caracterizar la comisión por omisión y tampoco vincula, según creo, el art. 11 CP, pues tanto los primeros como éste están pensados o se refieren a la comisión por omisión como autor. Habrá que determinar qué conducta omisiva equivale estructural y materialmente a la de participación activa. En mi opinión, ello sucede cuando la propia omisión favorezca la afectación del bien jurídico por parte del autor, es decir aumente el riesgo de producción de esa afectación, pero no de un modo determinante (y siempre, claro está, que se den los demás requisitos de la participación). O, dicho de otra manera, cuando (dándose los demás requisitos de la participación) la propia omisión posibilite, favorezca o facilite o suponga una remoción de obstáculos a la conducta del autor, no bastando que la omisión suponga una mera no dificultación o no interposición de obstáculos al hecho del autor. La forma de participación por omisión menos fácil, aunque quizá no imposible, de imaginar es la inducción por omisión, que además plantea el problema de la posible falta de carácter directo de la misma (sobre todo lo anterior, v., entre otros,; CUERDA RIEZU, 1992;; LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, 330 ss.).

Con lo explicado no se agotan los problemas de la autoría y la participación en relación con la omisión (piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de coautoría entre quien omite y quien obra activamente), pero quedan mencionados los más comunes o centrales.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R.: Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica, Edisofer, Madrid, 2001.
BALDÓ LAVILLA, F.: Algunos aspectos conceptuales de la inducción (A propósito de la STS de 24 de junio de 1987, ponente Díaz Palos), en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1989, 1091-1123.
BLANCO CORDERO, I.: Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito, Comares, Granada, 2001.
BOLDOVA PASAMAR, M. Á.: La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva, Civitas, Madrid, 1995.
BOLEA BARDON, C.: Autoría mediata en Derecho penal, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
CALDERÓN CEREZO, Á.: Autoría y participación en el delito imprudente. Concurrencia de culpas, en: Cuadernos de Derecho Judicial 1993-I. La imprudencia, 14-71.
CEREZO MIR, J.: Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal, en: Estudios sobre la moderna reforma penal española, Tecnos, Madrid, 1993, 31-47.
CHOCLÁN MONTALVO, J. A.: Autoría y participación, en: La Ley 1996-1, 1642-1646.
CUERDA RIEZU, A.: Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1992, 491-514. También publicado en: Fundamentos de un sistema europeo de Derecho penal, Libro homenaje al Prof. Claus Roxin, J. M. Bosch, Barcelona, 1995, 281-303.
DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: La autoría en Derecho penal, PPU, Barcelona, 1991.
DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: Autoría y participación, en: La Ley 1996-2, 1283-1293.
DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.: "Coautoría" alternativa y "coautoría" aditiva: ¿autoría o participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría, en: Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, José María Bosch, Barcelona, 1997, 295-330.
DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal, en: Cuadernos de Derecho Judicial 1996-XXVII: El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal, 217-255. También publicado en: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, 1 (1998), 25-53.
FERRÉ OLIVÉ, J. C.: Autoría y delitos especiales, en: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, 1013-1026.
GIMBERNAT ORDEIG, E.: Autor y cómplice en Derecho penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1966.
GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.: El dominio del hecho en la autoría (validez y límites), en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1984, 103-131. También publicado en: Estudios Penales, Colex, Madrid, 2001, 113-136.
GÓMEZ RIVERO, Mª C.: La inducción a cometer el delito, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.
GÓMEZ RIVERO, Mª C.: Regulación de la participación intentada y de la autoría y la participación, en: La Ley 1996-1, 1624-1628.
GÓMEZ TOMILLO, M.: Libertad de información y teoría de la codelincuencia. La autoría y la participación en los delitos cometidas a través de medios de comunicación de masas, Comares, Granada, 1998.
GÓMEZ TOMILLO, M.: El modelo de responsabilidad criminal escalonado en los delitos de prensa e imprenta: origen, evolución y perspectivas actuales, en: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2ª época, 3 (1999), 77-131.
GÓMEZ TOMILLO, J. J.: Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría, en: Cuadernos de Derecho Judicial 1994-XXXIX. Problemas de autoría, 57 –133.

GRACIA MARTÍN, L.: El actuar en lugar de otro en Derecho penal I y II, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985 y 1986.
GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M.: La responsabilidad penal del coautor, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001.
HERNÁNDEZ PLASENCIA, U.: La autoría mediata en Derecho Penal, Comares, Granada, 1996.
JUANES PECES, A.: La autoría y la participación, a la luz de la teoría del dominio del hecho (Análisis del artículo 28 del Código Penal. Estado de la cuestión: especial referencia a los delitos culposos y la admisibilidad de la participación en estos delitos. Soluciones doctrinales), en: La Ley 1997-2, 1675-1677.
LESCH, H.: ¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la autoría?, en: Poder Judicial 57 (2000), 83-98.
LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: La participación y los delitos especiales, en: Cuadernos de Derecho Judicial 1994-XXXIX. Problemas de autoría, 135-180.
LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: Autoría y participación, Akal, Madrid, 1996.
LÓPEZ PEREGRÍN, Mª C.: La complicidad en el delito, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997.
LUZÓN PEÑA, D.-M.: La "determinación objetiva del hecho". Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado, en: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 1989, 889-913. También publicado en: Derecho Penal de la Circulación, 2ª ed., PPU, Barcelona, 1990, 105-133; y Estudios Penales, PPU, Barcelona, 1991, 197-224.
LUZÓN PEÑA, D.-M.: La participación por omisión en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo, en: Poder Judicial 2 (1986), 73-92. También publicado en: La Ley 1986-3, 535-553; y en: Estudios Penales, PPU, Barcelona, 1991, 225-250.
MIR PUIG, S.: Derecho Penal. Parte General, 5ª ed., Reppertor, Barcelona, 1998.
MORENO Y BRAVO, E.: Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (Coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión), Dykinson, Madrid, 1997.
MUÑOZ SÁNCHEZ, J.: El agente provocador (La moderna problemática jurídico penal del agente provocador), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.
OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: La autoría conforme al Código Penal, en: La Ley 2000-2, 1721-1728. También publicado en: El nuevo Derecho Penal Español. Estudios en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Aranzadi, Pamplona, 2001, 572-592.
OLMEDO CARDENETE, M. D.: La inducción como forma de participación accesoria, EDERSA, Madrid, 1999.
PEÑARANDA RAMOS, E.: La participación en el delito y el principio de accesoriedad, Tecnos, Madrid, 1990.
PEÑARANDA RAMOS, E.: Concurso de leyes, error y participación en el delito, Civitas, Madrid, 1991.
PÉREZ ALONSO, E. J.: La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal, Comares, Granada, 1998.
PÉREZ MANZANO, M.: Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995, Civitas, Madrid, 1999.
POLITOFF LIFSCHITZ, S.: "Cometer" y "hacer cometer": desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata, en: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, 1231-1284.
QUINTERO OLIVARES, G.: Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal Español, Cymys, Barcelona, 1974.
ROBLES PLANAS, R.: Participación en el delito e imprudencia, en: Revista de Derecho Penal y criminología, 2ª época, 6 (2000), 223-251.
RODRÍGUEZ MOURULLO, G.: en: Córdoba Roda, J./Rodríguez Mourullo, G.: Comentarios al Código Penal I, arts. 1-22, Ariel, Barcelona, 1972 (reimpresión 1976).

ROSAL BLASCO, B. del: Sobre los elementos del hecho típico en la inducción, en: Cuadernos de Política Criminal 40 (1990), 97-129.
ROSAL BLASCO, B. del: La inducción y la complicidad como formas de participación criminal punibles en el Código Penal, en: Cuadernos de Derecho Judicial 1994-XXXIX. Problemas de autoría, 181-232.
ROSO CAÑADILLAS, R.: Autoría y participación imprudente, Comares, Granada, 2002.
ROXIN, C.: Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, en: Revista Penal 2 (1998), 61-66.
RUEDA MARTÍN, Mª Á.: Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso, en: Revista Penal 9 (2002), 122-133.
RUIZ ANTÓN, L. F.: El fundamento material de la pena en la participación, en: Cuadernos de Política Criminal 11 (1980), 47-66.
RUIZ ANTÓN, L. F.: El agente provocador en el Derecho penal, EDERSA, Madrid, 1982.

RUIZ ANTÓN, L. F.: La autoría y la participación en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, en: Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Profesor D. Juan del Rosal, EDERSA, Madrid, 1993, 961-977.
SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, P.: Mutuo acuerdo y exceso de algún interviniente en casos de coautoría. Comentario a la STS de 11 de mayo de 1994, en: Actualidad Penal 1997-1, 37-62.
SOTO NIETO, F.: Coautoría. Plurales intervinientes en la realización del delito. Funciones de planificación, organización y dirección, en: La Ley 1999-2, 1788-1789.
VARIOS AUTORES: Problemas de autoría. Cuadernos de Derecho Judicial 1994-XXXIX.
VIVES ANTÓN, T. S.: Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta), Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1977.

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1997 (Rec. 1320/1997; S. 2.ª).
Sentencia Tribunal Supremo de 16 de julio de 2001 (Rec. 1407/2001; S. 2.ª).
Sentencia Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2000 (Rec. 1472/2000; S. 2.ª).

INSTITUTO DE DERECHO PENAL EUROPEO E INTERNACIONAL
UNIVERSIDAD DE CASTILLA LA MANCHA



La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana.

Prof. Dr. **Felipe Villavicencio Terreros**
Universidad Mayor de San Marcos, Lima.

http://www.cienciaspenales.net

[www.cienciaspenales.net]



Publicaciones del Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Algunos derechos reservados.

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA.

Por: Dr. Felipe A. Villavicencio Terreros (1)

.

1. El derecho penal peruano viene experimentando una interesante evolución en cuanto a los criterios de imputación penal, por ello, en este trabajo, procedemos a revisar algunas de estas tendencias vinculadas a la imputación objetiva, partiendo de la conocida causalidad como presupuesto de esta imputación para luego introducirnos en la problemática específica de las líneas que la doctrina y la jurisprudencia nacionales vienen aceptando (2).

2. En principio, la idea que la conducta humana causa un resultado y que el resultado que provenga de ella tendrá significación jurídico-penal es lo que orienta la determinación de la **causalidad.** Para tipificar una conducta a un tipo legal, es necesario comprobar la relación existente entre esta conducta y el resultado típico, confirmando con ello que una es la concreción de la otra (3), es decir, que exista un relación suficiente entre ellas (4). Sólo en pocas infracciones se plantea esta problemática, principalmente en homicidios, lesiones, incendios. Por ello, no debe sobrevalorarse el papel de la causalidad. Así, constatada la relación de causalidad entre la acción y el resultado típico, el segundo paso, consistirá en la imputación del resultado a dicha acción. Como vemos, el primer paso consiste en una comprobación, donde se verificará, desde un punto de vista natural, la relación de causalidad; el segundo paso será la comprobación de un vinculo jurídico entre la acción y el resultado (5). Este segundo aspecto no es más que "el juicio normativo de la imputación objetiva" (6), en relación con los delitos de resultado.

3. Con anterioridad, la causalidad era planteada como una problemática fuera del ámbito de la teoría del tipo. Los autores peruanos sistemáticamente ubicaron a la causalidad como elemento de la acción (7), pero en la actualidad, es dominante la identificación de la relación de causalidad como presupuesto del **tipo objetivo** (8).

---

1 Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM-Perú) y Doctor por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor principal de derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en la Maestría en Ciencias Penales de la UNMSM. Coordinador Académico del Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martin de Porres.

2 Vid. Villavicencio T., Felipe: Derecho penal, Parte general, Grijley, segunda reimpresión, Lima 2007, pp. 291 y ss.

3 Bacigalupo: Principios de derecho penal, parte general, 5ª ed. Akal, Madrid 1998, p. 172. Cfr. Muñoz Conde/García Arán: Derecho penal, parte general, 2ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 242.

4 Jescheck/Weigend: Tratado de de derecho penal, parte general, 5ª ed., Comares, Granada, p. 297.

5 Cfr. De la Cuesta Aguado: Tipicidad e imputación objetiva, X, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 108; Muñoz Conde/García Arán, 1996, p.242; Velásquez Velásquez: Manual de derecho penal. Parte general, Temis Bogotá 2002, p. 263.

6 De la Cuesta Aguado, 1996, pp. 108-109.

7 Bramont Arias: Derecho penal, parte general, 3ª ed., t. I, Edt. Vilok, Lima 1978, p. 329; Hurtado Pozo: Manual de derecho penal, Parte general 2ª ed., Lima 1987, pp. 341 y ss..

8 Hurtado Pozo: Manual de derecho penal, Parte general 3ª ed. Lima 2005, pp. 420 y ss.; Peña Cabrera: Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general, 3ª ed. Grijley Lima, 1997, pp. 302 y ss.; Villa Stein: derecho penal. Parte general. edt. San Marcos Lima, 1998, pp. 218 y ss.; Bramont - Arias Torres, L. M.: Manual de

"Para llegar a este punto ha sido preciso asumir que la conducta humana es valorada en los tipos penales en su totalidad, lo que significa que la capacidad causal de los actos del hombre ha sido también considerada, y por ello no es típica cualquier causación de un resultado, sino sólo las causaciones que forman parte inescindible de un comportamiento injusto" ([9]).

4. Si bien, muchas opiniones se han ensayado sobre la **naturaleza** de la causalidad, en la práctica las más conocidas son la teoría de la equivalencia de condiciones, la teoría de la causalidad adecuada y la teoría de la relevancia típica. Sin embargo, a nuestro criterio el método más apropiado es el que proporciona la **teoría de la equivalencia de las condiciones**, propuesta por el procesalista *Julius Glaser* y desarrollada posteriormente por el magistrado alemán *M. von Buri* quien lo llevó a la práctica y viene a ser la expresión máxima de las denominadas teorías generalizadoras. Su idea básica es que todas las condiciones que concurren en un resultado tienen idéntica y equivalente calidad causal. Una condición es causa del resultado si suprimiéndola mentalmente, el resultado no se hubiera producido (***conditio sine qua non***). Sin embargo, estas formulaciones sólo permiten comprobar la existencia del nexo causal cuando la investigación científica ha logrado descubrir la ley causal correspondiente. En el supuesto inverso no podrá constatarse la relación causal. Se considera relevante a efectos penales la comprobación del nexo causal, desde el punto de vista de las ciencias naturales. Así, esta teoría tiene la peculiaridad de no permitir la determinación de un nexo causal no conocido ([10]). Si bien, podemos rescatar de esta teoría la ventaja de no dejar vacíos "ni lagunas jurídicas al igualar causa a condición" ([11]), las críticas a la teoría de la equivalencia se han dirigido a su indeterminada extensión y amplitud, ya que al considerarse equivalentes todas las condiciones, se genera una cadena causal infinita (v. gr. la conducta de los trabajadores de una fábrica de explosivos estaría en relación causal con todos los resultados delictivos que se realizaran con el uso de sus productos).

5. En la actualidad, la **teoría de la imputación objetiva** va aproximándose a ser una teoría general de la conducta típica, es decir, en el que la atribución del resultado ya no es la cuestión dominante sino que la imputación objetiva debe extenderse fuera del ámbito de la imputación de resultado. Así, por este camino se plantea una equiparación entre imputación objetiva a toda la imputación del aspecto objetivo del

---

derecho penal. Parte general. Edt. Santa Rosa Lima, 2000, p. 133; Bramont Arias, L. A./Bramont – Arias Torres, L. A.: Código penal anotado, 4ª ed., Lima 2001, p. 34.

[9] Quintero Olivares: Manual de derecho penal. Parte general. 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 2000, p. 319.

[10] Stratenwerth: Derecho penal. Parte General, 4ª ed. Hammurabi, Bs.As. 2005, p. 148, num. 18.

[11] De la Cuesta Aguado, 1996, p. 111.

tipo ([12]). Además, se considera que la imputación objetiva es una exigencia producto del principio de culpabilidad ([13]).

6. La imputación objetiva *(Haftung)* ([14]) no es una simple teoría de la causalidad o un correctivo de la misma, sino que es una exigencia general de la realización típica ([15]). En este sentido, la causalidad entre una acción y su resultado sólo puede constituir una parte del elemento "imputación objetiva". La causalidad va implícita en ese juicio de imputación. Un primer límite mínimo para la realización típica es la causalidad natural. Luego, seguirá la realización de los restantes presupuestos de la imputación objetiva ([16]). La jurisprudencia peruana considera también que no basta con el nexo causal sino que se requiere además de la imputación objetiva: *"El recurrente niega erróneamente la afirmación de un nexo causal entre su conducta y el resultado dañoso producido, cuando señala que la muerte de las víctimas no se produjo por quemaduras, sino por asfixia de gases tóxicos. Se queda con ello en el plano de la causalidad natural. Lo relevante no es la comprobación de la conexión directa de la conducta del agente con el resultado lesivo, sino si a esta puede objetivamente imputársele la producción del resultado"* ([17]).

7. Es bastante aceptado que luego de verificada la causalidad natural, la imputación requiere comprobar, *primero*, si la acción ha creado un **peligro jurídicamente desaprobado** ([18]) y, *segundo*, si el resultado es producto del mismo peligro. Estos dos criterios son la base para la determinación de la imputación objetiva ([19]). A partir de estos dos principios es posible diferenciar entre **imputación objetiva de la conducta** e **imputación objetiva del resultado**.

Riesgo permitido.

---

[12] Cancio Meliá: Conducta de la victima e imputación objetiva. Bosch, Barcelona, 2001, p. 64. Véase, Frisch: Tipo penal e imputación objetiva, Trad. de Manuel Cancio Meliá/Beatriz de la Gándara Vallejo/Manuel Jaén Vallejo/Yesid Reyes Alvarado, Colex, Madrid 1995; Jakobs, La imputación objetiva en el derecho penal, Trad. Manuel Cancio Meliá, Biblioteca de autores extranjeros, Grijley, Lima 2001. Vid. Tab. Mir Puig: Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal **en** http://crimenet.urg.es/recpc/recpc05-05.pdf., p. 9. *Hurtado Pozo* plantea que "conviene permanecer dentro de los alcances propuestos por los defensores de la concepción restrictiva de la imputación objetiva" (2005, p. 433, num. 1136).

[13] Roxin: Derecho penal. Parte general. T. I, Civitas, Madrid 1999, p. 219. Cfr. Mir Puig: Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal **en** http://crimenet.urg.es/recpc/recpc05-05.pdf., p. 11.

[14] La imputación objetiva ubica sus antecedentes en los postulados de la teoría de la relevancia típica, donde buscaron bases jurídicas y no naturales en la relación de acción y resultado. Se parte del pensamiento filosófico de *Hegel* (el idealismo crítico) que luego, serán desarrolladas como precedentes de la imputación objetiva por *Karl Larenz* y *Richard Honig* (Cfr. Bustos/Larrauri, 1989, p. 65; Berdugo, 1999, p. 168). Vid. Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köhler, 2000, p. 23; Zaffaroni, 2000, p. 442.

[15] Mir Puig: derecho penal. Parte general 7ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 254.

[16] Roxin, 1999, p. 346.

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

[18] Jurisprudencia en materia de imprudencia: *"El riesgo socialmente aceptado y permitido que implica conducir un vehículo motorizado no desemboca necesariamente en la penalización del conductor cuando produce un resultado no deseado, ya que sería aceptar que el resultado es pura condición objetiva de punibilidad y que basta que se produzca, aunque sea fortuitamente, para que la acción imprudente sea ya punible. Absurdo que se desvanece a nivel doctrinario con la teoría de la imputación objetiva, en el sentido de que sólo son imputables objetivamente los resultados que aparecen como realización de un riesgo no permitido implícito en la propia acción"* (Exp. 8653-97. 6 de agosto de 1998. Ejecutoria Superior de la Sala Penal de Apelaciones para Procesos Sumarios con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima. **En** Rojas Vargas I, 1999, p. 628).

[19] Cfr. Roxin, 1999, p. 364.

8. El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del **riesgo permitido** (**socialmente adecuado**), pues de lo contrario se excluiría la imputación. Existen en la sociedad riesgos que son adecuados a la convivencia y son permitidos socialmente, de tal manera que no todo riesgo es idóneo de la imputación de la conducta. "No toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del derecho penal, pues ello significaría una limitación intolerable de la libertad de acción" ([20]). Hay riesgos tolerables como permisibles debido a la utilidad social que ellas implican, pero de darse el caso que el individuo rebase más allá el riesgo de lo que socialmente es permisible o tolerable, el resultado ocasionado debe de ser imputado al tipo objetivo.

9. "En determinados ámbitos, la necesidad de un riesgo permitido en modo alguno es contradictoria con la protección de bienes jurídicos: para poder hacer uso de los bienes, es necesario poner en peligro estos u otros bienes. Simplemente, quien sale a la calle se pone en peligro, y quien llama a un médico para que le atienda en su casa no puede ser, al menos de modo coherente, contrario a todo tipo de tráfico rodado" ([21]) ([22]).

10. No es pacífico el debate sobre la ubicación sistemática del riesgo permitido y su contenido jurídico-penal. Así, "un sector lo equipara total o ampliamente con la adecuación social, otro lo separa de la adecuación social y lo utiliza para casos de consentimiento en una actuación imprudente o como principio estructural común a diversas causas de justificación. En ocasiones también se le niega toda relevancia al riego permitido en los delitos dolosos; y entonces sólo se reconoce como causa de justificación de delitos imprudentes" ([23]). Por nuestra parte, entendemos al riesgo permitido como una causal de exclusión de la imputación objetiva del tipo penal, como "una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida" ([24]).

11. El riesgo permitido frecuentemente se encuentra regulado normativamente (ejemplo: tráfico automotor, funcionamiento de industrias, prácticas deportivas, etc.), pero no siempre pues existen ámbitos donde se carece de dichas regulaciones (ejemplo: *lex artis* de la actividad médica, construcción, cuidado de niños, etc.). Por otro lado, también deben incluirse aquellos casos en los que el elemento preponderante es la "normalidad social" de la conducta que genera el riesgo ([25]).

12. Si se presenten supuestos de **aumento del riesgo permitido**, se admitirá la imputación penal. Por ejemplo, el legislador (en el caso de riesgos regulados normativamente) autoriza la actividad de establecimientos peligrosos (en casos de utilidad social), trafico moderno, etc., de manera que se toleran riesgos hasta un cierto

[20] Bacigalupo, 1998, p. 188.
[21] Jakobs: La imputación objetiva en el derecho penal, Grijley, Lima 2001, p. 27.
[22] Las tradiciones de una determinada sociedad ha jugado un papel importante en relación a la permisibilidad de ciertos riesgos, a tal grado que se han convertido en costumbres (Jakobs, 2001, p. 27).
[23] Roxin, 1999, p. 371. Vid. Jakobs: Derecho penal. Parte general. Marcial Pons Ediciones, Madrid, 1995, p. 245 y ss.
[24] Roxin, 1999, p. 371.
[25] Cancio Melía **en** Díaz-Aranda/Cancio Melía: La imputación objetiva del resultado a la conducta, Rubinzal-Culzoni, Bs.As. 2004, p. 23.

límite y sólo podrá haber imputación si la conducta del agente significa un aumento de dicho riesgo permitido.

13. Por otro lado, se excluye la imputación cuando medie **disminución del riesgo** en los que el agente "obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado mayor" ([26]). Con la modificación del curso causal por parte del sujeto activo se disminuye el peligro y con ello se mejora la situación del bien jurídico. Es conocido el ejemplo que sujeto que busca desviar un objeto pesado que cae en dirección a la cabeza de otro, pero sólo consigue desviarlo a otra parte de su cuerpo. Por lo tanto, hay que excluir la imputación de la conducta, porque sería algo absurdo prohibir acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido ([27]). Lo problemático está en qué medida el sujeto reduce el riesgo. Exigirle al sujeto que optimice sus posibilidades de protección estará en función a si el autor es garante o no de la protección al bien jurídico, por ello, parece razonable en que dichos supuestos opere el consentimiento presunto ([28]).

14. Existen supuestos de **riesgo insignificante** en los que *ex ante* no se da un riesgo suficiente. Este principio implica la falta de significación social de la conducta y la no punibilidad surge desde el bien jurídico protegido y se extiende a la estructura de los tipos penales. Siendo el bien jurídico el encargado de darle significación a la realización típica, creemos que también no son imputables las conductas que le suponen una insignificante afectación ([29]). "La exclusión de la tipicidad penal no procede en estos casos de que no pueda establecerse la conexión necesaria entre una lesión penalmente relevante y la conducta de su autor, sino de la irrelevancia penal de la lesividad del hecho, por ser socialmente admitida o insignificante, atendido el contexto en que se produce" ([30]). Ejemplo: el que sin derecho priva a otro de su libertad personal por breves minutos reteniéndolo en un transporte colectivo o en un ascensor, no comete delito de secuestro.

Principio de confianza.

15. Este principio es muy interesante de aplicación en nuestras actuales sociedades, pues supone que cuando el sujeto obra confiado en que los demás actuarán dentro de los límites del riesgo permitido no cabe imputarle penalmente la conducta. Así, si por ejemplo, el conductor que respeta las señales del tráfico automotor espera que los

[26] Bacigalupo, 1998, p. 190.
[27] Cfr. Roxin, 1999, pp. 365-366.
[28] Bacigalupo, 1998, p. 191.
[29] Sobre el principio de la insignificancia, con diferentes fundamentos. Roxin: Política criminal, p. 53. Zaffaroni/Alagia/Slokar: Manual de derecho penal. Parte general, Ediar, Bs.As. 2005, p. 372 (atipicidad conglobante por la insignificancia de la afectación). Welzel (Derecho penal alemán, Parte general, Depalma Bs. As., 1976, p. 84) incluye las lesiones insignificantes, privaciones de libertad irrelevantes, juegos en pequeñas cantidades, entrega de regalos de escaso valor para año nuevo, etc. en el desarrollo de su teoría de la adecuación social. *Mir Puig* las separa, "porque no supone la total aprobación social de la conducta, sino solo una relativa tolerancia de las mismas por su escasa gravedad" y coloca como ejemplos las faltas deportivas, empujones y molestias en los transportes, etc. (1985, p. 461).
[30] Mir Puig: Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal, *http://crimenet.urg.es/recpc/recpc05-05.pdf, 2003, p. 16.*

demás también lo hagan y si alguien cruza la calzada en "luz roja" y se produce un accidente con lesiones en las personas, éstas no les serán imputables. Es requerible este principio sólo si el sujeto "que confía ha de responder por el curso causal en sí, aunque otro lo conduzca a dañar mediante un comportamiento defectuoso" ([31]). Creemos que este principio de confianza no está sólo limitado al deber de cuidado propio de los delitos imprudentes, pues también es posible en los delitos dolosos. En la jurisprudencia peruana se aplica este principio en el ***Caso del transportista usando una tarjeta de propiedad falsa:*** *"el encausado actuó de acuerdo al principio de confianza, filtro de la imputación objetiva que excluye cualquier responsabilidad o atribución típica del algún delito, pues implica una limitación a la previsibilidad, exigiendo, como presupuesto, una conducta adecuada a derecho y que no tenga que contar con que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento jurídico de otro. Este filtro permite que en la sociedad se confíe en que los terceros actuaran correctamente, por tanto no estamos obligados a revisar minuciosamente la actuación de aquellos, pues, ello generaría la disminución de las transacciones económicas y del desarrollo de la sociedad. El encausado se ha limitado a desarrollar su conducta conforme a los parámetros de su rol de transportista de carga chofer, existía en él la expectativa normativa de que su empleador había tramitado correctamente las tarjetas de propiedad falsas; en consecuencia, no se puede imputar objetivamente el delito de falsedad documental impropia al encausado, más aun, si no se ha acreditado que el encausado haya tenido conocimiento de la falsedad de las tarjetas de propiedad, lo que conllevaría a la inaplicación del filtro referido"([32]).*

16. Resulta necesario una división del trabajo para que "los participantes no tengan que controlar todas las posibilidades de influencia, sino sólo determinadas, y éstas sólo con atención no dividida" ([33]). Siendo así decaería la posibilidad de confianza permitida, por ejemplo, cuando al competente en sí le falte el conocimiento de las reglas o la posibilidad de seguirlas, o cuando es función de un participante compensar el comportamiento defectuoso de otros ([34]). Tiene importancia práctica ante los constantes *contactos anónimos*, donde las consecuencias de nuestras acciones dependen de personas que desconocemos y en actividades o trabajos peligrosos que se basan en un reparto de funciones en beneficio social. "El principio de confianza no sólo posibilita contactos anónimos sino que también permite organizar una tarea común sin que esta se vea impedida por el temor a que se responda por hechos defectuosos ajenos" ([35]).

Prohibición de regreso.

17. En el derecho penal se ha experimentado una evolución de esta teoría desde su antigua formulación entendida como una "condición previa" para limitar a la

[31] Jakobs, 1995, p. 254.
32 Exp. 142-06, Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres, Corte Superior de Justicia de Lima, dos de abril de dos mil siete (séptimo considerando).
[33] Jakobs, 1995, p. 255.
[34] Idem.
[35] Feijoo Sánchez, 2002, pp. 300-301.

causalidad, hasta la actual en el marco de la imputación objetiva ([36]). En su formulación original se trataba de casos en los que con posterioridad a una conducta imprudente se producía un comportamiento doloso. En la actualidad, la prohibición de regreso se constituye como un criterio delimitador de la imputación de la conducta que de modo estereotipado es inocua, cotidiana, neutral o banal y no constituye participación en el delito cometido por un tercero ([37]). Así, el comerciante que le vende a otro un cuchillo de cocina no quebranta su rol aunque el comprador le exprese que lo usara para cometer un homicidio ([38]). La jurisprudencia peruana viene aceptando estas formulaciones de la doctrina penal como por ejemplo en el ***Caso del Transportista de Carga***: *"Que es pertinente aplicar al caso de autos los principios normativos de imputación objetiva que se refieren al riesgo permitido y al principio de confianza, ya que el acusado dentro de su rol de chofer realizó un comportamiento que genera un riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad, y por tanto, no le es imputable el resultado (prohibición de regreso) al aceptar transportar la carga de sus coprocesados y al hacerlo en la confianza de la buena fe en los negocios y que los demás realizan una conducta lícita; no habiéndose acreditado con prueba un concierto de voluntades con los comitentes y estando limitado su deber de control sobre los demás en tanto no era el transportista, dueño del camión sino sólo el chofer asalariado del mismo, estando además los paquetes de hojas de coca camuflados dentro de bultos cerrados; aclarando que el conocimiento exigido no es el del experto sino por el contrario de un conocimiento estandarizado socialmente y dentro de un contexto que no implique un riesgo no permitido o altamente criminógeno"* ([39]).

18. La problemática de los *conocimientos especiales* (entrenamiento, formación especiales) que pueda tener el sujeto, creemos que no han de tomarse en cuenta ([40]). En todo caso, solo de una manera subsidiaria podrá surgir una responsabilidad penal para quien actúa neutralmente en los supuestos que el aporte neutral favorezca una situación de peligro a un tercero o a la colectividad, que pueda entenderse como una infracción de un *deber de solidaridad mínima* que se expresaría como un delito de omisión de auxilio u omisión de denuncia ([41]).

Imputación objetiva en la participación.

19. Desde una particular concepción de la accesoriedad, *Jakobs* señala que "quien participa en la fase previa no responde jurídico-penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es el suyo propio" (42). Así, no existe participación cuando una conducta pasa a ser lesiva exclusivamente por la

[36] Véase la evolución histórica de la prohibición de regreso: Reyes Alvarado, 1995, pp. 320-330. Sobre la reformulación de la prohibición de regreso y su actual importancia en la teoría de la imputación jurídico-penal, véase Caro John, José A.: La imputación objetiva en la participación delictiva, Comentarios a la jurisprudencia penal, Grijley, Lima 2003. Vid. idem: *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten- Regressverbot*. Studien zum Strafrecht Band 11, Nomos/Dike 2007.

37 Jakobs 2001, p. 30.

38 Zaffaroni/Aliaga/Slokar 2005, p. 397: vid. La distinción entre roles banales y no banales.

[39] Ejecutoria suprema del 25 de noviembre del 2004, R. N. 552-2004 Puno, considerando tercero.

40 Cfr. Jakobs 2001, p.64

41 Cfr. Caro John: Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales *en* Rev. Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales, Nº 5 Lima 2004, p. 105

42 Jakobs, 2001, p. 73.

transformación que un sujeto hace de sus consecuencias (43). Por esta vía, "un comportamiento es accesorio 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" (44). No compartimos completamente la peculiar concepción de participación de *Jakobs*, pues entendemos que, por ejemplo, la definición de la complicidad debe atender finalidades protectoras de bienes jurídicos que orientan al Derecho Penal y no sólo la infracción al deber del sujeto en relación a su rol específico en la sociedad; sin embargo, reconocemos que este autor formula una interesante argumentación (45).

20. Creemos que se puede operar con algunas reglas: *Primero*, no responde como partícipe quien realiza un comportamiento cotidiano que está relacionado con la conducta delictiva de otra persona, sin embargo, *no hay nada en común entre ellos*. Ejemplo: los terroristas que amenazan con asesinar a un alto funcionario, durante el juicio que se sigue contra un correligionario, siendo el asesinato de éste, responsabilidad exclusiva de ellos y no de los jueces que conducen el proceso. "Un comportamiento cotidiano e inocuo no adquiere significado delictivo cuando el autor lo incluye en sus planes. Puesto que se ha mantenido dentro del marco de su rol inocuo, el sujeto no tiene porqué consentir que se le imponga como definición de su comportamiento la que el autor del delito establece tomando dicho comportamiento como razón del hecho delictivo" (46).

21. *Segundo*, entre el autor y el partícipe existe algo en común que se limita a un aporte que puede obtenerse en cualquier otro lugar y que no supone un riesgo especial y el autor hace uso de esta contribución para cometer el delito. Ejemplo: *negocios habituales*.- el vendedor de alimentos no responde como partícipe de un homicidio aún cuanto conozca que el comprador piensa colocar veneno en el alimento para matar a otro. *Informaciones veraces*.- el abogado no responde como partícipe si proporciona respuestas técnicas a un empresario sabiendo que va a cometer un delito económico. "Nadie responde de las consecuencias que deriven del cumplimiento puntual de sus obligaciones contractuales" (47). Este es el campo de mayor aplicación de la *prohibición de regreso* en la participación, pero obviamente habrá que afirmar responsabilidad si existe un deber preexistente. Ejemplo: el padre que proporciona información inocua a otro sobre las costumbres de sus hijos sabiendo que éste piensa incorporarlo en su plan de ejecución para matarlos, sí responde como partícipe, pues tiene deber de protección.

---

43 "La responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión decae cuando una acción llega a ser causal de un resultado típico sólo porque un tercero desvía, sin relación con el agente las consecuencias de la acción hacia el daño" (Jakobs, 1995, p. 259)

44 Jakobs, 2001, p. 85.

45 Cfr. López Peregrín: La complicidad en el delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 264. Sobre los riesgos permitidos y los actos cotidianos, *Roxin* considera que la calificación de una conducta como un acto cotidiano y su consecuente impunidad no se desprende de manera automática -como piensa *Jakobs*- del hecho que se trate de un intercambio habitual comercial o de información, sino que dependerá de las circunstancias que se presenten en el caso específico. "Si el sujeto que realiza el acto cotidiano conoce la intención del autor, responderá como cómplice en el caso de que su aportación no tenga para el autor sentido en sí misma, sino sólo dentro del plan delictivo. Si no conoce la intención del autor, pero se plantea como posible la comisión del delito, responderá por dolo eventual sólo si, además, se dan suficientes elementos objetivos como para desvirtuar el principio de confianza" (López Peregrín, 1997, p. 270).

46 Jakobs, 2001, p. 77.

47 Jakobs, 2001, p. 78.

La jurisprudencia peruana ha desarrollado estas ideas, por ejemplo en el ***Caso del Jefe de Banca Personal***: *"Que a los efectos de delimitar el aporte propiamente típico del partícipe es de tener presente, como anota la doctrina jurídico penal, que existe un ámbito de actuación de éste último que es inocua y cotidiana, y que sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso, lo que obliga a distinguir entre intervenciones propias y creación de una situación en que otros realizan el tipo (...); que las funciones que realizó el citado imputado no están fuera de las que le correspondían (...); que, en efecto, mandar recoger o, en su caso, recepcionar cuatro cheques, colocarles su visto bueno, y de ese modo que se hagan efectivos y que dicho monto se deposite en la cuenta personal en el propio Banco del entonces Presidente Regional de La Libertad, aún cuando procedan de Bancos distintos al Banco de Crédito, constituyen operaciones bancarias propias del ámbito de actuación del Jefe de Banca Personal I y, en si mismas, no pueden considerarse como actos idóneos de facilitación o apoyo para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito"* (48).

22. *Tercero*, existe participación de quien tiene el deber de no disponer de determinados instrumentos, respondiendo de las consecuencias delictivas. Ejemplo: quien proporciona a otro armas y explosivos, que requieren licencia para su uso, y éste comete un delito. *Cuarto*, responde como partícipe, el que no realiza una prestación de naturaleza neutral, sino que específicamente configura su aporte de manera tal que encaja en el contexto de un delito. Ejemplo: no es lo mismo organizar la ruta de una fuga que proporcionarles un plano de la ciudad a los autores de un delito. Estos supuestos corresponden a los casos habituales de instigación y complicidad (49). *Quinto*, también es posible afirmar responsabilidad si el aporte, calificable de inocuo, se prestó en un *contexto* claramente delictivo. Ejemplo: el vendedor de lampas quien proporciona una de estas a sujetos heridos que participan en una violenta riña frente a su establecimiento comercial. La venta de una pala usada para la jardinería es normalmente un comportamiento inocuo, socialmente adecuado, pero es diferente la venta realizada en las circunstancias de una riña.

Imputación objetiva en la complicidad.

23. En principio, es requisito necesario, pero no suficiente, determinar la *causalidad de la complicidad* en el sentido de la *conditio sine qua non*, y al margen de juicios causales hipotéticos alternativos (50). "Lo correcto es acogerse al requisito de la causalidad de la complicidad (...) es suficiente para la causalidad de la complicidad que ésta haya posibilitado, facilitado, incrementado o intensificado el hecho principal. Se está en correspondencia con este planteamiento cuando, a través del concepto de 'incremento del riesgo', se caracteriza a la complicidad sólo como una forma mediata del favorecimiento causal del hecho principal" (51). Creemos que además de la causalidad

48 Ejecutoria suprema de la Sala Penal del 16 de setiembre del 2004, R. N. 2270-2004-La Libertad.
49 Idem., p. 82.
50 López Peregrin, 1997, pp. 277-278.
51 Jescheck, 2002, p. 747. "La eficacia causal puede tener lugar de varias formas. *Facilita* el hecho principal quien, por ejemplo, entrega herramientas que efectivamente son utilizadas en el robo, quien sujeta la escalera mientras el autor sube por ella para entrar por una ventana, o quien entrega la dirección de un abortista a la mujer que acude allí a que le sea practicada una interrupción ilegal del embaraza. *Intensificada* el resultado pri8ncipal, por otro lado, quien aporta un arma o un veneno susceptible de provocar un daño mayor que aquéllos que poseía el autor, siempre que éste los utilice en la comisión del delito. Por su parte, *asegura* el resultado principal aquél que

deben regir las reglas de la **imputación objetiva** de tal manera que deberá verificarse si es posible imputar objetivamente al cómplice las conductas causadas (52). En todo caso, "la pregunta por la imputación del resultado típico se torna problemática en la complicidad, porque son varias las acciones que ponen la totalidad de las circunstancias necesarias para la producción del resultado, y, de este modo, se debe explicar la relación de aquellas varias acciones con este único resultado" (53).

24. En el caso especifico de imputaciones por complicidad en supuestos de **conductas neutrales** (colaboración neutral, actos cotidianos, comportamientos jurídicamente neutrales, socialmente adecuados, adecuados a la profesión, en general conductas en sí mismas reglamentadas), lo recomendables es que se excluya la penalidad por complicidad (54). Entendemos por *conducta neutral* o *cotidiana* la intervención en el tráfico de bienes o servicios, generalmente legal y habitual, pero que al mismo tiempo puede incrementar las posibilidades de realización de un delito. Precisamente, es en este tipo de casos en los que el riesgo permitido adquiere su papel más importante con relación a la participación. Ejemplo: el taxista que por el precio de un servicio normal lleva al asaltante hasta el domicilio de la víctima conociendo sus planes; el panadero que vende una torta conociendo que el cliente pretende envenenarlo para matar a su cónyuge; el fabricante de materias primas que las suministra a una empresa sabiendo que en la fabricación se afecta el medio ambiente. En este sentido, "Las acciones que pueden ser calificadas *desde el punto de vista del sujeto que realiza la aportación* como actos cotidianos, con sentido en sí mismos, no podrán constituir complicidad en el delito cometido por quien la recibe, independientemente del grado de conocimiento que se tenga del plan delictivo" (55). En todo caso deberán operarse con las reglas de imputación objetiva antes desarrolladas. La jurisprudencia peruana se refiere a estos supuestos: ***Caso del Taxista***: *"Estando demostrado que el acusado se limitó a desempeñar su rol de taxista, tal comportamiento debe ser calificado de inocuo, ya que no es equivalente, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado, aun cuando en algún momento del desarrollo de la acción haya tenido conocimiento de la ilicitud de los hechos desplegados por sus contratantes; pues ello no es sustento suficiente para dar lugar a alguna forma de ampliación del tipo"* (*56*). ***Caso de la Arrendadora***: *"En autos no se encuentra acreditado que la encausada absuelta hubiera incurrido en el ilícito penal de tráfico*

---

aporta información sobre los horarios o costumbres de la víctima, si ésta es utilizada para elegir el momento más propicio para la ejecución del plan delictivo. Por último, *acelera* la producción del resultado quien, por ejemplo, se encarga de ir metiendo en el coche las pesadas bolsas con los objetos robados que el autor va sacando de la casa, o quien ayuda a reunir la leña con la que el autor va a prender fuego a un local" (López Peregrin, 1997, p. 282).

52 Bacigalupo, 1998, p. 387. "La causalidad es, pues, un requisito necesario para afirmar la tipicidad objetiva de la aportación del cómplice. Pero no es el único: al Derecho penal sólo le interesan los resultados causados por acciones u omisiones desvaloradas jurídicamente. En consecuencia, la delimitación de la conducta típica de complicidad pasa por definir tanto los requisitos del desvalor de la acción del cómplice, como del desvalor del resultado de colaboración" (López Peregrin, 1997, p. 357).

53 Samson: Cursos causales hipotéticos en derecho penal. Una contribución sobre la causalidad de la complicidad, Hammurabi, Bs.As. 2003, p. 83. Sobre complicidad e Imputación Vid. López Peregrin, 1997, pp. 225 y ss.

54 Ransiek: Colaboración neutral en organizaciones formales **en** Revista Peruana de Doctrinas y Jurisprudencia Peruanas N° 4, 2003, p. 335. Vid. Robles Planas; Ricardo: La Participacion en el delito: fundamento y limites, Marcial Pons, Barcelona, 2003 pp.31 y ss. Fidel Mendoza LL. : Conductas neutrales, conocimientos especiales e imputación objetivas **en** Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, Nº 7, Grijley, Lima 2006, pág. 37.

55 López Peregrin, 1997, p. 273. Vid. el análisis crítico de las soluciones que plantean *Roxin* y *Jakobs* **en** López Peregrin, 1997, pp. 258-270.

56 Ejecutoria suprema del 7 de marzo del 2001, R. N. 4166-99. **En** Caro John, 2003, p. 92.

ilícito de drogas, puesto que al ser propietaria del inmueble donde se arrendaban cuartos no supone participación en la conducta de sus inquilinos, lo que está corroborado por el sentenciado, quien manifestó igualmente que las especies con adherencias de droga, las utilizó para transportar la pasta básica de cocaína húmeda que se encontró en su poder; actuando está dentro de una conducta adecuada y dentro de un ámbito de confianza; no siendo así atendible otorgar, en este caso con tales elementos, reprochabilidad penal a la propietaria" (57).

Imputación a la víctima.

25. Si es la misma victima quien con su comportamiento contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido, pensamos que existirá imputación al ámbito de su competencia (58).La jurisprudencia peruana, excluye de la imputación objetiva los supuestos en los que la creación del riesgo no recae en manos del sujeto activo sino de los mismos sujetos pasivos: ***Caso del Festival de Rock****: "Quien organiza un festival de rock con la autorización de la autoridad competente, asumiendo al mismo tiempo las precauciones y seguridad a fin de evitar riesgos que posiblemente pueden derivar de la realización de dicho evento, porque de ese modo el autor se está comportando con diligencia y de acuerdo al deber de evitar la creación de riesgos; que, de otra parte, la experiencia enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataforma bailable como imprudentemente le dieron uso los agraviados creando así sus propios riesgos de lesión; que, en consecuencia, en el caso de autos la conducta del agente de organizar un festival de rock no creó ningún riesgo jurídicamente relevante que se haya realizado en el resultado, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo"* ([59]). ***Caso del Calentador de Agua****: "Los daños sucedidos en la casa de agraviado configurarían faltas contra el patrimonio, sin embargo en cualquiera de los dos casos (delitos de daños o faltas contra el patrimonio) la conducta del procesado deviene en atípica, pues ya realizado y consumado el delito de estafa pasaron cuatro días para que el técnico que debiera instalar el BOTITO-HOT BOX (60), así fue sin embargo la creación del riesgo de daños no fue derivado del actuar del procesado ni muchos menos del técnico porque el que asumió el riesgo fue el agraviado en el instante en el que el técnico le advirtió del bajo amperaje que tenía su medidor de luz: De esta manera se configura lo que se denomina la COMPETENCIA DE LA VICTIMA pues es el quién es responsable de su deber de autoprotección, deber que no ha desempeñado al asumir el su propia creación de riesgo no permitido"(61).*

57 Ejecutoria suprema del 24 de noviembre del 2004, R. N. 608-2004 Ucayali, considerando primero

58 Cfr. Jakobs 2001, p. 32. Cancio Melia 2001, pp. 284 y ss.

59 Exp. 4288-97 Ancash. Lima, 13 de abril de 1998. Sala Penal de la Corte Suprema. **En** Prado Saldarriaga: Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia, ob. cit., p. 99. Otra jurisprudencia: *"El accidente de tránsito en el cual se produjo la muerte del agraviado tuvo como factores preponderantes el estado etílico en que éste se encontraba, el que según el Certificado del Dosaje Etílico (...)alcanzaba los dos puntos cincuenta Cg/L unido al hecho que manejaba su bicicleta sin frenos en sentido contrario al del tránsito y sin que en modo alguno esté probado que el procesado hubiera actuado imprudentemente, pues por lo contrario está demostrado que conducía de acuerdo a las reglas de tránsito".* Exp. 1789-96 Lima. 25 de febrero de 1997. Primera Sala Penal de lo Corte Superior de Lima. **En** Prado Saldarriaga: Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia, ob. cit., p. 95.

60 Calentador digital de agua.

61 Exp. 1219-04 Corte Superior de Justicia de Lima, Tercera Sala Especializada en lo penal para procesos con Reos Libres, Lima 1º septiembre 2006, octavo considerando. Vid. también: Cornejo Perales/Bellido Clavijo: imputación a la víctima: una aproximación a su contenido dogmatico (critica a la sentencia de la Sala Penal Transitoria R.N. Nº 623-2004-Cusco en JUS Doctrina & Practica Nº 5 2007, pp.61 y ss).

26. Los criterios normativos señalados por la teoría de la imputación objetiva no sólo están referidos a la determinación de la tipicidad de la conducta, sino que también ofrece reglas para precisar que, luego que se haya afirmado que la conducta es típica, en qué supuestos el resultado producido puede ser imputado a la conducta (***imputación objetiva del resultado* o *imputación objetiva en sentido estricto***). De lo que se trata es de explicar el resultado que se ha producido y sólo podrá relacionarse el resultado con la conducta cuando ésta sea su factor causal determinante, de manera que adquiere importancia el análisis cuando, a lado de la conducta típica, concurre otra explicación alterna como podría ser un accidente o la conducta de un tercero (62).

Relación de riesgo.

27. Presupuesto de la imputación objetiva del resultado es la imputación de la conducta pues no es suficiente una simple sucesión de estos dos criterios sino que además es necesaria una relación objetiva entre ellos ([63]). Así, el resultado causado debe verse como realización del riesgo inherente a la conducta. Además de la relación de causalidad, se requiere una **relación de riesgo** entre la conducta y el resultado ([64]). Es posible negar la imputación objetiva en supuestos en que a pesar que el resultado ha sido causado por una conducta que creó un riesgo prohibido, sin embargo el resultado final es producto de otro riesgo ajeno al sujeto (**riesgos concurrentes**) como por ejemplo cuando el que dispara a matar a otro, sólo lo lesiona, y luego muere producto de un incendio ocurrido posteriormente en el hospital ([65]).

Nexos causales desviados.

28. En los **nexos causales desviados** lo que importa es verificar si el supuesto se desarrolló dentro de los márgenes del riesgo que objetivamente existían durante la realización del riesgo en el resultado, no lo que él se haya imaginado sobre las consecuencias de su conducta. Ejemplo: el que hace caer a otra persona al mar para que muera ahogado, pero al precipitarse se golpea la cabeza en una roca y fallece. En este supuesto habrá imputación. Criterio similar se puede utilizar en los supuestos de *extrema rareza del acontecer* ([66]).

Interrupción del nexo causal.

29. Resulta relevante a efectos de la imputación objetiva, las modificaciones de la causalidad natural siempre y cuando ésta genere un aumento o anticipe en el tiempo el

---

[62] Cancio Melía **en** Díaz-Aranda/Cancio Melía, 2004, pp. 32-33.
[63] García Cavero: derecho penal económico. Parte general, Ara, Lima 2003, p. 447.
[64] Mir Puig, 2004, p. 257.
[65] Se excluye la imputación si falta la realización del peligro. El peligro debe de darse en el resultado. Si ocurre que el resultado se genera no por la producción del peligro sino por un mero nexo de causalidad, no habrá imputación (Cfr. Roxin, 1999, p. 373). "El examen de la realización del peligro es previo, de tal manera que el curso de los hechos realmente producido debe medirse en un segundo juicio de peligro que hay que efectuar tras concluir la acción del autor" (Roxin, 1999, p. 373).
[66] Bacigalupo, 1998, p. 197.

resultado, mediante la intensificación del peligro ([67]). Se trata de los supuestos de **interrupción del nexo causal** por acciones humanas autónomas. Ejemplo: la víctima herida mortalmente que recibe un nuevo disparo de un tercero, y a consecuencia de éste, fallece. "Se produce en estos casos una desviación del curso causal que, en cuanto no quepa contar él *ex ante*, no puede imputarse a la conducta inicial, por mucho que éste entrañara un riesgo suficiente de causar la muerte de otro modo" ([68]).

Resultados que se van a producir a largo plazo.

30. Diferentes supuestos ilustran la problemática de los resultados producidos a largo plazo ([69]): *Primero*, casos de "**daños permanentes**" (*Dauerschaden*) en los que tras una primera lesión se produce un daño permanente que origina una consecuencia lesiva ulterior (quien causa una lesión grave a un cambista, que le inhabilita a caminar y años después, esta persona, al ser asaltada en la vía pública, y ante su imposibilidad de huir, es ejecutada por los asaltantes). *Segundo*, los llamados "**daños sobrevenidos**" (*Folgenverletzungen*) en los que el resultado está co-determinado por la persistencia de una lesión inicial no curada y un factor causal externo. (el paciente que ingresa en el hospital con una intoxicación vitamínica originada por un error de un farmacéutico y fallece de una gripe contraída en aquél nosocomio). *Tercero*, casos de "**resultados tardíos**" (*Spätfolgen*) en los que la víctima sufre daños que acortan su expectativa de vida. (sujetos víctimas de transmisión del virus del sida, supuestos en los que se discute si es posible imputar al que provocó el contagio, no sólo la enfermedad si no el posterior resultado muerte hacia el que la víctima evoluciona).

31. Pensamos que en los dos primeros casos se excluye la imputación del resultado, pues lo contrario implica ampliar excesivamente el ámbito de la punibilidad hasta incluso alcanzar resultados sólo fundamentables con una explicación inequívocamente *versarista* que responsabilice al primer agente de cualquier consecuencia vinculada causalmente a su conducta ([70]). En el caso de los resultados tardíos, que presentan una complejidad mayor, se afirma la imputación del primer acto (por tentativa o por imprudencia) ([71]), pero es muy discutido si se podrá imputar el efecto tardío, pues ello dependerá de si se trata de riesgo a la vida que afectan a la víctima o si ésta ha omitido adoptar medidas de protección (en cuyo caso asumirá el riesgo de daños posteriores), de si se trata de supuestos en los que la aparición de la consecuencia tardía no supone la posibilidad de adoptar dichas medidas o no sean exigibles a la víctima, hipótesis en el que sí se podrá imputar el resultado al causante del daño original ([72]). Sin embargo, el transcurso del tiempo puede hacer *impráctica* esta solución (cosa juzgada,

[67] Roxin, p. 369.
[68] Mir Puig, 2004, pp. 257-258.
[69] Gómez Rivero: La imputación de los resultados producidos a largo plazo. Especial referencia a la problemática del SIDA. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 17-18.
[70] Gómez Rivero, 1998, p. 46. Cfr. Bacigalupo, 1998, p. 197.
[71] Vid. sobre la responsabilidad del autor en los casos de producción del resultado tardío y las posibilidades de apreciar la tentativa en los procesos causales a largo plazo: Gómez Rivero, 1998, pp. 80 y ss. Rechaza la responsabilidad por tentativa: Vásquez Chimajuko: Responsabilidad penal por contagio de SIDA. Aspectos político-criminales y problemas de tipicidad, Grijley, Lima, 2004, p. 97.
[72] Jakobs, 1995, p. 277, num. 81.

prescripción, etc.) ([73]).

Fin de protección de la norma penal.

32. El resultado debe estar comprendido dentro del **fin de protección de la norma penal** donde se va a prever las conductas delictivas ([74]). En el ejemplo del sujeto que mata a otro y la anciana madre de la víctima, al recibir la noticia de su muerte, fallece de una falla cardíaca. La muerte de la madre no le es imputable objetivamente al autor pues "la norma penal que tipifica el delito de homicidio pretende proteger la vida, pero solo en una esfera de inmediatez con las acciones típicas" ([75]). En consecuencia, la muerte de la anciana esta fuera de la esfera de protección de la norma. Creemos posible utilizar este criterio en los supuestos que el riesgo no permitido no se realiza en el resultado cuando éste se produce por un riesgo general normal (ejemplo: el lesionado por otro que muere en el incendio del hospital) y cuando el riesgo no permitido se produce más tarde sobre una víctima que en el momento de la creación riesgo no estaba amenazada por éste (ejemplo: quien se pasa una luz roja y a dos cuadras de distancia atropella a otro causándole lesiones, en el momento en que ya conducía conforme al reglamento de tránsito) ([76]).

Imputación del resultado en el ámbito de responsabilidad por el producto.

33. Los supuestos de comercialización de ciertos productos peligrosos para la salud pueden suponer responsabilidad por el producto, cuyo resultado puede identificar dos momentos: cuando el producto peligroso es ofrecido en el mercado y cuando el producto ya ha sido utilizado y se han causado lesiones o muertes dolosas o imprudentes. Estas situaciones marcadas por la complejidad de la elaboración y distribución de un determinado producto, pueden plantear problemas de prueba sobre la causalidad y consecuentemente de la imputación del resultado; sin embargo han motivado que la doctrina admita una amplia posibilidad de imputación del resultado ([77]), incluso si fracasara la *conditio sine qua non*, aunque es un tema muy controvertido. En la experiencia internacional, son paradigmáticos el *caso Contergan*, el *caso Lederspray* (entre millares de usuarios de pulverizadores para la protección del cuero se observo la aparición de unos cuarenta casos de edemas pulmonares *-problema de causalidad multiple-*), el *Caso del aceite de la colza* (distribución de aceite de la colza –no destinado a la alimentación humana sino a actividades industriales y casi exclusivamente a las siderúrgicas- que fue desnaturalizado con anilina, mayoritariamente por vendedores

[73] "Que no podamos imputar efectos tardíos por un tiempo indefinido tiene su razón, por tanto, no en un criterio de Justicia, sino únicamente en la conclusión práctica del conflicto. No es una cuestión de principio, sino una consecuencia procesal inevitable del carácter de cosa juzgada de la sentencia" (Puppe: La imputación del resultado en derecho penal ARA Lima, 2003, p. 262). Esta autora precisa que resulta legítimo dejarlo al azar, como ocurre en otros supuestos de cosa juzgada, de manera que si el autor es condenado en sentencia firme por tentativa o por imprudencia del primer daño antes que aparezca el resultado tardío, habrá tenido suerte; sin embargo, si el autor fuere detenido después de la muerte de la víctima no habría razón para no condenar al autor por un homicidio consumado (Idem.).

[74] Cfr. Muñoz Conde/García Arán, 1996, p. 246.

[75] Gómez Benítez, 1987, p. 190.

[76] Bacigalupo, 1998, pp. 195 y 196.

77 Kuhlen: Cuestiones fundamentales de la responsabilidad por el producto **en** Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. J.M. Bosch, Barcelona 1996, p.239

ambulantes que provoco 330 muertes y quince mil afectados, a pesar que no pudo reproducirse experimentalmente ni conocerse el concreto mecanismo causal que origino las muertes(78). En los dos últimos casos solo existió una coincidencia temporal (en el caso del uso de spray) o una relación estadística llamativa (entre la aparición de síndromes tóxicos y la distribución del aceite. Los tribunales alemán y español respectivamente tuvieron que decidir cómo debe probarse una *ley causal general.* Así, si bien un enunciado estadístico no es una ley causal sino a lo sumo un indicio de su existencia, entonces la admisión de una ley causal por el juzgador no es un acto de libre disposición de la prueba, sino una particular decisión judicial. "Las ciencias empíricas no disponen de estándares de validez general para la prueba de hipótesis causales generales (leyes causales). Por esta razón un Tribunal puede basar su sentencia en una hipótesis causal que se reconozca suficientemente confirmada por un sector representativo de la ciencia empírica correspondiente" (79).

Cumplimiento de deberes de función o de profesión.

34. En el derecho penal peruano es mayoritaria la opinión que ésta es una causa de justificación ([80]) ([81]).Por nuestra parte, consideramos que se trata de un supuesto de **ausencia de imputación objetiva** (*atipicidad*) pues, "cuando haya una obligación específica de actuar para el sujeto, no se trata ya de un permiso, sino que cometería delito si no actuara" ([82]). En estos casos se presentaría una grave contradicción: no actuar sería tan típico como actuar. Consideramos que el resultado que genera una conducta amparada por el cumplimiento de deberes (Art. 20 inc. 8 C.P peruano) no se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma ([83]). Así, la jurisprudencia penal peruana ha señalado que *"El acto médico constituye -como afirma un sector de la doctrina penalista nacional- una causal genérica de atipicidad: la sola intervención profesional de un*

78 Rodríguez Montañez: Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del "Caso de la Colza" **en** Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. J.M. Bosch, Barcelona 1996, p. 265. Vid. comentarios de Klaus Tiedemann al "Caso Degussa" (Lesiones corporales y responsabilidad penal por el producto **en** http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/tiedemann0205.pdf (citado 30.8.2007).

79 Puppe: Problemas de imputación del resultado en el ámbito de la responsabilidad por el producto, **en** Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto. J.M. Bosch, Barcelona 1996, p. 229. Cfr. Idem: La imputación del resultado en el derecho penal. Ara, Lima 2003, pp 65 y ss, 110 y ss. Cfr. Gimbernat: La omisión impropia en la dogmatica penal alemana **en** Ensayos penales, Tecnos, Madrid 1999, p. 330-335.

[80] Hurtado Pozo, 2005, p. 573, num. 1488; Peña Cabrera, 1998, p. 422 y ss; Bramont Arias/Bramont – Arias Torres, 2001, pp. 194 y ss.; Villa Stein, 1998, p. 333; Salinas Siccha **en** Código Penal comentado I, 2004, p. 785. A favor de nuestra posición se encuentran Bramont – Arias Torres, L. M., 2000, pp. 220-221; Caro John, J.A.: Comentarios al Articulo 20º inciso 11 del código penal **en** JUS Legislación Nº 7, 2007, p. 284; Caro Coria, D.C.: Comentarios sobre el decreto Legislativo Nº 982 que reforma el código penal **en** JUS Legislación Nº 7, 2007, p. 275.

[81] En este sentido, la jurisprudencia: *"Se colige de autos que la conducta del sentenciado se encuentra amparada en la justificante del cumplimiento de un deber, toda vez que al tener la condición de funcionario público que en la fecha de los hechos se encontraba de servicio dando cumplimiento a un operativo de captura de elementos integrantes de agrupaciones delictivas, tenía el deber de prestar seguridad a su superior jerárquico por encontrarse en una estrecha relación de subordinación, estando autorizado a repeler de modo legítimo cualquier tipo de agresión o ataque que pudiera sufrir su superior; desapareciendo así la antijuridicidad de la conducta, siendo del caso absolverlo de los cargos de lesiones graves".* Exp. 2683-97 Lima. Ejecutoria Suprema del 21 de mayo de 1998. **En** Rojas Vargas I, 1999, p. 139.

[82] Bustos: Manual de derecho penal español. Parte general. Ariel, Barcelona, 1984, p. 257.

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

médico, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considerada típica, en la medida que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso -justificación- sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo la sanción al médico que lo incumple" ([84]).

35. Estos supuestos de **obligaciones especificas de actuar**, conforme a su función o profesión, incluyen la actividad de médicos, funcionarios, etc. y plantea dificultades hermenéuticas, pues resulta necesario conocer el contenido de las regulaciones administrativas de cada función o profesión. Para comprender cuando estos profesionales actúan dentro de sus respectivas competencias y atribuciones de su cargo es necesario remitirnos a un dispositivo extrapenal. Así, el problema puede surgir en el supuesto de disposiciones confusas. "Una reglamentación administrativa no puede justificar abusos del poder, arbitrariedades, etc. de las autoridades. Sin embargo, sucede esto muchas veces cuando, por medio de conceptos jurídicos indeterminados y de cláusulas que dejan amplio espacio a la discrecionalidad, se deja al arbitrio de la autoridad la decisión para valorar los presupuestos objetivos o los límites jurídicos de su actuación" ([85]).Recientemente, el Decreto legislativo Nº 982 ha introducido al art. 20º del Código penal peruano un nuevo inciso (Nº 11) que corresponde al *cumplimiento de deberes militares y policiales*, quienes en el cumplimiento de su deber usan armas de fuego reglamentarios con resultados de muertes o lesiones. Creemos que esta reciente modificación resulta innecesaria por estar comprendida en el inc. 8 del mencionado art. 20º CP peruano ([86]) y además, consideramos errada la sumilla asignada al art. 20º del CP por el D. Legislativo 982 (de 21 julio 2007) que califica a esta causal dentro de los supuestos de inimputabilidad.

Consentimiento.

36. El **consentimiento** (artículo 20 numeral 10 del código penal de 1991) es una causa de exención de responsabilidad penal ([87]). El Anteproyecto de la parte general del Código Penal del 2004 mantiene la fórmula. En la dogmática penal, la fundamentación de su efecto excluyente de responsabilidad ha experimentado una evolución: como causa de exclusión de la antijuridicidad, como causa de exclusión de la tipicidad y de la antijuridicidad y como causa de exclusión de la tipicidad. Se ha planteado la configuración del consentimiento como excluyente de la **antijuridicidad** cuyo fundamento reside en la renuncia legitimada por el derecho de autodeterminación del beneficiario por la protección del bien jurídico frente al atentado, de lo que se deriva que retrocede la norma de prohibición ([88]). "Esta

84 *Jurisprudencia penal vinculante:* Ejecutoria suprema del 22 de diciembre del 2004, R. N. 1062-2004 Puno, considerando séptimo. Vid. desde el ángulo del acto médico como conducta neutral el comentario de Mendoza LL., Fidel (ob. cit., p.33).

85 Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 344.

86 Cfr. Caro John, J.A.: Comentarios al Articulo 20º inciso 11 del código penal **en** JUS Legislación Nº 7, 2007, p. 284-286.

87 En la ciencia penal extranjera se considera al consentimiento como un producto del derecho consuetudinario (Bacigalupo, 1987, p. 237).

88 De la Gandara Vallejo: Consentimiento, Bien Jurídico e Imputación objetiva, Colex, Madrid 1995, pp. 67-68. Uno de los primeros intentos por la fundamentación del consentimiento como excluyente de antijuridicidad se encuentra en la teoría del negocio jurídico de *Zittelmann* que configura al consentimiento como "un verdadero negocio jurídico que concedería al autor un derecho revocable a realizar la acción típica con lo cual, puesto que el

posibilidad se seguiría del hecho de que para el ordenamiento jurídico no existe motivo alguno para proteger bienes jurídicos que su titular conscientemente ha abandonado a la intervención de terceros" ([89]). Otra postura pretende dirigir la eficacia justificante del consentimiento a partir del principio de ponderación de valores, por lo que lo justificante se daría en los supuestos en que el ejercicio de la libertad de disposición del titular sería el valor preponderante (*Noll*). Así, entre la posibilidad del individuo de consentir la afectación de sus bienes jurídicos en cuanto parte integrante de su libertad de autodeterminación y el bien jurídico protegido habría colisión de intereses; de ello el consentimiento como causa justificante se entendería sólo cuando la libertad del individuo para disponer sus propios bienes jurídicos resulte preponderante ([90]). La doctrina mayoritaria ha identificado en el consentimiento una doble eficacia ([91]): el consentimiento como excluyente de la antijuridicidad (*Einwilligung*) y como excluyente de la tipicidad (*Einverständnis*). Al primero, denominado **consentimiento** propiamente dicho, se elimina la antijuridicidad en los casos "que el consentimiento de la víctima tiene lugar en hechos que atacan un bien jurídico del que puede disponer su titular, pero cuya lesión no desaparece por virtud del consentimiento" ([92]). El consentimiento es en este caso una causa de justificación. Ejemplo: el que daña, destruye o inutiliza una cosa con el consentimiento del propietario (daños, artículo 205, Código penal). Al segundo, denominado **acuerdo** ([93]), la exclusión de la tipicidad se da en los casos en los que el tipo legal presupone un obrar contra o sin la voluntad del afectado ([94]). Para estos supuestos basta sólo la capacidad natural para consentir ([95]). Ejemplo: la violación de domicilio (artículo 159, Código penal: "el que permanece allí rehusando la intimación que le haga quien tenga derecho a formularla").

37. Existe otra tendencia que entiende al consentimiento sólo como excluyente de tipicidad, y por ende como figura que excluye la **imputación objetiva**. Se deniega la distinción entre dos instituciones que tengan diferentes funciones en la imputación penal, afirmándose más bien la concreción de una figura unitaria del consentimiento como excluyente del desvalor del resultado y con él, el desvalor de la acción ([96]). "Esta teoría considera que cuando el bien es disponible se trata de proteger el ámbito de dominio del titular; en todos los casos en que concurre un consentimiento consciente y libre no hay necesidad de intervención del Derecho penal, quedan fuera del ámbito de protección de la norma y con ello se excluye la imputación objetiva, pues la libre determinación del titular prevalece sobre el interés social en la conservación del

ejercicio de un derecho nunca puede ser contrario al Derecho, el consentimiento operaría excluyendo la antijuridicidad de la acción en el Derecho Penal como en el Derecho Civil" (Idem, p. 67).

89 Idem, p. 68.

90 Idem, p. 70.

91 Choclán Montalvo **en** Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 191; De la Gandara Vallejo, 1995, p. 247. El primero en señalar esta doble perspectiva del consentimiento fue *Geerds*. Vid. sus planteamientos en: De la Gandara Vallejo, 1995, pp. 75-79. En la primera edición de esta obra nosotros nos inclinamos por esta doble fundamentación (1990, p. 160).

92 Mir Puig, 1985, p. 447.

93 De la Gandara Vallejo (1995, p. 75) prefiere optar el término "conformidad".

94 Stratenwerth, 1982, p. 127 (num. 362). Jescheck I, 1981, p. 510.

95 Choclán Montalvo **en** Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 191.

96 Cfr. Choclán Montalvo **en** Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 192; De la Gandara Vallejo, 1995, pp. 109 y 247. Cfr. Roxin, 1999, p. 517; Mir Puig 2004, p. 506.

sustrato material" ([97]). Creemos que esta es la posición más aceptable.

38. En cuanto al **ámbito de eficacia** del consentimiento, éste no es de aplicación general pues no se aceptará en el caso de **delitos contra la colectividad** "puesto que en ellos se protegen bienes independientes de la voluntad de un individuo, aunque supongan que la acción recae sobre una persona concreta" (98) (99). Ejemplo: en el delito de violencia y resistencia a la autoridad (artículo 365, Código penal) el consentimiento no se acepta. Por el contrario, el consentimiento podrá aceptarse en **delitos contra los particulares** siempre que sean exclusivamente privados y renunciables como puede ocurrir en delitos contra el patrimonio, contra el honor. Así, la jurisprudencia peruana señala que *"El ejercicio de la acción, en los delitos contra el honor, es privado, por lo que al ser un bien jurídico disponible el consentimiento excluye la responsabilidad, no existiendo infracción cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento"* ([100]). En otro caso: *"El haber recibido la agraviada un cheque sin fondos, conociendo este hecho, debe considerarse como un consentimiento valido y eximente de responsabilidad del inculpado"* ([101]).

39. También es muy discutible la eficacia del consentimiento, particularmente en delitos que protegen intereses públicos junto a intereses privados y ello ocurre, por ejemplo, en **delitos contra la vida**, en los que el consentimiento es ineficaz, aunque la voluntad de la víctima pueda influir para la reducción de la pena ([102]). En los delitos de **aborto**, el consentimiento de la gestante no exime de pena, pero es una atenuante frente al supuesto del aborto sin consentimiento (artículo 116, Código penal). En las **lesiones** la problemática es muy compleja, pero creemos que el artículo 20, numeral 10 del Código Penal que admite con carácter general la eficacia eximente del consentimiento, puede también comprender, de manera limitada ([103]), los casos de esterilizaciones voluntarias, cirugía transexual o las lesiones en prácticas deportivas (boxeo, etc.).

40. En definitiva, es posible observar que la influencia de las nuevas tendencias sobre la imputación objetiva y sus márgenes de aplicación son apreciables en nuestro derecho, y creemos que esto es muy adecuado, en la medida de la necesidad de contar con una moderna dogmatica penal que construya limites al poder penal, el mismo que se presenta cada vez más amplificado por las actuales tendencias sobrecriminalizadoras.

---

97 Choclán Montalvo **en** Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 192.

98 Mir Puig, 2004, p. 508.

99 Sin embargo, la jurisprudencia nacional utiliza al consentimiento como una figura atenuante de la pena: *"En el delito de falsificación de documentos, si bien el consentimiento de la persona cuya firma fue falsificada, no exime de pena al inculpado, al ser el Estado el titular del bien jurídico, puede tomarse en cuenta para disminuir la pena por debajo del mínimo legal"* Ejecutoria superior del 10 de mayo de 1999, Exp. 31.-L-1-98. **En** Serie de jurisprudencia 4, 2000, p. 277.

100 Exp. 378-98. 31 de marzo de 1998. **En** Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, Diálogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica Lima 2001, p. 81.

101 Exp. 4165-98 Lambayeque. Chiclayo, 30 de noviembre de 1998. **En** Serie de Jurisprudencias 3, ob. cit., p. 275.

102 El Código Penal peruano sanciona con pena reducida el homicidio piadoso (artículo 112), pero consideramos que los supuestos de eutanasia deberían ser tratados como eximentes de responsabilidad. Vid. Villavicencio: Código penal comentado. 1ª reimpresión de la 3ª edc, Grijley Lima 2002, p. 304.

103 Hurtado Pozo (2005, p. 496 n.m. 1295) se refiere a límites fijados en la carta fundamental y el respeto a los derechos ajenos y, considera que en este contexto deben comprenderse los criterios de orden público y buenas costumbres a los que alude el art. 6 del código civil peruano.

EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA:
Una aproximación conceptual, analítica, jurisprudencial y crítica en el Nuevo Modelo Procesal Penal Peruano.[1]

"Si hay ausencia de proposiciones fácticas realizadoras de algún elemento del tipo, entonces, no hay imputación"
F. Celis Mendoza A.

Alex Francisco Choquecahua Ayna[2]

SUMARIO: I.INTRODUCCIÓN. **II** JUSTIFICACIÓN. **III** FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA, 1.¿Qué se entiende por Imputación Necesaria?. **IV**. REQUISITOS PARA LA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO DE LA IMPUTACIÓN NECESARIA, 1.Requisitos Fácticos, 2. Requisitos Lingüísticos, 3. Requisitos Normativos**. V**. ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA. **VI**. JURISPRUDENCIA. **VII**. OPERATIVIDAD FUNCIONAL DEL PRINCIPIO DE LA IMPUTACIÓN NECESARIA EN EL PROCESO PENAL. **VIII**. ¿QUÉ HACER FRENTE A LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA IMPUTACIÓN CONCRETA? **IX**. PROBLEMAS EN EL PROCESO QUE EFECTAN EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA. LA PERVESIÓN DE LA IMPUTACIÓN. CRÍTICAS AL MODELO **X.** CONCLUSIONES. **XI**. RECOMENDACIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Penal del 2004, el Ministerio Público ha asumido el rol persecutorio del delito aplicando el nuevo modelo procesal. En este trajín se han aperturado investigaciones con acusaciones diversas donde incluso se han hecho imputaciones de hechos con calificaciones jurídicas diversas donde no se

[1] El presente artículo quedó entre los 8 mejores del Concurso Nacional de Artículos de Investigación Jurídica 2013 organizado por Egacal – Lima.
http://www.egacal.edu.pe/n.php?p=1265.

[2] Estudiante de Pre Grado de la Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann de Tacna. alex.choquecahua@hotmail.com , Primer puesto en rendimiento académico consecutivamente; 1er puesto del II Concurso de Oratoria "Orabunt Causas Melius" 2013 de la Escuela de Derecho de la UNJBG de Tacna; Ponente estudiantil en múltiples Congresos Nacionales de Estudiantes de Derecho.

ha tenido cuidado en describir las proposiciones fácticas y el subtipo penal o modalidad típica descrita en la norma penal, o en los casos donde hay pluralidad de imputaciones e imputados –usualmente delitos contra la administración pública- no se ha determinado cada hecho y su correspondiente calificación jurídica, el nivel de intervención de los partícipes, o no se ha mostrado los indicios o elementos de juicios que sustentan cada imputación, lo que ha quebrantado el derecho de defensa del imputado o acusado durante el desarrollo del proceso penal cognitivo. La reforma procesal –sobre todo en casos complejos- afronta el problema de la precariedad de las imputaciones del hecho punible, en la formalización de la investigación preparatoria y en la acusación fiscal. Los defectos que se presentan son bastantes serios e inciden directamente en el objeto del debate en las audiencias a desarrollarse, efectos que van desde la vulneración del Derecho de Defensa hasta el aumento de la sobrecarga procesal cuando se dilata el tiempo en los debates de las audiencias por imputaciones sin una adecuada fundamentación fáctica relacionada con el hecho punible.

Por ello, como se verá a lo largo del presente artículo, nos dedicaremos a desarrollar brevemente cada uno de los aspectos importantes del principio de la imputación necesaria. Comenzaremos describiendo la definición y fundamento constitucional de este principio procesal, analizaremos su vinculación con otros importantes principios procesales y constitucionales; detallaremos los requisitos y la concreción constitucional del principio de imputación necesaria; haremos un análisis jurisprudencial –constitucional y judicial- y casuístico de los supuestos donde se ha vulnerado la garantía de la imputación necesaria, así como también enfatizaremos en la importancia de la imputación concreta en las diferentes etapas del desarrollo del proceso penal y los principales problemas por los que se atraviesa en la praxis; por último, nos dedicaremos a comentar el acuerdo plenario N° 002-2012-CJ-116 y el planteamiento de la audiencia de Tutela de Derechos como mecanismo de protección del imputado frente a la vulneración del principio de imputación suficiente en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y JUSTIFICACIÓN

La ausencia de buenas imputaciones en el desarrollo de los procesos penales por parte de los operadores del ministerio público se ha constituido en un problema por los que muchos investigados por delitos complejos, como por ejemplo los delitos contra el estado y delitos de corrupción de funcionarios donde hay pluralidad de imputados e

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

imputaciones, han quedado impunes por haberse sobreseído en la etapa intermedia o perdido en el juicio oral, por no haber estructurado bien la imputación concreta con suficientes elementos fácticos que se vinculen con el hecho punible de cada una de las imputaciones. Pero este problema de no saber plantear buenas imputaciones en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria (DFYCIP), no nace con el nuevo modelo procesal penal, sino que se venía arrastrando desde el viejo modelo procesal. Respecto a este Nuevo Código Procesal Penal, nos hemos dedicado abundantemente a desarrollar capacidades sobre litigación oral y estudiar la norma procesal pero nos hemos olvidado de un tema esencial, saber construir proposiciones fácticas y estas subsumirlas adecuadamente en un tipo penal para que el imputado sepa desde un inicio que hechos, modalidades y sub modalidades típicas se están subsumiendo en las proposiciones fácticas consideradas como delito por el fiscal.

Este problema de las proposiciones fácticas y calificaciones jurídicas genéricas no bien estructuradas es muy recurrente en el Distrito Judicial de Tacna, incluso en otros distritos, donde se ha presenciado incluso que algunos jueces lo dejan pasar, durante la investigación preparatoria o el saneamiento del proceso, como si ese no sería el problema del juez de investigación preparatoria, más grave aún del abogado, que por desconocimiento o falta de estudio del caso de forma irresponsable dejan pasar este punto vulnerándose el derecho de defensa de su patrocinado, o si es que son habilidosos, esperan hasta al etapa intermedia para destruir la imputación del Ministerio Público con un medio de defensa, porque la misma parte acusadora no ha estructurado bien su imputación. Es por ello que viendo la magnitud de este problema presentado en los procesos complejos, mediante el presente artículo con el desarrollo conceptual, jurisprudencial y casuístico, queremos contribuir al fortalecimiento de los conocimientos sobre esta garantía procesal, para que en el tratamiento de los procesos –en especial los complejos- se tengan estricta observancia de este principio.

III. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA

La constitución política del Perú consagra un conjunto de principios que rigen el proceso penal, uno ellos los cuales es el principio de imputación necesaria. El principio de imputación necesaria, o también llamado principio de Imputación Concreta (término

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

acuñado por Alberto Binder[3]) o Imputación Suficiente o Imputación Precisa[4] no se encuentra taxativamente señalado en nuestra constitución, sino que tiene que ser ubicado a través de la interpretación de los artículos 2, inc. 24, parágrafo d[5] y 139, inciso 14[6], pues ***la imputación necesaria es una manifestación del principio de legalidad y del principio de defensa procesal.***

En aplicación del Art. 2, in. 24, parágrafo D, de la carta de 1993, por el PRINCIPIO DE LEGALIDAD, una persona sólo puede ser procesada por un hecho típico, es decir, que la denuncia penal debe tener como objeto una conducta en la que se verifiquen todos los elementos exigidos en la ley penal para la configuración del delito. En aplicación del Artículo 139, inciso 14, de la carta del 1993, por el PRINCIPIO DE DEFENSA PROCESAL, para que una persona pueda ser procesada la denuncia penal debe contener con precisión la conducta delictiva atribuida a fin de que el imputado pueda defenderse. Solo con una descripción clara, precisa, detallada y ordenada, puede respetarse el derecho de defensa.

Si queremos ahondar más en el tema podemos encontrar amparo en el Título Preliminar del NCPP, en el artículo XI, que en definitiva es una norma de interpretación y desarrollo constitucional, que prevé lo siguiente:

> *"Toda persona tiene derecho inviolable e irrestricto a que se le informe de sus derechos, a que se le comunique de inmediato y* ***detalladamente*** *la imputación formulada en su contra y a ser asistida por un abogado defensor de su elección o, en su caso por un abogado de oficio, desde que es citada o detenida por la autoridad"*

El término "detalladamente" hace mención a que la imputación que se formule debe ser precisa, clara, concreta y suficiente, no genérica o abundante y vaga.

---

[3] BINDER, Alberto M. "Introducción al Derecho Procesal Penal". Ad Hoc, Buenos Aires, 1993. Alberto Binder es un reconocido Jurista Uruguayo contemporáneo.

[4] Término usado por Luis Miguel Reyna Alfaro en el Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa 2012. Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa CEDPE S.A.C. Lima, 2012.

[5] Constitución política del Perú de 1993: Artículo 2, inciso 24, parágrafo d: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente *calificado en la ley de manera expresa e inequívoca,* como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley."

[6] Constitución política del Perú de 1993: Artículo 139, inciso 14: "El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. *Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención.* (…)"

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

Como vimos, el principio de imputación concreta no tiene fundamento sólo desde el punto legal y constitucional, sino inclusive en el plano de las recomendaciones internacionales –señala James Reátegui[7]- puesto que podemos encontrar un sustento supraconstitucional del principio de imputación necesaria; así, podemos citar por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14, numeral 3, letra a) señala lo siguiente:

> *"Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora en un idioma que comprenda y* ***en forma detallada****, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella."*

1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR IMPUTACIÓN NECESARIA?

Una primera aproximación al concepto de imputación necesaria o concreta lo encontramos en las palabras del profesor Cáceres Julca[8] quien sostiene que "*la imputación es la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, con lenguaje descriptivo, referido al pasado, que permite afirmar a negar en cada caso o agregar otros hechos que conjuntamente con los afirmados, amplíen, excluyan o aminoren la significancia penal*." Así mismo, Castillo Alva[9] sostiene que "*el principio de imputación necesaria no sólo debe cumplir con describir el hecho, la específica modalidad de conducta, o ante pluralidad de imputaciones o imputados, precisar cada uno de sus aportes, sino que debe necesariamente cumplir con establecer la distinción entre los autores que ostentan el dominio del hecho o infringen el deber institucional y los partícipes, cómplices o instigadores que lesionan el bien jurídico de modo accesorio."*

Al respecto, el maestro argentino Julio Maier[10] se refiere al principio de la imputación necesaria en los siguientes términos: *"La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o algunos de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal. (…) La Imputación concreta no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en* ***un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone***

---

[7] REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "Más sobre el principio de Imputación necesaria". Gaceta Penal & Procesal Penal, N°18, Diciembre 2010. Gaceta Jurídica. Lima.
[8] CÁCERES JULCA, Roberto. "Habeas corpus contra el auto apertorio de instrucción". Grijley, Tomo 10, p. 137, Lima, 2008.
[9] CASTILLO ALVA, José Luis. Citado por José Nolasco Valenzuela en "Manual de Litigación en Delitos Gubernamentales", Ara Editores, Tomo 2, Lima, 2011.
[10] MAIER, JULIO B.J. "Derecho Procesal Penal Argentino". Editores del Puerto, Vol. I, p. 317 y 318, Buenos Aires, 2000. (La negrita es nuestra)

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

***a cargo del imputado**, y mucho menos en una abstracción (cometió homicidio o usurpación), acudiendo al nombre de la infracción, sino que por el contrario debe tener como presupuesto **la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto**, singular de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento –que se supone real- **con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente)** y la proporcione su materialidad concreta."*

La imputación es un juicio de valor a través del cual el juez pondera todos los datos fácticos establecidos en el procedimiento preliminar, estima la posibilidad de la existencia de un hecho delictivo y su atribución a una persona a título de autor o partícipe.[11]

Por otro lado, por el término imputación concreta, el maestro argentino Alberto Binder[12] señala que *"es necesario que en el proceso exista una imputación concreta; en especial, que el juicio se fundamente sobre una acusación precisa y detallada, que sirva de límite al ámbito de la decisión del tribunal."*

Así mismo el maestro arequipeño Celis Mendoza[13] define a la imputación concreta como "el deber de carga del Ministerio Público de imputar a una persona natural un hecho punible, afirmando proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos los elementos del tipo penal". Agrega que en efecto es el referente normativo para la construcción de proposiciones fácticas. Sostiene que cada uno de los elementos del tipo exige su realización fáctica y ésta es presentada en la imputación penal con proposiciones fácticas, y que es necesario reiterar que la afirmación de hechos no es discrecional sino que está vinculada a la aplicación de la ley a los hechos propuestos, por ello es una imputación legal. Para Celis Mendoza, si hay ausencia de proposiciones fácticas realizadoras de algún elemento del tipo, no hay imputación.

---

[11] DEL OLMO DEL OLMO, José Antonio. Citado por José Luis Castillo Alva en "El principio de imputación necesaria, una primera aproximación", Diálogo con la jurisprudencia, Noviembre del 2004.

[12] BINDER, Alberto M. Ob. Cit.

[13] MENDOZA AYMA, Francisco Celis. "La necesidad de una imputación concreta en el desarrollo del proceso penal cognitivo". Editorial San Bernardo, p. 99, Arequipa-Perú, 2012. Juez Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Arequipa y profesor de la Universidad Nacional San Agustín y la Universidad Católica Santa María de Arequipa.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

A esas definiciones, agrega James Reátegui[14] que la imputación concreta exige casi un esfuerzo por definir "ex ante" los contornos de la tipicidad de la conducta del sujeto procesado, se exige una suerte de adelantamiento de la futura tipicidad; no se está pidiendo que se determine en el momento postulatorio del proceso, la responsabilidad o irresponsabilidad penal del imputado, sino el delito y los hechos por los cuales será procesado a lo largo de todo el proceso penal.

La imputación necesaria es el punto trascendente para el ejercicio del derecho de defensa; sin una correcta descripción de los hechos y sus circunstancias tiempo modo y lugar no es posible precisar que existen las condiciones necesarias para que la persona imputada pueda defenderse adecuadamente, con lo cual se advierte una franca vulneración al **debido proceso**, al **derecho de defensa** y al **principio de la debida motivación de las resoluciones judiciales** - y fiscales. El principio de la imputación concreta está muy vinculado con muchos otro principios procesales penales, de desarrollo constitucional como los que mencionamos. Una investigación donde el imputado no puede saber cuál es el hecho que se le imputa y en virtud de que pruebas –elementos de convicción- es completamente inconstitucional.

IV. REQUISITOS PARA LA OBSERVACIA DEL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA

Castillo Alva[15] y James Reátegui[16] sostienen que si se trata de ser metodológicos, existen tres requisitos que mínimamente deben cumplirse para la observancia del principio de imputación suficiente en la fundamentación de la imputación fiscal, requisitos desde el punto de vista fáctico, requisitos desde el punto de vista lingüístico y requisitos desde el punto de vista jurídico.

1. REQUISITOS FÁCTICOS

El requisito fáctico del principio de imputación necesaria debe ser entendido como **la exigencia de un relato circunstanciado y preciso de los hechos con relevancia penal que se atribuyen a un apersona.** El Art. 336 del CPP del 2004 señala que *"si de la denuncia, del informe policial, o de las diligencias preliminares realizadas,* ***aparecen indicios***

[14] REÁTEGUI SANCHEZ, James. "El control constitucional en la etapa de calificación del proceso penal". Palestra Editores, Lima, 2008, p. 80.
[15] Ob. Cit.
[16] "Más sobre el principio de imputación necesaria". Ob. Cit.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

reveladores de la existencia de un delito*, que la acción penal no ha prescrito, (…), dispondrá la formalización y la continuación de la investigación preparatoria".* Es decir, el Fiscal tendrá que comunicar efectivamente al imputado el hecho que se le atribuye, el cual debe comprender la relación histórica del hecho, con indicación de las circunstancias de modo, tiempo, lugar; así como los elementos de convicción existentes. Esta información debe comunicarse antes de comenzar a la declaración, previamente o sin demora, es decir antes de cualquier acto procesal. Deteniéndonos en esta última afirmación es preciso preguntarnos ¿Si la declaración se toma en sede fiscal durante diligencia preliminares cómo se le puede comunicar su imputación si aún no se ha realizado tal imputación en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria?, sobre este tema nos dedicaremos más adelante.

El cumplimiento del principio de imputación necesaria pasa por respetar lo más escrupulosamente posible los elementos estructurales del tipo penal. Por lo tanto debe cumplirse con las exigencias del tipo objetivo describiéndose sus elementos como la precisión del:

a) Autor o partícipe
b) Comportamiento (acción u omisión).
c) Resultado (lesión o puesta en peligro)
d) La relación de causalidad o imputación objetiva, cuando sea posible establecerla.

También por mandato del principio de legalidad debe cumplirse con describir el elemento subjetivo del tipo penal, ya sea dolo, culpa o algún otro elemento subjetivo especial del tipo – como el ánimo de lucro en el robo.

En lo concerniente al comportamiento típico, aparte de la clase de comportamiento por acción u omisión, debe fijarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar, es decir:

- Su delimitación temporal: ¿cuándo se realizó?, fecha, día y de ser posible la hora y minuto.
- El modo de Ejecución: como por ejemplo en el homicidio calificado, por alevosía, con crueldad, en la oscuridad.
- El grado de desarrollo del Iter Criminis: Acto preparatorio, acto ejecutivo o consumación.
- El medio utilizado: Como puede ser un arma de fuego, cuchillo, daga, piedra, ponzoña, etc.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

Por otro lado se ha de significar que la descripción de la relación de causalidad o de la imputación objetiva que media entre el comportamiento y el resultado, más que estar ya aprobada debe por lo menos ser razonable; de tal modo que la vulneración del principio de imputación necesaria sólo se dará cuando la imputación objetiva que se destaca manifiestamente no se configura o es irracional.

Ya que hablamos reglones arriba sobre la especificación de la imputación subjetiva, debemos citar al Magistrado Arequipeño Celis Mendoza[17], quien sostiene que la postulación de proposiciones fácticas con elementos de convicción vinculadas a la realización de los elementos del tipo subjetivo, corresponden a la subjetividad del agente y obviamente su reconstrucción se presenta con mucha dificultad, dado que humanamente nos es posible penetrar en la subjetividad del agente y verificar su particular vigencia psicológica al momento de la realización del hecho delictivo. El dolo como como conocimiento y voluntad de la realización del hecho punible tiene que ser reconstruido con la imputación concreta. El *dolo directo* es compatible con un concepto psicológico descriptivo de la voluntad –**voluntad descriptiva**-; por tanto la imputación exige proposiciones vinculadas al conocimiento y la voluntad. Empero el *dolo indirecto y el dolo eventual* sólo es compatible con un concepto de **voluntad normativa**; así, será suficiente con imputar que el agente contaba con ciertos conocimientos al momento de realizar la conducta objetivamente típica para atribuirle un comportamiento doloso.

Independientemente del problema anterior –agrega Celis Mendoza- de *voluntad descriptiva* o *normativa*, se presenta el problema de imputar concretamente los conocimientos que tuvo el sujeto activo; se tienen dos respuestas: una de configuración realista y otra de configuración normativa.

La **configuración realista** estima que los conocimientos requeridos por el dolo son datos de naturaleza psicológica; por consiguiente, se imputa una realidad que se encuentra en la psiquis del sujeto; esta opción propende a una aproximación a la verdad que permita contener la violencia punitiva. Por otro lado, las concepciones normativa o configuración normativa señalan que no es posible averiguar el dolo en las concretas vivencias psicológicas del sujeto activo, por consiguiente, recurren a criterios normativos de determinación del dolo; se atribuye o imputa un determinado conocimiento a un sujeto y con ellos el dolo, pero empleándose criterios distintos a la

[17] MENDOZA AYMA, Francisco Celis. Ob. Cit. P.104 al 106.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

verificación empírica de datos psicológicos. Sin embargo, desde óptica normativa se enerva la posibilidad de contener la violencia punitiva; y probablemente dará lugar a que se atribuya dolo donde no existe dolo.

El Ministerio Público tiene el deber de la carga de afirmar proposiciones fácticas de una realidad psíquica, y el deber de la carga de probar éstas. Según el maestro arequipeño las experiencias psíquicas no pueden probarse de manera directa, carece de sentido pretender su probanza de manera directa. Por ello ***la lógica indiciaria cobra capital importancia para probar realidades subjetivas; en efecto, las proposiciones fácticas (indicativos) tienen que ser probados para inferir intencionalidad.*** No obstante lo afirmado –señala- algunas veces la prueba indirecta de proposiciones fácticas de hechos subjetivos; sin embargo, no se ha puesto mucha atención a las proposiciones objetivas indicativas que posibilitarían inferir el dolo del agente. Probar directamente las proposiciones fácticas subjetivas, es una exigencia de imposible cumplimiento dado que el hecho psíquico sólo se presenta en la subjetividad del sujeto. Su exigencia de probanza directa puede generar lagunas de impunidad y, en el contexto de la reforma, puede ser indebidamente aprovechada por ausencia de proposiciones objetivas indicativas de la subjetividad del agente.

2. REQUISITOS LINGUÍSTICOS

El principio de imputación necesaria debe también cumplir con determinados presupuestos lingüísticos. No bata que se establezca el hecho contenido de la concreta imputación. Puede estar el hecho pero no cumplirse con el principio de imputación necesaria.

Pero, ¿Qué se entiende por requisito lingüístico de la imputación necesaria?, Castillo Alva[18] nos dice que la imputación debe ser formulada en lenguaje claro, sencillo y entendible, sabiendo que si bien constituye un trabajo técnico jurídico, está dirigida y va a ser conocida por los ciudadanos contra quienes se dirige la imputación, ciudadanos que pueden ser desde un notable funcionario hasta un vil delincuente iletrado, pasando por una humilde persona que puede ser incluso hasta analfabeta.

Una imputación precisada en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria adolece de este requisito cuando no se encuentra formulada de manera clara, inequívoca y suficientemente explícita. Uno de los aspectos que

[18] CASTILLO ALVA, José Luis. Ob. Cit.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

contribuye a claridad de la imputación es el necesario orden con que el Ministerio Público plantea la imputación en la Disposición respectiva, y que debe respetar en la medida de lo posible la cronología de los hechos, el nivel de intervención entre otras variables.

3. REQUISITOS NORMATIVOS

Los requisitos jurídicos o normativos del principio de imputación necesaria que señala Castillo Alva[19] supone el cumplimiento previo de los presupuestos fácticos y lingüísticos antes descritos.

El requisito normativo del principio de imputación necesaria puede descomponerse en los siguientes elementos, que actúan como sus manifestaciones y exigencias:

a) SE FIJE LA MODALIDAD TÍPICA. Que se describan o enuncien de manera precisa la concreta modalidad típica que conforman los hechos que sustentan la denuncia.

Con el cumplimiento del requisito fáctico (descripción precisa y suficiente del hecho materia de denuncia) no siempre se respeta el principio de imputación necesaria. Es indispensable es necesario descender más al detalle y especificar la concreta modalidad típica del comportamiento o, en general del hecho imputado.

Ello reviste especial trascendencia en los casos de tipos alternativos en donde se enuncian dos o más comportamientos (V.gr. lavado de activos con tráfico ilícito de drogas; peculado y colusión en cualquiera de sus modalidades, etc.) o es necesario especificar el concreto objeto de la acción en el que recae la conducta (V.gr. señalar si se trata de documento público o privado en la falsificación de documentos). Al respecto nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la Sentencia recaída en el Exp. N°3390-2005-PHC/TC-Lima, caso Margarita Jacinta Toledo Manrique, donde se cuestiona un auto de apertura de instrucción por no haber precisado si en el delito de falsificación de documentos se estaba imputando haber falsificado un documento público o privado. Sobre ello comentaremos más ampliamente esta sentencia en un siguiente apartado jurisprudencial.

[19] Ibídem.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

b) IMPUTACIÓN INDIVIDUALIZADA. Que en caso pluralidad de imputaciones o de imputados se determine cada hecho y su correspondiente calificación jurídica.

El principio de imputación suficiente demanda que todas y cada una de las imputaciones planteadas se encuentren completa y suficientemente circunstanciadas con el fin de garantizar el derecho de defensa, para ello es necesario una imputación individualizada.

No se cumple con el test de constitucionalidad cuando, por ejemplo, se denuncia un delito sumamente grave en el que se precisa la imputación de modo circunstancial y detallado y, en el otro lado, se denuncia también un delito leve o sencillamente menos grave y no se cumple con circunstanciar el hecho, bajo entendido de que solo los delitos graves deben cumplir con el mandato constitucional del principio de imputación necesaria. También los delitos de bagatela o de gravedad intermedia deben respetar con el mandato y las exigencias del principio de imputación necesaria.

Todo hecho debe tener su calificación jurídica, o mejor dicho, cada delito que se imputa y denuncia debe necesariamente cumplir con la exigencia de un relato fáctico preciso y circunstanciado. Ello se basa en el respeto al derecho de defensa, en donde cada delito que se imputa debe tener de modo obligatorio su correlato en la precisión de un hecho determinado.

La problemática de la variedad de imputaciones o de imputados tiene su correlato en la necesidad de que se cumpla con el deber constitucional de **motivación individualizada** de las resoluciones estatales en la que se afectan, en general, derechos fundamentales. La exigencia de motivación individualizada nace de la consagración constitucional (Art. 1 de la Constitución Política[20]) y legal de que la responsabilidad penal es personal e intransferible (Art. VII Título Preliminar del Código Penal[21]) y no común y solidaria.

---

[20] Constitución Política del Perú, Art. 1 : "La defensa dela persona humana y respeto de su dignidad son el fin supremo del estado".

[21] Código Penal, D. Leg. 635-1991, Art. VII T.P.:"PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL: La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

c) SE FIJE EL NIVEL DE INTERVENCIÓN. Que en caso de pluralidad de imputados se describa de manera adecuada cada una de las acciones con presunta relevancia penal y su correspondiente nivel de intervención, ya sea como autor o partícipe.

Junto al deber de motivación individualizada de cada imputación es necesario que el acto de imputación fiscal establezca desde el punto de vista jurídico-penal el concreto y específico nivel de autoría y participación penal de cada persona interviniente en el hecho.

La necesidad de imputación necesaria requiere, en especial en los delitos contra la administración pública donde hay una variedad de imputados e imputaciones, que se especifique y valore de manera adecuada el concreto nivel de intervención en el hecho imputado, ya sea como autor o partícipe, en cualquiera de su modalidades. La realizar una buena imputación no basta con fijación de la conducta, sino también la precisión adicional, y de igual trascendencia de la condición de autor o partícipe.

Un imputación concreta en un caso donde se haga pluralidad de imputaciones e imputados – repito- a un sujeto, no sólo debe cumplir con describir el hecho, la específica modalidad de conducta, sino precisar cada uno de sus aportes y cumplir con establecer la distinción entre autores (los que ostentan el dominio del hecho o infringen el deber institucional) y los partícipes, cómplices –primarios o secundarios- o instigadores que lesionan el bien jurídico de manera accesoria. Como dijimos, no basta con cumplir con la exigencia de circunstanciar de modo preciso un hecho y atribuirlo a una determinada persona, es necesario que se establezca, aun de modo accesorio y provisional, una calificación o imputación acerca de si se le atribuye una concreta *modalidad de autor* o si se trata de una de las formas de *participación*. Así mismo, cada asignación de un hecho debe ir precedido de una valoración y/o calificación del aporte autor o partícipe, puesto que no todos los imputados hacen lo mismo, ni todos tiene el mismo grado de responsabilidad.

La no vinculación del principio de imputación concreta con las reglas de autoría y participación solo tendría sentido pleno si en la medida que el ordenamiento jurídico peruano consagrase un sistema unitario de autor y no un sistema restrictivo en el que desde el punto de vista jurídico se diferencian los aportes entre autores y participes.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

Al respecto debemos decir que ha dos pronunciamientos jurisprudenciales muy importantes referidos al nivel de participación en el desarrollo del delito, la Resolución de Nulidad N° 730-2004 y la sentencia del Tribunal Constitucional N°8125.2005-PHC/TC, Caso Jeffrey Immelt, que más adelante comentaremos con mayor detenimiento en un apartado jurisprudencial.

d) Que se establezcan los indicios y elementos de juicio que sustentan cada imputación.

La necesidad de motivación de la imputación en todos sus elementos y requisitos estructurales es un presupuesto constitucional indubitable. DEL OLMO DEL OLMO[22] sostiene que debe exigirse fundamentación en la aplicación de medidas cautelares , pero adicionalmente la obligación constitucional de de motivar se extiende también a la determinación y precisión exhaustiva de los indicios suficientes o los elementos de juicio reveladores que acreditan con probabilidad, tanto la comisión de un hecho delictivo y la probable intervención, ya sea como autor o partícipe.

El Ministerio Público, parte encargada de la imputación debe expresar las razones que determinan su decisión y pronunciamiento. En caso se expida una disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria sin un mínimo racional de la comisión de un delito, ello supone la violación del principio de la tutela judicial efectiva.

La obligación de motivar no deriva sólo de la Constitución[23] sino del respeto al principio de presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva. De allí que la resolución correspondiente debe mostrar de manera adecuada el razonamiento lógico acerca de la probabilidad alcanzada sobre los indicios suficientes que acrediten la comisión del delito y la probable responsabilidad del autor o del partícipe.

[22] DEL OLMO DEL OLMO, José Antonio. Citado por José Luis Castillo Alva. Ob. Cit.
[23] Constitución Política del Perú., Art. 139.5: "Son principio y derecho s dela función jurisdiccional: (…) 5) La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan."

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

La obligación de motivar los indicios suficientes por parte de quien formula la imputación debe distinguirse, por ser actos completamente diferentes, de la discrecionalidad vinculada en la valoración de dichos indicios que como competencia exclusiva se reconoce al Ministerio Público o al Poder Judicial. La relación de los hechos imputados sin la explicitación de los indicios suficientes convierte a la resolución judicial (auto) en nula. Lo mismo ocurre si la motivación se remite a los considerandos – sean amplios, precisos o rigurosos- de la denuncia de parte. No se acepta la imputación por remisión.[24]

V. ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA SEGÚN CELIS MENDOZA

Complementando la estructura de la imputación concreta del que nos habla Castillo Alva -basada en los requisitos propuestos en el párrafo anterior- debemos mencionar brevemente la postura del Dr. Celis Mendoza[25], quien sostiene que la imputación concreta está sostenida por dos componentes completamente conjugados: ***las proposiciones fácticas*** y su ***calificación jurídica***. Las proposiciones fácticas de la imputación de un hecho punible no son libres o discrecionales, están vinculadas a la aplicación de la ley, por ello una imputación concreta tiene la estructura de un tipo penal.

Analíticamente el tipo penal es descompuesto en determinados elementos; sin embargo, el número de estos no necesariamente tiene correspondencia con el número de proposiciones fácticas. En efecto esto va a depender de la fortaleza o debilidad de la proposición fáctica. Probablemente –señala Mendoza- una proposición fuerte requerirá de una sola proposición fáctica para afirmar la realización de un elemento del tipo. Empero, si es débil, será necesaria la concurrencia de más de una proposición fáctica que configure la proposición de un elemento del tipo.

En esta línea de pensamiento, las proposiciones fácticas configuradoras de elementos valorativos del tipo penal, por necesidad serán más de una, porque lo

[24] NOLASCO VALENZUELA, José; VELARDE LÓPEZ, Juan; AYALA MIRANDA, Erika; LOPEZ ESPINOZA, Reise. "Manual de litigación en delitos gubernamentales". Ara Editores, Tomo 2, Lima, 2011.

[25] MENDOZA AYMA, Francisco Celis. Ob. Cit. P, 101 y 102.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

valorativo exige una estimación conjunta de la pluralidad de proposiciones descriptivas. En tanto, que las proposiciones fácticas vinculadas a la realización de elementos descriptivos del tipo objetivo podrían ser únicas, dependiendo del caso concreto.

Los elementos de convicción son el tercer componente de la estructura de la imputación concreta. Cada uno de los componentes presenta problemas particulares que tienen que ser resueltos.

VI. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA

Existen muchos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema sobre los diferentes principios del derecho procesal penal, muchos de los cuales están vinculados con el principio de imputación necesaria, como el derecho de defensa, el debido proceso, el derecho a ser informado de la imputación, el principio de congruencia entre la acusación y la sentencia, entre otros principios, pero nos detendremos simplemente en señalar las principales sentencias constitucionales y judiciales que se resuelven aplicando el principio de imputación necesaria.

Para fines académicos, antes de iniciar con el desarrollo jurisprudencial, mencionaremos ordenadamente las principales sentencias que luego citaremos y analizaremos.

SENTENCIAS SOBRE EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA:

- *STC Exp. N° 8125-2005-PHC/TC Caso: JEFFREY IMMELT y Otros.*
- *STC Exp. N° 3390-2005-PHC/TC Caso: JACINTA MARGARITA TOLEDO MANRIQUE.*
- *STC Exp. N° 4517-2009-PHC/TC-JUNÍN Caso: GERMÁN ADOLFO PAUCAR MEJÍA*
- *STC Exp. N° 5325-2006-PHC/TC Caso: JIMÉNEZ SARDÓN*
- *Exp. N° 0796-2012 Resolución N° 010 Sala Penal Permanente – Corte Superior de Justicia de Ica. Imputado: OSCAR AVELINO MOLLOHUANCA CRUZ.*

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

JURISPRUDENCIA SOBRE EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA:

1. **STC Exp. N° 8125-2005-PHC/TC Caso: JEFFREY IMMELT y Otros.**

   La presentes sentencia constitucional, junto a la sentencia del Famoso Caso Margarita Toledo son las dos primeras sentencias constitucionales de lectura obligatoria que fijan el principio de imputación necesaria en el proceso penal.

   En **esta sentencia se establece que toda resolución judicial –o fiscal- debe señalar estrictamente el nivel de intervención de cada uno de los participantes del hecho punible**. Textualmente señala:

   "(…)al momento de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados."[26]

   Además complementando el alcance de la imputación concreta señala: "Examinado el cuestionado auto de apertura de instrucción (fs. 175/180), de conformidad con la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, es posible afirmar que tal resolución no se adecúa en rigor a lo que quieren tanto los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, como la Constitución y la ley procesal penal citados. No cabe duda que el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales ofrece los máximos resguardos para asegurar que el imputado tome conocimiento de la acusación que contra él recae, al prescribir que : "El auto sera ***motivado*** *y contendrá en forma precisa los* ***hechos denunciados***, ***los elementos de prueba en que se funda la imputación***, *la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado".*[27] *"En este sentido, cuando el órgano judicial superior jerárquico ordena abrir instrucción, ello no exonera al a quo de fundamentar lo ordenado, de conformidad con los requisitos previstos en el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia, al haber omitido el Juez penal la formalización de cargos concretos, debidamente especificados, contra todos y cada uno de los beneficiarios, lo que denota una ausencia de individualización del presunto responsable, en los términos anteriormente expuestos, ha infringido el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, lesionando el derecho de defensa de los justiciables, al no tener éstos la posibilidad de rebatir los elementos fácticos que configurarían la supuesta actuación delictiva que se les atribuye, en función del artículo 139°, inciso 5 de la Constitución Política del Perú."*[28]

---

[26] Fundamento 13.
[27] Fundamento 15.
[28] Fundamento 17. El subrayado es nuestro.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

2. **STC Exp. P° 3390-2005-PHC/TC Caso: JACINTA MARGARITA TOLEDO MANRIQUE.**

La presente sentencia **señala la exigencia de la precisión en una resolución judicial de la modalidad típica del hecho como componente del requisito fáctico**, elemento fundamental del principio de imputación necesaria

"En el caso de autos, el juez penal cuando instaura instrucción por el delito por falsificación de documentos en general, omitiendo pronunciarse en cuál de las modalidades delictivas presumiblemente habría incurrido la imputada, y al no precisar si la presunta falsificación de documentos que se imputa a la favorecida está referida a instrumentos públicos o privados, lesiona su derecho a la defensa, toda vez que, al no estar informada con certeza de los cargos imputados, se le restringe la posibilidad de declarar y defenderse sobre hechos concretos, o sobre una modalidad delictiva determinada y, con ello, la posibilidad de aportar pruebas concretas que acrediten la inocencia que aduce.

Esta omisión ha generado un estado de indefensión que incidirá en la pena a imponerse y en la condición jurídica de la procesada, lo cual demuestra que el proceso se ha tornado en irregular por haberse transgredido los derechos fundamentales que integran el debido proceso, esto es, el derecho de defensa; ello, a su vez, ha determinado la afectación de la tutela jurisdiccional, ambos garantizados por la Norma Constitucional (…)[29]"."Por consiguiente, este Tribunal considera que se ha transgredido el Principio Acusatorio, pues la beneficiaria ***no*** *tiene la ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen las modalidades delictivas previstas para el delito que se le instruye, las mismas, que no pueden convalidarse por la circunstancia que la favorecida está asistida por un abogado defensor."[30]*

3. **STC Exp. N° 4517-2009-PHC/TC-JUNÍN Caso: GERMÁN ADOLFO PAUCAR MEJÍA[31]**

El tribunal constitucional en el proceso de habeas corpus interpuesto por German Adolfo Páucar Mejía contra el Juez del Primer Juzgado Penal de Huancayo y contra el fiscal de la Primera Fiscalía Penal de Huancayo, **precisa que debe hacerse referencia en todo auto apertorio de instrucción –lo que en el nuevo modelo viene a ser la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria- a la calificación de modo específico, ya que con ello también se busca garantizar la imputación necesaria y el principio de**

[29] Fundamento 14.
[30] Fundamento 17. Ibídem.
[31] Citado por ESTEBAN FREDDY ACHOMA TITO. "Y qué hay de las imputaciones genéricas". Revista del Ministerio Público – Tacna. Mayo del 2012.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

legalidad - tipicidad- garantizándose con ello el derecho de defensa del imputado dentro de un debido proceso.

"Asimismo, el artículo 77º del Código de Procedimientos Penales establece la estructura del auto de apertura de instrucción, señalando que "Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito; que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden del procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción".[32]

4. **STC Exp. N° 5325-2006-PHC/TC Caso: JIMÉNEZ SARDÓN**

En la presente sentencia, **referido a los indicios y elementos de juicio que deben sustentar cada imputación como requisito normativo del principio de imputación necesaria** señala que:

"*Siendo esto así, resulta conforme al derecho de todo ciudadano reconocido por la Constitución Política del Estado la exigencia, para que la acusación sea cierta, no implícita sino precisa, clara y expresa, es decir todo auto de ampliación ha de contener en la motivación una descripción suficientemente detallada de los hechos nuevos considerados punibles que se imputan y del material probatorio o de los indicios que justifican tal decisión (..). En el presente caso se advierte que la imputación penal materia del auto ampliatorio cuestionado adolece de falta de conexión entre los hechos que configura las conductas ilícitas penales atribuidas al beneficiario y las pruebas que se aportan como sustento de cargos. No se advierte en dicho auto la delimitación concreta y precisa de la relación de causalidad que denote la verosimilitud de las imputaciones que se incriminan al afectado, lo cual perjudica ostensiblemente un adecuado ejercicio de su derecho de defensa, más aún si el favorecido ha sido pasible de una medida coercitiva que restringe su libertad individual, situación que legitima su reclamación de tutela constitucional urgente."*[33]

5. **Exp. N° 0796-2012 Resolución N° 010 Sala Penal Permanente – Corte Superior de Justicia de Ica. Imputado: OSCAR AVELINO MOLLOHUANCA CRUZ.**

[32] Fundamento 07.
[33] Fundamentos 09 y 10.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

Una sentencia muy rica en aporte jurisprudencial sobre la imputación concreta, basada en el nuevo código procesal penal, es la sentencia de segunda instancia que **declara la nulidad de la resolución de prisión preventiva contra Oscar Mollohuaca, Ex Alcalde de Espinar –Cusco por no haber imputación concreta en el delito de Disturbios** y otros, en agravio de la Empresa Minera Xstata-Tintaya.

"Finalmente, en el punto IV de la Formalización de la Investigación Preparatoria, y respecto a la tipificación de los hechos, dice el Fiscal Provincial: "…en su calidad de Alcalde de la Municipalidad Provincial de Espinar; estos imputados han organizado días antes de las medidas de lucha, causando a la población de Espinar y realizando apologías al Delito de DISTURBIOS, para lo cual utilizaban los diferentes medios de comunicación de la Provincia de Espinar…". Más adelante refiere: "…la actuación de los imputados fue trascendente en la organización en la intención frustrada de tomar el campamento minero de Xstrata Tintaya (…) para lo cual han incitado a la población con la finalidad que generen disturbios y daños a la propiedad privada…".

Teniendo en cuenta lo antes señalado, ***es evidente que no obra en la formalización de investigación preparatoria, así como en el requerimiento de prisión preventiva, imputación necesaria concreta, y por el contrario se han reseñado hechos de manera general, no precisando en el caso del delito de disturbios, cual habría sido la participación efectiva del investigado en los mismos, tanto más que se han señalado días específicos en los que dice habría participado el investigado****.*

En el mismo sentido, el Juez A quo al resolver el requerimiento de prisión preventiva, no ha precisado ni descrito las conductas que a su juicio tipificarían el delito de disturbios, y cual habría sido la participación concreta del investigado Mollohuanca Cruz."[34]

VII. OPERATIVIDAD FUNCIONAL DEL PRINCIPIO DE LA IMPUTACIÓN NECESARIA EN EL DESARROLLO DEL PROCESO PENAL

El maestro arequipeño F. C. Mendoza[35] señala que el principio de la imputación concreta configura el proceso penal en general, pero a su vez tiene funciones específicas en cada una de las etapas del proceso que orientan la actividad de los sujetos procesales; el punto de referencia necesario que define y delimita el objeto de cada una

[34] Fundamento de la Sentencia de Vista de la Causa 3.5 y 3.6. El subrayado es Nuestro.
[35] Ibídem.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

de las etapas del proceso penal -diligencias preliminares, investigación preparatoria, etapa intermedia y juzgamiento.

Las diligencias preliminares tienen como objeto definir los contornos de la imputación concreta y para ello tienen por finalidad realizar los actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión. Su objeto definir la estructura de la imputación concreta: el hecho, la calificación jurídica y medios de convicción. Si concurren estos tres componentes se tendrá una imputación concreta, y correspondería formalizar y continuar con la investigación preparatoria.

Una práctica común del ministerio público ha desnaturalizado desnaturalizada; pues, no obstante existir una imputación concreta dispone diligencias preliminares. Se ha pervertido su objeto y finalidad; su recurrencia acarrea consecuencias negativas, enerva el contradictorio con sensible aplicación del derecho de defensa, degenera en dilación. Peor aún, porque las diligencias policiales sin estrategia, constituye una práctica formularía que anquilosa a la investigación. Si se tiene una imputación concreta, entonces su consecuencia es de la formalización de la investigación preparatoria.

El artículo 330 y se le nuevo código con sala Penal señala que cita la denuncia, del informe policial podrá diligencias preliminares realizó aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, es decir existe imputación concreta, entonces el fiscal dispondrá la formalización de la investigación preparatoria, y esta debe contener los hechos de la tipificación específica correspondiente.

La imputación concreta determina el objeto de la investigación y finalidad, por consiguiente la pertinencia y utilidad de los actos de investigación propuestos por las partes para el esclarecimiento de los hechos. Es sobre la base de la imputación en la parte pueden controlar la imputación, los medios de defensa y ofrecer la realización de actos de investigación para deslindar la imputación. Si no se tiene definida la imputación esta etapa degenera en una reproducción de ritualismos sin finalidad; una investigación ciega, sorda, torpe e inhumana siempre exacerba un latente autoritarismo de sus operadores.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

Concluida la investigación, el juez durante la etapa intermedia realizará un exhaustivo control de la imputación, verificará su base fáctica, la calificación jurídica y los elementos de convicción suficientes para decidir el enjuiciamiento del imputado. Los medios de prensa de segunda etapa también tienen su punto de referencia en la imputación concreta, un claro ejemplo de ello es la excepción de improcedencia de acción.

En el juicio oral, de entrada, la imputación concreta en el objeto del proceso; y, con la resistencia, el objeto del debate. Sobre este desarrolla el contradictorio de toda la actividad probatoria. Sirve como parámetro de pertinencia, conducencia y utilidad en la dirección judicial del debate y pauta la litigación oral de los adversarios. Finalmente en la etapa decisoria, la imputación concreta es elemento de referencia para verificar el principio de congruencia procesal entre la acusación y sentencia. En efecto, la terminación completa de la imputación de un hecho punible a presentar de manera decidida los fundamentos de hecho y de derecho con los que el juez justifica sus decisiones.

VIII. ¿QUÉ HACER FRENTE A LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA IMPUTACIÓN CONCRETA?

El **Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116** definía los contornos y alcances de la novísima institución jurídica de la Tutela de Derechos, mencionaba todos aquellos derechos que podrían ser exigidos vía Tutela de Derechos, pero sobre la posibilidad de cuestionar la disposición de formalización y continuación de la Investigación Preparatoria señalaba que el juez de garantías – como se le llama en Chile al Juez de Investigación Preparatoria- no puede impugnar ni modificar la imputación señalada – bien o mal- en dicha disposición porque la tutela *"sólo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo tanto debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el juez de la Investigación Preparatoria"*[36].
Sin embargo, era necesario crear una audiencia de control de imputación de la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (DFYCIP), puesto que no se podía esperar hasta la Etapa Intermedia, luego de 120

[36] Fundamento 18 del Acuerdo Plenario N° 04-2010/CJ-116.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

días, para cuestionar la Imputación, cuando incluso ya puede haber prescrito el delito, tampoco podría decirse que los medios técnicos de defensa existentes –como la Excepción de Improcedencia de Acción- podrían solucionar el tema de la Imputación Concreta en la DFYCIP, puesto que obedece a otros patrones independientes.

En vista de la exigencia real, dos años después la Corte Suprema de la República se pronunció en el **ACUERDO PLENARIO N° 02-2012/CJ-116** señalando que **sí podría ser factible mediante la Tutela de Derechos solicitar al Juez de la Investigación Preparatoria se cuestione la DFYCIP**, creándose así LA AUDIENCIA DE PRELIMINAR DE CONTROL DE IMPUTACIÓN, a través de la cual se podría solicitar se revise la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria. Literalmente el acuerdo plenario señala: *"Muy excepcionalmente, ante la desestimación del Fiscal o ante la reiterada falta de respuesta por aquel –que se erige en requisito de admisibilidad, y siempre frente a una omisión fáctica patente o ante un detalle de hechos con entidad para ser calificados, de modo palmario, de inaceptables por genéricos, vagos o gaseosos, o porque no precisó el aporte presuntamente delictivo del imputado, cabría acudir a la acción jurisdiccional de tutela penal.* ***En este caso la función del Juez de Investigación Preparatoria – ante el incumplimiento notorio u ostensible por el Fiscal de precisar los hechos que integran los cargos penales- sería exclusiva y limitadamente correctora disponer la subsanación de la imputación plasmada en DFYCIP, con las precisiones que luego de la audiencia sería del caso incorporar en la decisión judicial para evitar inútiles demoras, pedidos de aclaración o corrección, o cuestionamientos improcedentes. Bajo ningún concepto el auto judicial puede ser anulatorio y, menos, de archivo o sobreseimiento anticipado de la investigación****"*[37], puesto que esto, -creemos nosotros- obedecería a una práctica inquisitiva.

[37] Fundamento 11 del ACUERDO PLENARIO N° 02-2012/CJ-116 de los Jueces de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema del Perú.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

IX. PROBLEMAS EN EL PROCESO QUE EFECTAN EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA. LA PERVESIÓN DE LA IMPUTACIÓN

Constantes prácticas en la imputación concreta han pervertido su función. El citado maestro de Arequipeño[38] nos señala algunas de ellas.

PRIMER PROBLEMA: LOS REPRESENTANTES DEL MINISTERIO PÚBLICO NO CONSTRUYEN BUENAS IMPUTACIONES BASADAS EN PROPOSICIONES FÁCTICAS SUBSUMIDAS EN PROPOSICIONES JURÍDICAS.- Se pervierte la imputación cuando a pesar de existir información valiosa en los actos de investigación, las proposiciones fácticas no son construidas sobre la base de esta información. Las partes pueden tener conocimiento de esta información por haber adquirido el expediente, pero, esto no exime al ministerio público del deber de construir proposiciones fácticas para materializar una imputación concreta. No se realiza la operación de sintetizar la información investigada o investigativa construyendo proposiciones fácticas, sino que se asume que raramente es suficiente la información dispersa en el expediente fiscal. Esto es completamente erróneo.

La débil presencia de proposiciones fácticas puntualizadas con base en la investigación genera en los jueces el apremio de recurrir al expediente para obtener información por defecto o ausencia de las proposiciones fácticas, esto determina a que sean los jueces quienes construyan proposiciones fácticas para fundamentar decisiones y con ello el retorno al modelo inquisitivo, con jueces haciendo las veces de un fiscal. El efecto más pernicioso es la anulación del contradictorio, sólo pues con proposiciones fácticas se puede materializar el contradictorio y optimizar el ejercicio de la defensa. Si no hay imputación, no hay defensa, por más que la información se encuentra en la carpeta fiscal. Con todo ello se requiere seriamente el principio acusatorio y el carácter cognitivo del proceso da lugar a un ritual de sospecha y atribuciones éticas.

El trabajo fiscal se vértebra sobre la base de construir proposiciones fácticas, sintetizando la información obtenida con los actos de investigación, ésta es precisamente su labor central, compleja pero indispensable. De nada sirve acopiar

[38] F. Celis Mendoza Ayma. Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

información sin un norte. Esta información, es el insumo que se sintetiza en proposiciones fácticas calificadas jurídicamente, que a su vez, orientan la actividad investigativa, buscando nuestra información. La imputación concreta es el resultado de esta tensión dialéctica en la actividad investigativa y proposiciones fácticas. Si el operador fiscal no es consciente de la dinámica, realizará una labor unilateral de acopio cuantitativo de información sin posición estratégica en la obtención de información de calidad.

La falta de destreza en la construcción de proposiciones fácticas, da lugar a que se realicen imputaciones con errados juicios de tipicidad, no obstante que los elementos indiciarios se tiene base fáctica para construir proposiciones fácticas con un correcto juicio de tipicidad. **El juez de la investigación preparatoria no tiene atribuciones para controlar que el fiscal construya proposiciones fácticas con determinada información de los actos de investigación, sólo controla la calificación jurídica de las proposiciones fácticas propuesta por la fiscalía**. Sería contrario a su rol constitucional ordenar u orientar la construcción de proposiciones fácticas en determinado sentido jurídico por tanto el desarrollo de destrezas en la construcción de proposiciones fácticas sobre la base de la actividad investigativa es una tarea pendiente y de urgencia que corresponde a la fiscalía.

SEGUNDA PERVERSIÓN: LA IMPUTACIÓN CONTIENE PROPOSICIONES FÁCTICAS VINCULADAS A LA REALIZACIÓN DEL HECHO PUNIBLE, PERO CARENTE DE PROPOSICIONES FÁCTICAS QUE VINCULEN AL IMPUTADO.- Otra perversión se presenta cuando la imputación contiene proposiciones fácticas vinculadas a la realización del hecho punible, pero es carente de proposiciones fácticas que vinculen al imputado; otras veces se propone proposiciones genéricas no concretadas en indicios reveladores. Obviamente en ambos supuestos no existe imputación y da lugar a la sospecha como fundamento. Una formalización de imputación sobre imagen difusa es insostenible en un proceso cognoscitivo, se anula este carácter y en un escenario de críticas sobre la eticidad de la conducta de los magistrados.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

Se pervierte la imputación concreta cuando se presenta excesivas proposiciones fácticas no vinculadas al hecho constitutivo sino a las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. Esta exuberancia de circunstancias rodea o circundan generalmente de proposiciones fácticas del hecho constitutivo. El exceso de proposiciones fácticas *circundantes* esconde la débil presencia de proposiciones fácticas del hecho constitutivo.

Una técnica operativa para construir una imputación exige elaborar el primer orden –cómo núcleo- las proposiciones fácticas que configuran las circunstancias. El Ministerio Público debería centrar arduamente su en la imputación constitutiva de los elementos de tipo; sólo luego debería construir las proposiciones fácticas que configuran las circunstancias. Se evitaría así el exceso de circunstancias en desmedro del hecho constitutivo.

TERCER PROBLEMA: EL FORMULISMO.- El formulismo – en palabras del citado maestro Arequipeño- es otra perversión de la imputación concreta, se expresa en la utilización de formatos y al pretender cargarlos da lugar a contenido reiterativo. La acusación es exuberante, pero con el contenido del hecho punible. El estilo forense no puede ajustarse al cumplimiento del formato de la acusación; puede ser distinto y hacerse un uso residual del formulario. La verificación exhaustiva del cumplimiento del contenido por rigurosos rubros formales constituye una práctica formularia que anula la construcción de una imputación conforme a las particularidades del caso.

El estrecho rigor del formato condiciona severas confusiones, así la imputación es disgregada de manera inarticulada en circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. El formalismo extremo degenera en un descuartizamiento de la imputación. Esta desagregación de la imputación es consecuencia directa de la utilización del formato, éste exige que la acusación contenga las circunstancias precedentes, concomitantes posteriores al hecho constitutivo y, ante la ausencia de las circunstancias para satisfacer los requerimientos del formato, se descompone el hecho delictivo en circunstancias.

Este formalismo, en apariencia facilita el trabajo fiscal, no permite una práctica eficiente y el control de la imputación concreta. Así la robótica práctica formularia debe ser criticada y combatida pues imposibilita la reflexión y torna ineficiente el control de la

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

imputación. Además no es inocuo, las defensas formalistas utilizan este formato con un esquema de evaluación y es aprovechado para cuestionar la ausencia de proposiciones fácticas constitutivas del tipo, no obstante encontrarse estás bajo la nominación de las circunstancias.

Lo importante es la concurrencia de la imputación fáctica con proposiciones fácticas realizadoras de los elementos del tipo, independientemente de la nomenclatura formularia que se emplee. Es claro que la imputación fáctica es el núcleo constitutivo de la imputación y de las circunstancias que rodean este hecho. Son bases fácticas distintas, unas son el núcleo y las obras son periféricas al núcleo, las primeras son esenciales la segunda son no esenciales. Las circunstancias sólo deben ser postuladas en tanto sean generadoras de consecuencias jurídicas. Esta perspectiva procesal permite un control eficiente de los requisitos de fondo de la imputación penal, porque nos permite focalizar el problema.

Si el fáctico constitutivo del hecho punible se encuentren bajo otra denominación formularia, ello no debe suponer a ausencia de imputación, una cosa es que éstas no existan y otra que los hayan desarrollado en otros rubros; por tanto no es un supuesto de sobreseimiento, entonces corresponde al Juez disponer su ordenación devolviendo la acusación.

Precisando, la imputación concreta es un presupuesto del contradictorio, configuran el proceso; sin él simplemente no existe proceso, es eje central del proceso, determina el carácter cognitivo del proceso, en cualquiera de sus etapas. Si la imputación es defectuosa entonces incide directamente en la configuración defectuosa del proceso, y degenera su carácter cognitivo en uno de sospecha y prejuicios. Por esa razón los cuestionamientos a la perversión de la imputación apuntan a generar buenas prácticas en perspectiva de un auténtico proceso centralmente cognitivo y por tanto controlable. El abordaje de la imputación concreta y los problemas de su calificación jurídica, merecerán un enfoque independiente.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

X. CONCLUSIONES

1. La Garantía de la Imputación Penal Concreta, principio de imputación necesaria, imputación concreta o principio de imputación suficiente es una garantía procesal penal de base constitucional, vinculado con el principio de legalidad y el derecho de defensa del imputado, que el Representante del Ministerio Público debe resguardar muy cautelosamente.
2. La imputación es uno de los requisitos esenciales para dirigir el objeto de la investigación fiscal. El objeto del Proceso está definido por la imputación y el objeto del debate por la oposición.
3. La imputación que realice el Ministerio Público -con mayor observancia en casos complejos- debe realizarse analizando las proposiciones fácticas y vinculándolas con las proposiciones jurídicas útiles y conducentes encaminándose a conseguir lo planteado en su teoría del caso y no juntar elementos fácticos por grandes cantidades sin revisar su vinculación con las proposiciones jurídicas.
4. La imputación concreta debe ser definida y configurada para posibilitar el ejercicio real del Derecho de Defensa materializando una resistencia idónea. Si ella se vulnera también se lesiona el Derecho de Defensa, y al ser expedidas en una Disposición fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria deben ser bien especificadas para no vulnerar la Debida motivación de las resoluciones judiciales (extendiendo este principio también a Disposiciones Fiscales) observando la tipicidad del hecho para también no vulnerar el principio de legalidad.
5. La imputación desde la óptica del imputado viene a ser el núcleo central del derecho de defensa que la constitución, los tratados internacionales le consagran en el transcurso de todo el proceso penal.
6. La Fiscalía debe observar el cumplimiento del Principio de la Imputación Necesaria desde las primeras diligencias -la toma de la declaración del imputado- en cada una de las etapas del proceso penal y reconocer su importancia hasta el Juicio Oral conociendo su importancia como objeto de debate.
7. Los derechos o garantías que se vulneran ante el incumplimiento de la garantía de la imputación penal concreta o imputación necesaria, son el derecho de defensa, el debido proceso, el principio de legalidad (al no ser típica la conducta) y la motivación de las resoluciones judiciales (Disposiciones Fiscales).

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

8. La Imputación concreta debe observancia durante toda la investigación fiscal. La Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria debe cumplir con los requisitos fácticos, jurídicos y lingüísticos mencionados en las citadas sentencias del Tribunal Constitucional.
9. Es una exigencia del Tribunal Constitucional que para formalizar investigación preparatoria exista un control del Juicio de Imputación del Ministerio Público como son: la Individualización Fáctica (detalle de las proposiciones fácticas de cada uno de los imputados y las imputaciones) y la Individualización Jurídica (tipo penal y/o sub tipo penal diferenciación del título de Imputación como autor o partícipe de cada uno de los investigados).
10. La Tutela Jurisdiccional de Derechos es el mecanismo idóneo para en una audiencia cuestionar preliminarmente la imputación mal formulada y contenida en la Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria.

XI. RECOMENDACIONES

1. La experiencia transcurrida con el nuevo modelo procesal penal, hasta la fecha, ha permitido verificar que existe falencia en la técnica de construcción de las proposiciones fácticas y jurídicas, lo que amerita realizar talleres sobre temas de imputación concreta y la elaboración de las referidas proposiciones.

2. Que, el señor juez de la Investigación Preparatoria, cumpla con más eficacia, la función de Juez de Garantías de Derechos Fundamentales en el proceso penal, y no permita que cualquier caso pase a la etapa medular de todo proceso, como es el juicio oral, y así evitar la sobrecarga procesal.

3. La Fiscalía debe observar el cumplimiento del Principio de la Imputación Necesaria desde las primeras diligencias -la toma de la declaración del imputado- en cada una de las etapas del proceso penal y reconocer su importancia hasta el Juicio Oral conociendo su importancia como objeto de debate.
4. Que el abogado defensor cumpla adecuadamente el rol que le corresponde, que es asumir una verdadera defensa, cautelando primordialmente la garantía de la imputación concreta o necesaria.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

5. Es necesario tener un mejor y mayor manejo de la jurisprudencia penal, procesal penal y constitucional, en relación al presente tema, y la constante capacitación sobre ello, nos permitirá eficacia el rol encomendado.
6. Sólo si el Fiscal de Investigación, cumple el rol dentro del marco de la ley y la Constitución Política del Perú, podremos decir, que estamos haciendo justicia en un Estado Democrático de Derecho y podremos mantener en vigencia el principio de la interdicción de la arbitrariedad y ello siempre de la mano de la autocapacitación constante.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

BIBLIOGRAFÍA

1. BINDER, Alberto M. "Introducción al Derecho Procesal Penal". Ad Hoc, Buenos Aires, 1993. Alberto Binder es un reconocido Jurista Uruguayo contemporáneo.
2. Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa 2012. Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa CEDPE S.A.C. Lima, 2012.
3. CÁCERES JULCA, Roberto. "Habeas corpus contra el auto apertorio de instrucción". Grijley, Tomo 10, p. 137, Lima, 2008.
4. CASTILLO ALVA, José Luis. Citado por José Nolasco Valenzuela en "Manual de Litigación en Delitos Gubernamentales", Ara Editores, Tomo 2, Lima, 2011.
5. MAIER, JULIO B.J. "Derecho Procesal Penal Argentino". Editores del Puerto, Vol. I, p. 317 y 318, Buenos Aires, 2000. (La negrita es nuestra)
6. DEL OLMO DEL OLMO, José Antonio. Citado por José Luis Castillo Alva en "El principio de imputación necesaria, una primera aproximación", Diálogo con la jurisprudencia, Noviembre del 2004.
7. MENDOZA AYMA, Francisco Celis. "La necesidad de una imputación concreta en el desarrollo del proceso penal cognitivo". Editorial San Bernardo, p. 99, Arequipa-Perú, 2012.
8. REÁTEGUI SANCHEZ, James. "El control constitucional en la etapa de calificación del proceso penal". Palestra Editores, Lima, 2008, p. 80.
9. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "Más sobre el principio de Imputación necesaria". Gaceta Penal & Procesal Penal, N°18, Diciembre 2010. Gaceta Jurídica. Lima.
10. NOLASCO VALENZUELA, José; VELARDE LÓPEZ, Juan; AYALA MIRANDA, Erika; LOPEZ ESPINOZA, Reise. "Manual de litigación en delitos gubernamentales". Ara Editores, Tomo 2, Lima, 2011.
11. ACHOMA TITO, Esteban Freddy. "Y qué hay de las imputaciones genéricas". Revista del Ministerio Público – Tacna. Mayo del 2012.
12. Código Penal, D. Leg. 635-1991. Jurista Editores. Lima. Febrero 2013.

Calle Euler N° 402, Of. 102 San Borja Lima 41 Telefax: (511) 224-5964
E-mail: alerta_informativa@lozavalos.com.pe
www.lozavalos.com.pe/alertainformativa

Autoría y participación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. ¿Es necesaria una nueva teoría de la intervención?

Luis Gustavo Guillermo Bringas

Sumario: **I**. Introducción **II**. La evolución dogmática hasta la teoría del dominio del hecho **III**. Fundamentos de la participación delictiva **1**. Teoría de la participación en el ilícito y el principio de accesoriedad **2**. Teoría de la causalidad **A**. Tesis de Jakobs **B**. Tesis de Lesch **C**. Tesis de Robles Planas **3**. Teoría del injusto único de intervención delictiva **IV**. Crítica a la posición del Tribunal Constitucional sobre la intervención delictiva

I. Introducción

Hace ya buen tiempo que el TC viene dictando sendas resoluciones en materia penal-constitucional, bajo el entendido que como supremo intérprete de la Constitución debe suministrar líneas claras en cuanto al sentido y alcance de ciertas normas, principios o institutos dogmáticos. Esta labor no está exenta de críticas, por cuanto si bien nadie duda que toda labor jurisdiccional está vinculada y sujeta a la Constitución, todos los conceptos y definiciones que establece el TC, en ramas tan especializadas como el derecho penal o procesal penal no deben ser

aceptados incondicionalmente. De lo contrario, habría que convencernos que los miembros del TC son seres omnipotentes, una suerte de dioses a los que cualquier especialista del derecho debe recurrir para tener certeza acerca de si los conceptos con los que trabaja diariamente son legítimos o válidos, puesta que, según el TC, las categorías, por ejemplo, del derecho penal, solo tienen legitimidad en tanto sean conceptos seguidos de la palabra constitucional, es decir, existiría un concepto de acción-constitucional, culpabilidad-constitucional, pena-constitucional e inclusive de intervención delictiva-constitucional.

Con miras a analizar esta temática, estudiaremos la sentencia Nº 1805-2005-HC/TC, Lima, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, del 29 de abril de 2005. Si bien en esta resolución se abordan temas referidos a los plazos de prescripción, a la detención domiciliaria, al conflicto de leyes en el tiempo y a las formas de intervención delictiva, nos circunscribiremos a estudiar solo este último tópico. En este punto, como ya se verá en detalle más adelante, el TC toma partido por una determinada posición doctrinal acerca de la intervención delictiva, definiendo quién es autor y quién es partícipe. Con este fin, se afilia a la teoría del dominio del hecho, según la cual, por un lado, es autor quien ostenta dominio sobre el resultado del hecho, y, por otro, es participe quien contribuye con el actuar del denominado autor, sin tener dominio del hecho. Asimismo, el TC se pronuncia acerca del fundamento de la responsabilidad penal del partícipe, afirmando que este responde por brindar un aporte accesorio al autor, para la realización del hecho punible. Con esto el TC no hace más que recoger una posición doctrinal de larga tradición, que incluso es doctrina ampliamente mayoritaria tanto en nuestro país, como en los países de nuestra órbita cultural, y que, además, ha servido de fundamento para todos los pronunciamientos judiciales de los últimos años.

Por ello, en el presente trabajo explicaremos que la tesis asumida por el TC, aun siendo ampliamente mayoritaria, viene siendo seriamente cuestionada, y trataremos de persuadir al lector —seguramente aferrado al peso de la tradición— de que, respecto a la intervención delictiva, no es cierto que solo el autor domine el hecho, que entre este y el partícipe no existe diferencia cualitativa alguna, que todos los competentes responden por un injusto único y que, en todo caso, el quantum de pena que merezca cada uno de los intervinientes depende de la relevancia normativa de su aporte; quien tenga un mayor dominio del riesgo típico merecerá más pena que aquel cuyo dominio es menor. Para lograr este objetivo, primero, esbozaremos el estado actual de la teoría de la autoría y de la participación, con minúsculas referencias históricas (para lo cual incluso se obviarán en lo posible notas al pie) y, posteriormente, con mayor detalle, analizaremos las diversas tesis doctrinales acerca del fundamento de la participación delictiva, y, finalmente, confrontaremos nuestros resultados con la sentencia bajo comentario.

II. La evolución dogmática hasta la teoría del dominio del hecho

Cuando la dogmática decidió elaborar una teoría de la intervención delictiva se partió de la constatación de que el hecho delictivo, en la mayoría de las veces, era cometido por una pluralidad de sujetos, y no solamente por uno. Si los injustos fueran realizados por un autor único, una teoría de participación delictiva carecería de utilidad. Dicho esto, expondremos sucintamente la evolución de la teoría de la participación, desde el concepto unitario de autor hasta el concepto diferenciado, restringido, en el que predominado por décadas la teoría del dominio del hecho.

1. Según el sistema unitario, se califica como autor a todos los intervinientes que prestan una contribución causal a la realización del delito. Es decir, lo esencial es que la intervención de cada uno de ellos sea causa del resultado delictuoso[1]. Tampoco se diferencia entre los aportes causales de los intervinientes, pues se considera a todos equivalentes respecto del resultado. Por lo tanto, todos los participantes tienen igual responsabilidad penal. Así las cosas, es claro que el concepto unitario de autor fue abandonado porque se asentaba sobre la base de una filosofía positivista, conforme a la cual los actos humanos deben entenderse como meros actos mecánicos, sin diferencia sustancial con los acontecimientos de la naturaleza. A ello hay que agregar que antiguamente regía un concepto causal de acción, de modo tal que todo movimiento corporal que producía una modificación en el mundo externo, era una conducta de interés para el derecho penal. Así, bastaba que un sujeto realice cualquier tipo de prestación causal para la realización del hecho punible, para ser considerado autor; incluso con prescindencia del elemento subjetivo.

2. Como criterio tan amplio, de considerar a todos como autores, resultaba reñida con la idea de justicia y racionalidad, había que buscar una teoría con mejores soluciones. En tal sentido, se comenzaron a esbozar teorías diferenciadoras que buscaban criterios para distinguir entre los sujetos principales (autores) y otros secundarios (partícipes), respecto del hecho punible. En esta línea, la dogmática penal utilizó el concepto extenso de autor y el concepto subjetivo, y comprendió que, si bien desde el punto de vista objetivo, es autor todo aquel que ha contribuido causalmente al mismo, era necesario apoyarse en el elemento subjetivo para marcar una barrera entre autores y partícipes. Para esto, los defensores de esta tesis se apoyan en un concepto especial de dolo, en una específica «voluntad

1 Hurtado Pozo, José 2005: 853.

de ser autor (animus autoris)» que permitía distinguir al autor del partícipe, que solo actuó con «animus socci»[2].

3. Posteriormente, como concepto restrictivo de autor, se elaboró la teoría objetivo formal, conforme a la cual es autor quien realiza el verbo rector del tipo penal y quien contribuye de manera distinta, pero causal, es partícipe. Por tanto se afirma que autor es quien ejecuta la acción expresada por el verbo típico[3]. A esta teoría se le critica que no logra explicar casos tanto de coautoría como de autoría mediata. Así, no puede explicar correctamente el significado de la coautoría, porque, por ejemplo, quien sujeta a una persona para que otro le aseste una puñalada y le haga perder la vida, no realiza, en rigor, el verbo típico de matar, acción que solo realiza el otro sujeto. Sin embargo, es evidente que quien realiza una acción, como la descrita, merece también tener la calidad de autor y no solo la de partícipe. En cuanto a la autoría mediata, la teoría objetivo formal tampoco explica satisfactoriamente los diversos casos que pueden presentarse; y ello porque precisamente es característica de esta forma de autoría que quien tiene dominio del hecho no realiza directamente la ejecución del hecho, y, por tanto, no realiza el verbo rector del tipo penal, sino que quien lo realiza, por el contrario, es un intermediario.

4. Así mismo, también en el ámbito de las teorías restrictivas, se elaboró la teoría objetivo material, según la cual la calificación de autor depende del aporte objetivo que se realiza respecto del hecho punible. Además, se distinguían entre «causa» y «condición», de tal forma que quien pone la causa es autor y quien aporta una condición es cómplice. No obstante, es claro que el punto de partida de esta teoría es errado, pues no pueden existir diferencias a nivel natural entre causa y condición, esto es, una conducta es causal o no, pero no existen grados de causalidad.

5. Ante los problemas de las teorías subjetivas y objetivas —tanto formal como material— surge la teoría del dominio del hecho. Esta teoría, cuya máxima expresión fue consolidada en 1963 por Claus Roxín, es la tesis que puede considerarse como dominante, incluso hasta la actualidad. A efectos del presente trabajo, es importante mencionar que siendo la teoría del dominio del hecho expresión de un sistema diferenciador, marca una pauta fundamental para establecer quién es autor y quién partícipe. En lenguaje sencillo se puede afirmar: autor es quien tiene el dominio del hecho, y quien no tiene ese dominio, pero colabora con él o determina a otro a realizarlo, solo es partícipe. Asimismo, es fundamental tener presente que para esta teoría el autor realiza el hecho principal (injusto) y

2 Muñoz Conde/García Arán 1998: 480.

3 Vid. Bacigalupo Zapater 2004: 463.

la contribución del partícipe es solo accesoria. En virtud de ello, es evidente que para poder imponer una sanción al partícipe tiene que existir un hecho delictivo realizado por un autor, respecto del cual aquel solo ha colaborado. Con lo dicho, brevemente, deben quedar dos ideas claras: por un lado, que siendo el partícipe un sujeto secundario, que solo accede al hecho principal por la conducta de un tercero (autor), se necesita de un principio de accesoriedad; y, por otro, que para esta teoría existe una diferencia cualitativa entre autor y partícipe: el primero domina el hecho, el segundo no.

III. Fundamentos de la participación delictiva

En la doctrina moderna y aún dominante, donde impera el sistema diferenciador y restrictivo de autoría, se aprecia primero que la realización del tipo penal de cualquier delito y, por ende, la respectiva defraudación a la expectativa normativa que contiene, solamente es atribuida al autor, por ser quien ha dominado el hecho. Segundo, que la intervención de los otros sujetos que aportaron o contribuyeron de alguna forma al delito, pero que no dominaron el hecho, son responsables solo debido a las cláusulas de extensión del tipo penal contenidas en los arts. 24 y 25 CP, que regulan la participación[4]. En lo que sigue señalaremos las bases teóricas sobre esta institución de la dogmática penal.

En la doctrina clásica, se distinguen dos teorías generales sobre el fundamento de la participación. La primera es la teoría de la corrupción o de la culpabilidad, de acuerdo a la cual el partícipe es responsable penalmente por haber convertido al autor en criminal. Básicamente se sanciona al partícipe por haber corrompido a una persona, o, también, haber contribuido a que el autor se convierta en culpable[5]. Debido a esta última afirmación, también se le conoce como teoría de la participación en la culpabilidad. Así, pues, el acto de participación principalmente se desvalora por haber incidido en la psique del sujeto o en su culpabilidad —categoría donde tradicionalmente eran ubicados todos los elementos subjetivos del delito—. Si este planeamiento es comprendido con mayor facilidad en cuanto a la instigación, no sucede lo mismo respecto a la complicidad, en la que lo determinante es el aporte en el hecho y no en la culpabilidad del autor. Además, otro inconveniente es que para determinar la responsabilidad jurídico penal del participe se necesitaría que el autor tenga capacidad de reproche o culpabilidad,

4 Así, por ejemplo, en España, Bacigalupo Zapater 1996: 200; y López Barja de Quiroga 1994: 139. En Perú, Peña Cabrera 1995: 315, Villavicencio Terreros 2007: 493; Bramont-Arias Torres 2000: 327; y Hurtado Pozo 2005: 886.

5 Vid., López Barja de Quiroga 1994: 138.

lo que requiere un mayor grado de exigencia en los requisitos del hecho principal. Requisitos que en realidad no tendrían que ser impedimento alguno para la responsabilidad de un tercero, pues los elementos que se ubican en el ámbito de la culpabilidad son propios de cada persona; es decir son de índole subjetiva —referida al sujeto—[6]. Por ello, la dogmática penal contemporánea ha dejado de lado la teoría de la corrupción. En este contexto, y en contraposición aparece la segunda de las teorías, denominada Teoría de la colaboración o del favorecimiento. Conforme a esta teoría se deja de lado la idea de que la responsabilidad penal del partícipe se fundamenta en un acto corruptor sobre la culpabilidad del autor. Por el contrario, se considera que el injusto de la participación radica en la colaboración o favorecimiento al hecho del autor. De esta manera, se erige una relación entre el hecho del autor, como hecho principal, y el hecho colaborador o favorecedor del partícipe. Con esto, el plano subjetivo ya no es más el ámbito en el que hay que tratar la participación, sino más bien, en el ámbito objetivo. La doctrina moderna, en su mayoría, se ha decantado por esta última teoría y aunque en estudios posteriores se hayan dado variantes sobre el particular[7], su núcleo se mantiene incólume.

Sin embargo, gracias al desarrollo del criterio de la imputación objetiva y su aplicación en el ámbito de la tipicidad, se están presentando nuevos virajes dentro de la teoría de la participación delictiva. Así, esta es redefinida y fundamentada de otra manera. Es así que se habla del injusto único de intervención delictiva. Por esto, resulta indispensable, antes de avanzar más en el análisis, revisar mejor las posiciones doctrinales.

1. Teoría de la participación en el ilícito y el principio de accesoriedad

Desde la visión moderna de la participación delictiva, esta se fundamenta en la colaboración o contribución a un hecho ajeno, el del autor. Ahora bien, según esta teoría, la relación entre el hecho del autor y del partícipe es de naturaleza dependiente o accesoria. Por lo que, en materia de participación rige el principio de accesoriedad[8]. Esta accesoriedad implica reconocer que la razón del desvalor jurídico penal del

6 Vid., respecto a los cuestionamientos a esta teoría, López Barja de Quiroga 1994: 138, afirma que no se puede aceptar esta teoría en virtud del Principio de culpabilidad. De igual parecer, Bacigalupo Zapater 1996: 200.

7 Por ejemplo, Roxin 2000: 378 ss, 397, defiende su teoría del «ataque al bien jurídico» y asume expresamente una posición «mixta» respecto a las teorías de la participación dentro de la genérica teoría de la causación.

8 Un estudio sobre su origen y evolución hasta el estado actual, en donde se relativiza la antes sostenida dependencia absoluta, Cfr., por todos, Peñaranda Ramos 1990.

acto del participe radica en el correspondiente desvalor del hecho del autor, como acto que lesiona directamente el bien jurídico tutelado por una disposición penal. De esta manera, no puede haber responsabilidad del partícipe sin la intervención del autor: accesoriedad = dependencia[9].

La cuestión que surgió en torno a este planteamiento fue la del grado de dependencia que abarca la accesoriedad o, dicho de otro modo: cuánto y en qué forma depende la participación del hecho principal. Al respecto, se afirma unánimemente que la accesoriedad admite dos tipos de dependencias: dependencia del grado de realización del hecho del autor y dependencia de los elementos analíticos del delito. Parte de la doctrina[10] utiliza como términos sinónimos de los señalados: la accesoriedad cuantitativa y la accesoriedad cualitativa, respectivamente. Por nuestra parte preferimos hacer uso de los últimos por razones de brevedad.

Por accesoriedad cuantitativa se entiende que el hecho principal debe, como mínimo, haber alcanzado el nivel de la tentativa, es decir, encontrarse en actos ejecutivos, caso contrario estaríamos ante hechos irrelevantes para el derecho penal (actos preparatorios). Mientras que en la accesoriedad cualitativa, la punibilidad del partícipe depende de la presencia de ciertas exigencias sobre los elementos constitutivos del hecho del autor y no relacionadas con la ejecución del mismo. En este sentido, se han manifestado en doctrina diversas posiciones en función que se exijan más o menos elementos del delito. Así tenemos los casos de

> Accesoriedad mínima: el hecho principal deber ser solo típico.
>
> Accesoriedad limitada: el hecho principal deber ser típico y antijurídico.
>
> Accesoriedad máxima: el hecho principal deber ser típico, antijurídico y culpable.
>
> Hiper accesoriedad: el hecho principal deber ser típico, antijurídico, culpable y punible.

La doctrina moderna se ha decantado en su totalidad por la tesis de la accesoriedad limitada. Y ello es así porque aceptar la accesoriedad mínima sería debilitar las consecuencias de todo acto justificado por el derecho[11]. Así pues, se tendría que penar como cómplice al que colaboró en un acto de legítima defensa. Además, desde la perspectiva de un Estado de libertades, la culpabilidad es individual y

9 Esta fórmula es reconocida por la doctrina mayoritaria. Por ejemplo, Jescheck 1993: 596; Bacigalupo Zapater 1996: 201; López Barja de Quiroga 1994: 143 y Muñoz Conde/García Arán 1998: 488; Peña Cabrera 1995: 315, Villavicencio Terreros2007: 492; Hurtado Pozo 2005: 885 ss.; y Bramont-Arias Torres 2000: 328.

10 Así, López Peregrín 1997: 59-79; Peña Cabrera 1995: 317ss; y Villavicencio Terreros 2007: 498 ss.; y García Cavero 2008: 583-586.

11 Cfr. García Cavero 2008: 584.

determinable en cada uno de los intervinientes en un evento criminal, y, por tanto, no puede hacerse depender la culpabilidad del partícipe de los elementos que constituyen el reproche penal del autor[12]. Finalmente, tampoco se puede aceptar el último de los tipos de la accesoriedad, puesto que se refiere a elementos que modifican la responsabilidad penal en virtud a ciertas circunstancias o condiciones que la ley penal expresamente prevé como agravantes y atenuantes, las que solo influirán en los sujetos en los que concurran, mas no en todos. En otras palabras, también estamos frente a elementos que atañen a la responsabilidad individual. Con esto, no cabe duda que la accesoriedad limitada es la tesis menos objetable, ya que hace depender necesariamente de las cosas que pueden ser comunes o compartidas en toda intervención delictiva para el derecho penal: la tipicidad y la antijuricidad. Dicho de otro modo, lo único que se puede exigir que exista en común entre el sujeto que domina el hecho y el que no lo domina, para que sea responsable indirectamente por aquel, es que se realice un hecho típico y antijurídico. Así pues, el hecho principal, cualitativamente hablando, debe ser un injusto.

A decir de Enrique Bacigalupo, esta teoría resulta la más adecuada[13] para fundamentar de lege lata la punibilidad de la participación. La misma opinión se recoge a nivel nacional, tanto en la doctrina[14] como en la jurisprudencia[15].

A pesar de la aceptación mayoritaria de esta tesis, no deja de ser objeto de críticas. Así, hay que considerar que en un Estado de derecho y, también, por supuesto, de libertades, no se puede dejar de lado el hecho de que todo acto y sus respectivas consecuencias son imputables de forma individual. Es decir que cada uno es responsable jurídico penalmente por su propio hecho y no por el de otro. Y es precisamente sobre esto que se asienta el principio de autorresponsabilidad en derecho penal. Así pues, desde esta perspectiva, es inevitable reconocer que la tesis de la participación en el hecho ilícito, cuya lógica consiste en que la responsabilidad jurídico penal a título de participación radica en la intervención en el hecho de otro (el autor), no es compatible con el mencionado principio[16]. Si aceptamos esta incompatibilidad, solo queda rechazar esta tesis de participación,

12 García Cavero 2008: 584.

13 Bacigalupo Zapater 1996: 2001. Así también, Peña Cabrera 1995: 316, la reconoce como adecuada.

14 Por todos, Hurtado Pozo 2005: 885-889.

15 Por ejemplo, en la justicia ordinaria, R.N. N° 64-99, R.N. N° 5163, R.N.N° 2924-99; y, en la justicia constitucional, Exp. N° 1805-2005-HC/TC, fundamentos 34° y 35° (precisamente el caso que comentamos).

16 Así, Reaño Peschiera 2005: 193 ss.

pues no pueden defenderse construcciones dogmáticas que se alejen de los principios que inspiran al derecho penal contemporáneo.

2. Teoría de la causalidad

Una variante de la teoría del favorecimiento es la llamada teoría de la causalidad. Según esta teoría, lo importante es el aporte, influencia o contribución que ha tenido el partícipe en el hecho ajeno[17]. La punición se funda solo en este acto. Además, se afirma que es el mismo partícipe quien lesiona el bien jurídico[18]. Es decir, no existe una dependencia con el hecho principal ajeno, el desvalor y fundamento de la responsabilidad penal del partícipe radica exclusivamente en su aporte, en su hecho. Por lo que la accesoriedad y sus consecuencias resultan innecesarias. En su desarrollo, se han presentado diversas tesis o variantes dentro del mismo esquema de postulados, como la del delito autónomo (Lüderssen, en Alemania), delito de participación (Schmidhäuser, en Alemania) y la del injusto autónomo de participación (Marcelo Sancinetti, en Argentina).

No obstante los esfuerzos de sus promotores y de la lucidez de algunas de sus afirmaciones, estos postulados no han sido muy considerados por la dogmática penal; y esto por dos razones fundamentales. La primera, de orden práctico, esta tesis trae como consecuencia que ya se puede aceptar la responsabilidad penal del partícipe, aun cuando el autor ni siquiera haya empezado la ejecución del ilícito penal (injusto del autor). En otras palabras, solo basta con que el partícipe brinde su aporte para que pueda ser punible su conducta, a pesar de que el autor no ejecute el hecho delictivo. Así pues, no interesa que el delito empiece a ser realizado en su fase de ejecución, o, lo que es lo mismo, no cobra vigencia la accesoriedad, en particular la cuantitativa. La segunda de las razones es de carácter dogmático y se apoya en el hecho de que se está atentando contra el principio de lesividad. Según este principio, solamente pueden generar responsabilidad jurídico penal aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro a un interés o bien jurídico penal tutelado. En vista a esto, no se puede aceptar que la intervención del participe sea punible tan solo porque realice su injusto propio ya que si el autor no ejecuta su injusto, bajo ningún aspecto se podría aceptar que el solo hecho del participe lesione o, al menos, ponga en peligro el interés protegido penalmente. Lo que reafirma que se estaría violentando la máxima dogmática señalada. En suma: su excesiva consecuencia punitiva o aumento de razones de punibilidad,

17 Vid., Bacigalupo Zapater 1996: 200.

18 Cfr., López Barja de Quiroga 1994: 143.

que en «condiciones normales» no produciría imputación alguna, determina que no se le tenga en cuenta en el debate contemporáneo dominante.

No obstante lo dicho líneas arriba, es necesario señalar un efecto positivo que se alcanza con la aplicación de los postulados del injusto autónomo de participación. Este efecto consiste en el respeto al principio de la autorresponsabilidad por el hecho. En un Estado de derecho y de libertades, no cabe otra cosa que admitir que cada cual es responsable, de manera general, de las consecuencias de su propio hecho; lo cual, a su vez, es consecuente con el carácter individual de la responsabilidad penal. Si no se atendiera a tal principio jurídico penal, estaríamos ante una institución ajena a los principios del derecho penal liberal.

3. Teoría del injusto único de intervención delictiva

Las tesis anteriormente expuestas han perdurado de forma emblemática, sobre todo la primera, durante toda la etapa moderna y, en buena cuenta, también, de la contemporánea del derecho penal. Sin embargo, en nuestros días, se muestran nuevas luces en torno al fundamento de la participación delictiva y el término participación adquiere una significación más amplia, al incluir la autoría y los actos de instigación y complicidad. En buena cuenta, resulta mejor emplear el término intervención delictiva. En la doctrina penal, se encuentra aún poco material relativo a estas nuevas luces sobre la intervención delictiva[19], por lo menos en lo que se refiere a textos escritos o traducidos al castellano, no obstante, de seguro, que los estudios irán en aumento.

El elemento protagónico y que constituye la piedra angular sobre la que descansa la teoría del injusto único de intervención delictiva es la imputación objetiva. Como se verá, gracias a este instituto dogmático, el entendimiento de las razones de la atribución de la responsabilidad jurídico penal ha permitido determinar cómo y a quién imputar el injusto. Esto último constituye el aspecto nuclear en el tema de la intervención delictiva.

La dogmática ha sido muy «tímida» al introducir la teoría de la imputación objetiva en el campo de la participación delictiva. Es el caso, por ejemplo, de algunos trabajos de Roxin[20] y de López Peregrín[21]. Pero en ambos, mediante la imputación objetiva se valora el comportamiento del participe en relación indirecta con el injusto, puesto que, debido al dominante pensamiento jurídico penal,

19 Los referentes, hasta donde se ha podido revisar en la literatura científica, son: en Alemania Jakobs 1997: 796-803; y 1998: 67-89; y Lesch 1995: 15-80. En España, Robles Planas 2003. Y, en Perú, Reaño Peschiera 2005: 191-208; y García Cavero 2008: 582 ss.

20 Roxin 2000: 398ss.

21 López Peregrín 1997: 230-357.

se concebía el hecho del partícipe como accesorio al principal o hecho del autor. En otras palabras, las reglas de la teoría de la imputación objetiva se aplicaban por separado al autor y a los partícipes. Hasta aquí, la lógica de la accesoriedad de la participación se mantiene vigente en sus postulados iniciales.

Posteriormente, Jakobs[22] es quien, al poner en primer lugar el empleo de la imputación objetiva[23] antes que de la distinción y repartos de los concretos títulos participativos del delito a sus intervinientes, presenta una nueva estructura relativa a la participación. Estructura en la que confluyen[24] tanto la teoría de la imputación objetiva y la teoría de la participación delictiva: la teoría del injusto único de intervención delictiva.[25]

A. Tesis de Jakobs

Jakobs sostiene que la responsabilidad jurídico penal se fundamenta en el quebrantamiento de roles[26], el especial, basado en una institución positiva, y el general de persona o ciudadano, el que se asienta en la institución básica de toda estructura social. Es decir, el neminen laede o el sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias de la organización[27]. El rol común, en

22 La formulación originaria de Jakobs sobre esta nueva visión del fundamento de la participación la expuso y fundamentó bajo el rótulo: Teoría de la participación en el injusto referida al resultado, en su ya clásico y monumental tratado, 1997: 796 ss; y en donde, aun cuando no desarrolla sus tesis con ayuda a los criterios de imputación objetiva de modo expreso, ya concibe la idea de que el hecho no solo le pertenece al autor, sino que, también, pero en medida distinta, al partícipe.

23 Esto se da por una lógica sencilla. Debido a que, por un lado, la imputación objetiva analiza al tipo del injusto y, por otro, como en el campo de la participación delictiva no se trata de otra cosa que del alcance del tipo a las conductas intervinientes, resulta inexorable el encuentro de ambas categorías jurídico penales.

24 Roxin 2000: 399, mencionó expresamente que constituye tarea para la dogmática penal integrar totalmente la imputación objetiva y la participación delictiva. Tarea que como estamos viendo se está llevando a cabo.

25 López Barja de Quiroga 1994: 140; ubica la tesis sobre la participación de Jakobs dentro de la teoría la participación en el ilícito. Sin embargo, reconoce la peculiaridad de su fundamentación, basándose sobre todo en su modelo de imputación objetiva. Por su parte, el mismo Jakobs, vide, 1997: 798, afirma: «esta teoría sobre la la participación en el injusto referida al resultado se *corresponde*, en sus consecuencias, con la «teoría de la causación orientada a la accesoriedad», propugnada por la doctrina dominante, es decir a una teoría que complementa la causación con la participación en el injusto». El subrayado es nuestro. En la actualidad se prefiere utilizar el título que hemos colocado en esta parte de la monografía por su mayor facilidad en su uso. Así por ejemplo, Reaño Peschiera 2005.

26 Vid., Jakobs 1998: 67.

27 En torno a estas instituciones, fundamentalmente, Sánchez-Vera Gómez-Trelles 2002: 86-105.

su lado positivo, constituye al ser humano en persona en derecho[28]; en centro de imputación construido normativamente. Desde el lado negativo, mientras tanto, los somete al mandato jurídico elemental negativo: ¡no lesionar a otro! Deber cuya finalidad es mantener una separación entre las distintas esferas de organización de las personas[29]: respetar un Estado de libertades. Estas afirmaciones constituyen, groso modo, el esquema de imputación en los delitos de dominio o por competencia de organización[30] que debemos explicar para seguir en el tema.

Jakobs considera que es admisible la organización conjunta para llevar a cabo una empresa criminal, empero, esta organización no significa que cada uno realice una propia obra dentro de un marco común, sino, por el contrario, que todos se unan en una sola obra. Puesto que, en definitiva, el campo de la participación consiste en lo que suele denominarse reparto de trabajo: «el trabajo para lograr una obra única se reparte entre varias personas cada una de las cuales aporta su parte»[31]. De este modo, es inexorable una conclusión que vaya en el sentido de que el mismo injusto se tiene que imputar a todos los intervinientes que se organizaron en forma conjunta, a todos les pertenece y a cada uno le es propio[32].

Esta última afirmación es el origen del primer cuestionamiento a este planteamiento. La crítica cuestiona que si supuestamente cada uno responde por el injusto propio, cómo puede imputársele al participe que no realice un acto ejecutivo —acto que no punible desde el iter criminis—. Ante esto, Jakobs responde que este dilema solo puede ser resuelto considerando que: «quien realiza actos ejecutivos no solo ejecuta su propio hecho, sino el hecho de todos, en cuyo caso, la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los participes». Y continúa afirmando que «todos responden exclusivamente de su propio injusto, pero no es cierto que el injusto propio solo pueda ser el injusto realizado de propia mano; tal afirmación llegaría a excluir completamente toda participación en la fase previa»[33]. Finalmente, concluye sosteniendo que «quien

28 Jakobs 1998: 68.

29 Jakobs 1998: 69.

30 Para efectos del desarrollo de la teoría del injusto único de intervención, solamente nos referiremos a la participación en los delitos de dominio, o clásicamente denominados «comunes».

31 Jakobs 1998: 70.

32 Jakobs 1997: 796, señalaba en su inicio que «el concepto de autor vincula la responsabilidad a la configuración de la concreta realización del tipo o de la decisión sobre si esta se lleva a cabo; en todo caso, queda una relación estrecha entre el comportamiento del autor y la descripción del delito de la parte especial. En la participación esa relación es más laxa, ya que el participe no configura el hecho igual que el autor, ni tampoco decide este como el autor. Por eso, el hecho no es obra suya en la medida en que lo es el autor; pero, desde luego, el partícipe tiene una parte en el hecho, solo que reducida cuantitativamente».

33 Idem, 72.

participa en la fase previa no responde jurídico-penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es suyo»[34].

El segundo cuestionamiento que se le puede hacer a este planteamiento es ¿cuándo un hecho resulta ser propio? Para Jakobs, algo es propio «cuando exista una razón para imputar como propio lo sucedido» y no solo en un supuesto de realización de propia mano, lo que sería incurrir en un error naturalístico[35]. La razón de imputar se basa, y con esto Jakobs entra al plano de los criterios de imputación objetiva del comportamiento, en entender también a un colectivo o unión de varias personas como un destinatario de la imputación. Concibiendo que este colectivo está compuesto por «todas aquellas personas que se hayan organizado de modo tal, que lo organizado objetivamente tenga sentido como para alcanzar consecuencias delictivas; la expresión de sentido de quien realiza actos de ejecución ha de serle imputada a estos sujetos como el sentido que ellos mismos perseguían»[36]. Y dentro de este colectivo, se encuentran tanto los inductores como los cómplices y el mismo autor o ejecutor, quién solamente ocupa, en este marco de imputación común, un caso especialmente grave[37]. En buena cuenta, y a modo de resumen, lo que hace propio un hecho es que sea la expresión de sentido de las consecuencias delictivas producto de una organización defectuosa. La acción del ejecutor tan solo materializa o culmina la expresión de sentido de todo lo organizado por el colectivo y sirve para concretizar la imputación. O, lo que es lo mismo, pero en palabras de Jakobs, «injusto propio es el injusto que es imputable; se le imputa a todo aquel que organiza un contexto con consecuencias objetivamente delictivas […]»[38]. A fin de cuentas, se trata de un colectivo que infringe un deber.

De los planteamientos de Jakobs se desprenden dos consecuencias nuevas para la teoría de la participación delictiva. La primera, debido a que se imputa el mismo injusto como consecuencia de la organización conjunta de los intervinientes con sentido objetivamente delictivo, ya no se puede admitir como vigente —o, si se quiere, cuestionable— la accesoriedad cualitativa, según la cual la responsabilidad del partícipe depende del injusto de otro, del autor. La segunda consecuencia es la indudable permanencia en este nuevo sistema de participación de la accesoriedad cuantitativa. La transición del hecho hasta el estadio de ejecución para la concreta determinación de un injusto punible resulta más que necesaria

34 Idem,73.
35 Idem, 73.
36 Idem, 74.
37 Idem, 74.
38 Idem, 75.

tanto para la imputación a los intervinientes, lo cual rige para todos los intervinientes, no solo para el cómplice o el inductor, como, evidentemente, también para el propio autor. Es que ya no se analiza cuando un aporte de un individuo cobra relevancia penal, sino cuándo determinadas personas (colectivo) resultan competentes por un riesgo típico, el cual solo adquiere relevancia —para todo el colectivo— con el inicio de la ejecución del hecho.

B. Tesis de Lesch

Heiko Lesch también sostiene la tesis de que el injusto se imputa a todo los que intervienen, sin considerar que el aporte de cualquiera de ellos se haya dado en la fase preparatoria o en la ejecutiva. Los argumentos de este autor alemán se caracterizan por su radicalismo redirigido a alejar a la dogmática penal de toda idea de causalismo y finalismo. Su posición teórica es confesadamente normativista[39]. Para Lesch, la dogmática tradicional de la intervención delictiva realiza y mantiene una diferenciación de orden cualitativo entre autoría y participación, sobre la base de la idea de que el autor lleva a cabo su hecho específico, injusto que le es propio, pero diferente a de los partícipes[40]. Y, a su vez, esta diferenciación se presenta gracias a la confluencia de tres elementos o pilares: la teoría de las normas (base de la teoría personal del injusto, muy sentada en la dogmática desde Armin Kaufmann), el concepto restrictivo de autor y criterio del dominio del hecho. En buena cuenta, si prestamos atención nos damos con que estamos ante lo que resultan ser los postulados del sistema diferenciador de autoría. Por tanto, de esto hay que admitir que Lesch busca reformular las tesis de la intervención delictiva.

Lesch critica, en primer lugar, la vieja noción del injusto personal cimentada en la teoría de las normas. Según esta teoría, el derecho penal tiene una labor preventivo-policial de evitar lesiones a los bienes jurídicos. Considerando que la prevención era entendida como dirección del comportamiento, exigida mediante normas de comportamiento, dirección o imperativas[41]. Dichas normas eran dirigidas hacia sujetos que deben ser motivables. Sin embargo, la norma solo puede exigir y esperar de un sujeto que pueda controlar su voluntad final. Es decir, la norma estaba dirigida a manipular el proceso de formación del sujeto[42]. De esta manera, nos encontraríamos ante las siguientes consecuencias. Se tendría que «lo único prohibido son pues acciones y no resultados, y en verdad acciones solo dirigidas al resultado (en tentativa) y no acciones eficientes para el

39 Vid., fundamentalmente, Lesch 1995: 18-41.
40 Idem, 41.
41 Idem, 42.
42 Idem, 43.

resultado […]»[43]. Y, asimismo, a ultranza, obligatoriamente se tendría que subjetivizar radicalmente el desvalor de la acción[44]. Así pues, aceptar esta visión sería aceptar un derecho penal fuera de la vida social[45]. Con base en esto, afirma Lesch, ya desde su perspectiva teórica y a modo de rechazo, que «para una dogmática jurídico-penal normativista es evidente que una concretización de su teoría de la imputación y del injusto ha de renunciar totalmente a lo dicho desde la teoría de las normas»[46].

En segundo lugar, rechaza la idea, a nivel de la tipicidad, de la diferenciación cualitativa entre la autoría y la participación, producto del concepto restrictivo de autor. Para Lesch, la dogmática tradicional identifica la autoría con la ejecución de lo prescrito en el tipo[47]. Lo opuesto viene a ser la participación, es decir, «algo cualitativamente distinto a la autoría»[48]. Y en esto, precisamente, radica su error. Este autor replica a los argumentos que sostiene la dogmática tradicional mediante algunas observaciones a las figuras de la coautoría, tentativa y, asimismo, de las consecuencias que se origina, en esta concepción, en lo relativo a la punibilidad del participe (el injusto autónomo del partícipe y injusto ajeno desde la accesoriedad)[49]. Así pues, de esta manera, Lesch, llega a decir que la «imputación de aportes ajenos solo puede legitimarse, si tiene éxito definir la ejecución conjunta, también como injusto propio del que simplemente intervino en acciones preparatorias o en parte de la ejecución. […] El principio de autorresponsabilidad no marca pues una diferencia cualitativa entre autoría y participación, sino tan solo una frontera de responsabilidad en general»[50]. Líneas seguidas, continua afirmando que esto «significa que el tipo no recoge ninguna diferencia cualitativa entre autoría y participación; en otras palabras, que ya es hora de despedirse del concepto restrictivo de autor, el cual no ofrece en absoluto solución para los casos de ejecución en forma de división de trabajo»[51]. Además, dentro del mismo orden de ideas, señala que el concepto restrictivo de autor es solo un factor aparentemente delimitador, pues el espacio de la participación es excesivo, espacio que lo deja en manos de la imputación[52]. «En cambio, una delimitación de la responsabilidad

43 Idem, 44.
44 Idem, 45.
45 Vid., Lesch 1995: 46.
46 Idem, 46. Y, con más razones: 47 ss.
47 Idem, 48 y nota 89.
48 Idem, 49.
49 Idem, 49 ss.
50 Idem, 57.
51 Idem, 58.
52 Idem, 58.

razonable, y en general considerablemente más extensa, puede prestarse de mejor forma mediante una imputación de carácter normativista […] no es pues la noción de autor la que debe ser formulada de modo restrictivo, sino los conceptos de tipo e injusto, así como el de imputación»[53].

Respecto al cuestionamiento del dominio del hecho, Lesch señala que esta teoría no se ajusta a una noción normativista de las cosas y no tiene, por tanto, una respuesta del por qué se atribuye el injusto. Es más, la considera de carácter naturalista; por ende, resulta inaceptable[54].

La conclusión a la que Lesch llega, luego de cuestionar a la doctrina tradicional sobre autoría y participación, se orienta en una dirección similar a la de Jakobs[55]. El fundamento de la responsabilidad es idéntico para todos los intervinientes, empero las cuotas de responsabilidad son distintas[56]. Así pues, primero, se debe averiguar quién o quiénes deben responder dentro del colectivo y, segundo, en virtud de qué responde cada uno de los integrantes del colectivo[57].

C. Tesis de Robles Planas

En la literatura especializada en nuestro idioma, fuera de las opiniones de los autores alemanes presentadas anteriormente y tomadas de sus obras traducidas en español, la monografía sobre participación delictiva de Ricardo Robles Planas, profesor español, constituye un hito en la dogmática jurídico penal en este tema. Este autor, hasta donde sabemos, es el único que ha elaborado en castellano un trabajo monográfico dedicado a presentar y contribuir a reorientar la dogmática jurídico penal contemporánea sobre los puntos de partida de la teoría de la intervención delictiva, es decir, sobre los fundamentos de la participación.

Robles Planas toma como punto de partida el rechazo del modelo teórico de intervención basado en la idea de entender al delito como simple infracción de una norma («sistema de responsabilidad por la propia infracción de la norma»). Para esto considera que, conforme a los argumentos de este planteamiento, si cada interviniente fuera responsable por su propia lesión, sería entonces imposible hablar de intervención o participación, ya que no se puede intervenir en la lesión de un deber ajeno[58]. Por el contrario, asume como adecuado el «sistema

53 Vid. Lesch 1995: 58. Resulta más que atendibles las afirmaciones de la pagina 59.

54 Vid., Lesch 1995: 65.

55 Cabe hacer mención de que otra similitud con los postulados de Jakobs es que también maneja un esquema de imputación en base a roles sustentados en instituciones sociales tuteladas por el Derecho penal. Vid., Lesch 1995: 67-72.

56 Vid., Lesch 1995: 66.

57 Idem, 66

58 Robles Planas 2003: 147.

de responsabilidad por la intervención». En su opinión, con este sistema se «[…] abandona la idea de injusto como exclusivamente infracción de deberes personales y se construye una dogmática de autoría y participación a partir de la noción de «hecho típico». Solo cuando la lesión de una norma se objetiviza como un hecho (como suceso social con unidad de sentido) es posible hablar de intervención»[59]. De donde se deduce que «al otorgar al hecho relevancia como unidad de significado, cabe tomar parte en el mismo: cada sujeto responde por el hecho, si bien en manera distinta»[60]. Por esta razón, Robles Planas señala que, como consecuencia del sistema aceptado, dentro del concepto conducta típica de intervención en el delito caben toda las formas de autoría y participación[61].

A la pregunta del por qué responden por el mismo hecho las personas que intervienen en momentos anteriores a su ejecución, si precisamente, según la doctrina tradicional mayoritaria, los tipos penales de la parte especial definen el objeto de la imputación y el título de responsabilidad a nivel de autoría[62], Ricardo Robles señala que «[…] la ejecución del hecho que lleva a cabo el autor no puede ser algo ajeno al partícipe, sino que, en alguna medida, debe estar vinculado a ella. Se trata definitivamente de una vinculación de carácter normativo, es decir, de una «relación de sentido» en virtud de la cual se establece que quienes intervienen de una determinada forma en un hecho, ya sea antes o después del inicio de la ejecución, no puede renunciar a las consecuencias de su actuar. El hecho, por consiguiente, forma parte de las consecuencias a las que queda vinculado el participe con su intervención»[63]. Esta vinculación consiste en la pertenencia común del hecho[64] (coconfiguración o configuración en común del hecho). Cada una de las aportaciones sirven para explicar objetivamente el hecho y, por ende, a todas les pertenece en mayor o menor medida su existencia[65].

Si se descarta lo mantenido por la doctrina tradicional en el sentido de que los tipos de la parte especial deciden per se la responsabilidad de los intervinientes (normalmente como autoría) y, más bien, se entiende que solo definen los contornos del objeto de la imputación, entonces se puede admitir sin reparos que las

59 Idem, 145. En buena cuenta, la diferencia entre ambos sistemas radica en la aparición o no de un hecho en la cual se objetiviza la lesión de la norma. Siendo que, a efectos de entrar al campo de la participación, resulta obvio por qué el autor se decanta por la segunda.

60 Vid., Robles Planas 2003: 146.

61 Idem, 148.

62 Idem, 153, reconoce que un sector de la doctrina se inclina, en contraposición a lo tradicional, por un «sistema unitario de participación», donde los planteamientos de Jakobs y Lesch destacan, pero también están otros autores alemanes que tienen posiciones próximas.

63 Robles Planas 2003: 156s.

64 Idem, 157.

65 Idem, 157.

conductas de instigación y complicidad están también comprendidas en el tipo, pero no definidas como tales, sino entendidas en su vertiente de co-creación del riesgo permitido[66]. Así pues, los tipos penales específicos, en opinión de Robles Planas, «[…] definen solamente un complejo de circunstancias bajos las que puede afirmarse la existencia de un riesgo típicamente relevante»[67]. Además, señala, por un lado, que para la existencia de relevancia jurídico penal del hecho conjunto, este por lo menos debe estar en el estadio del inicio de la tentativa: (accesoriedad cuantitativa) y, por otro, que con «el inicio de la tentativa se externaliza lo que hasta ese momento solo permanecería en la esfera "privada" de los intervinientes y, por ello, era aún irrelevante en el sentido del tipo»[68]. De esta forma se tiene que la ejecución afecta a todos los intervinientes, es decir: «otorga la relevancia típica a todas las aportaciones realizadas anterior, simultánea o posteriormente»[69]. Por estas consideraciones y tomando en cuenta lo expresado en el párrafo anterior, desde el esquema de Robles Planas, es perfectamente imputable el mismo injusto a todos los intervinientes.

En buena cuenta, Robles Planas afirma que para poder fundamentar una responsabilidad del interviniente en concordancia con el principio de autorresponsabilidad o de responsabilidad por el propio injusto, se debe entender que el interviniente con su conducta da una razón para que le sea imputado como propio el hecho típico[70]. La misma que está determinada por la relación normativa de sentido. Así pues, el fundamento para todos los intervinientes es idéntico y consiste en la fundamentación de la idoneidad de la comisión del delito[71]. Asimismo, en la misma línea de la argumentación, se presenta una nueva concepción de accesoriedad, cuya finalidad es mantener armonía con el principio del derecho penal antes señalado. Robles entiende por accesoriedad la «[…] regla que permite imputar un tipo a una conducta de participación (en sí misma atípica). El sentido de la misma es la retroacción de la tipicidad propia de quien exterioriza un hecho con significado delictivo a quien no exterioriza nada típicamente relevante pero ha puesto una razón (que materialmente es la idónea de la comisión del delito) para que opere tal forma de imputación»[72].

66 Idem, 159s.

67 Idem, 160.

68 Idem, 160 s. Asimismo, señala que no siempre el paso de lo «interno» a lo «externo» se debe al acto del autor, también hay hipótesis en las que se produce el inicio de la ejecución por el acto del partícipe.

69 Vid., Robles Planas 2003: 161.

70 Idem, 178.

71 Idem, 179.

72 Robles Planas 2003: 179s.

D. Doctrina nacional

En la doctrina nacional se han dado muestras de la recepción de esta nueva concepción del fundamento de la participación en el delito, inspiradas obviamente en las influyentes dogmáticas alemana y española. Así, por ejemplo, tenemos los trabajos de José Leandro Reaño Peschiera y Percy García Cavero.

El primero comienza por cuestionar la doctrina dominante que distingue ya a nivel de tipicidad tanto las responsabilidades del autor como de los partícipes. Así pues, muestra cómo la tesis de la autonomía de la participación, si bien guarda coherencia con el principio de autoresponsabilidad, vulnera el principio de lesividad[73]. Mientras que, de modo contrario, la tesis de la accesoriedad o dependencia, respeta el principio de lesividad, pero no el principio de autoresponsabilidad[74]. Ambas teorías yerran en el punto de partida, puesto que consideran que la distinción entre autoría y participación reside en un injusto diferente[75], el cual fundamenta la responsabilidad jurídico penal. Sobre esta base, Reaño Peschiera afirma que la respuesta a la pregunta de por qué debe castigarse la participación «debe desligarse del entendimiento de la accesoriedad como dependencia de la participación al hecho del autor, y acometerse a partir de la reformulación de la accesoriedad como aquel nexo que debe existir entre el suceso y todos los intervinientes»[76]. Seguidamente, y ya entrando al tema de fondo, señala que: «la construcción de la teoría de la intervención en el delito debe partir de la siguiente premisa: El hecho principal le pertenece tanto a autores como a partícipes, aunque en distinto grado»[77]. Solo así se podrá compatibilizar la accesoriedad con la autoresponsabilidad[78].

Según las normas que regulan las formas de participación en nuestro Código Penal, no habría inconveniente alguno para reformular e interpretar la accesoriedad en el sentido propuesto por Reaño. Y esto en razón a que los artículos 24 y 25 CP solo se refieren a la intervención «en el hecho punible», no haciendo distinción alguna sobre la pertenencia del hecho a algunos de los que intervienen[79].

Desde este planteamiento, Reaño Peschiera deduce algunas consecuencias. La primera es que solo desde la perspectiva del injusto único de participación

73 Vid., Reaño Peschiera 2005: 193.

74 Idem, 195 s.

75 Idem, 196.

76 Vid., Reaño Peschiera 2005: 196. Adicionalmente, el mismo autor afirma que debido a esta nueva concepción de accesoriedad, cada interviniente «accede» al hecho principal en función de su propio aporte, 197 y nota 17.

77 Idem, 196.

78 Idem, 197.

79 Idem, 197.

los principios de autorresponsabilidad y de lesividad pueden ser considerados compatibles dentro de un mismo ordenamiento jurídico[80]. La segunda se refiere a que la distinción entre autores y partícipes es un aspecto principalmente cuantitativo. La diferencia entre ambas categorías de intervención se encuentra en el grado de dominio que posean en un determinado hecho típico[81]. Y, la tercera, es que el comportamiento del autor constituye solo una parte (la más grave) del injusto, «cuyo sentido se aprecia de modo completo cuando se toma en cuenta el resto de aportaciones»[82]. Esta última consecuencia resalta la vigencia de la accesoriedad cuantitativa en tema de participación delictiva.

Ahora bien, para concluir, Reaño Peschiera nos muestra de una manera analítica cómo se produce la atribución del suceso a los intervinientes. En su opinión, esta atribución se da en dos niveles. El primero, de carácter cualitativo, está referido a determinar qué aportes han creado un riesgo jurídico penalmente prohibido. Es decir, cuál es la razón para imputar el injusto a los intervinientes. Por lo que a este nivel de atribución nos encontramos con los criterios de imputación objetiva del comportamiento[83]. El segundo nivel de atribución, de carácter cuantitativo, determina los concretos títulos de imputación dentro del conjunto de los intervinientes o, en otras palabras, quiénes son autores y quiénes partícipes[84]. Para este efecto se recurre al dominio del hecho, con la atingencia de que el quantum del aporte del interviniente está definido de modo normativo[85].

Por su parte, García Cavero también se inclina por el nuevo criterio del injusto único de intervención.

García Cavero considera que no es correcto diferenciar entre injusto de autor e injusto de partícipe, por el contrario, se trata de un solo injusto penal[86]. Para su atribuibilidad a los intervinientes es necesario, primero, que el injusto común haya entrado en estadio punible[87] y, en segundo término, que normativamente se considere a los intervinientes competentes por su realización[88]. Ahora bien, para esta determinación normativa recurre al empleo de los criterios cualitativos

80 Vid. Reaño Peschiera 2005: 199.
81 Idem, 199.
82 Idem, 200.
83 Este autor sigue los postulados de Jakobs en materia de imputación objetiva, por lo que sus criterios estarán sujetos a la idea de una imputación en base a roles, Cfr. Reaño Peschiera 2005: 202-206.
84 Idem, 202.
85 Vid., Reaño Peschiera 2005: 208.
86 Vid., García Cavero 2008: 582.
87 Vid., García Cavero 2008: 582.
88 Idem, 582.

que proporciona la teoría de la imputación objetiva[89]. Posteriormente, continúa García Cavero se precisará, en razón a quiénes de los intervinientes resultan competentes y sobre la base de criterios cuantitativos, si deben responder como autores o partícipes[90].

Fundamentales son sus afirmaciones en torno a los principios de la participación. La relación de accesoriedad está compuesta por una de tipo cuantitativo y otra, cualitativo, las mismas que son necesarias para castigar al partícipe[91]. La accesoriedad no se contradice con la tesis de un injusto único de intervención, más bien, hay una comprensión distinta[92]. Así pues, en lo que respecta a la accesoriedad cuantitativa, no se puede negar que la imputación del hecho común solo se podrá hacer al partícipe si es que el delito ha sido ejecutado. Sin embargo, la accesoriedad cualitativa, a diferencia de la primera, adquiere ciertos contornos especiales más acentuados. El hecho debe expresar un sentido comunicativo de defraudación de la norma y esto se produce cuando el autor infringe su rol de ciudadano, lo que, a su vez, presupone la capacidad de culpabilidad. Con lo que no cabe otra cosa más que admitir que este tipo de accesoriedad alcanzará también a la culpabilidad, es decir, el hecho debe ser típico, antijurídico y culpable (accesoriedad máxima o plena)[93].

IV. Crítica a la posición del Tribunal Constitucional sobre la intervención delictiva

Volviendo al punto de partida de este trabajo, es necesario resaltar la posición del TC respecto a la intervención delictiva y al fundamento de la participación. No obstante, resulta interesante apreciar la forma en que el TC justifica su incursión en el análisis de conceptos estrictamente jurídico-penales. Así en el fundamento 32 de la sentencia bajo comentario, señala:

> No obstante, es menester precisar que si bien la calificación del tipo penal es atribución del juez penal, la tutela jurisdiccional efectiva se concreta a través de las garantías que, dentro de un iter procesal diseñado por la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú, razón por la cual el Tribunal Constitucional estima conveniente revisar el marco técnico-jurídico de las formas de intervención delictiva. (¡!)

89 Idem, 583. Precisando que esta afirmación no significa el abandono de la imputación subjetiva.
90 Idem, 583.
91 García Cavero 2008: 584.
92 Idem, 585.
93 Idem, 585 s.

Ahora bien, es claro que el TC se decanta por la teoría del dominio del hecho, al sostener que autor es quien tiene dominio sobre el resultado típico y que el partícipe no posee tal dominio, por lo que es solo un colaborador del autor. Así, como punto de partida, y con cita expresa del más conspicuo finalista, Hans Welzel, los jueces expresan, en el fundamento 34 de la resolución, que autor es «aquel que mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo»

Agregan además que «el autor 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».

Sobre este punto es importante recodar que, conforme ya se ha anotado, el inicio de la ejecución del ilícito constituye el listón que debe superar el hecho para adquirir relevancia jurídico-penal. De modo tal que no se puede afirmar simplemente que la intervención del partícipe solo se produce si el autor llega al grado de tentativa, pues esta constituye el límite que marca la relevancia penal del hecho, para todos los que intervienen en él, se denomine autor o partícipe. Además, si, según el TC, autor es quien domina el hecho, es claro que «el partícipe no tiene dominio del hecho». Esta idea, tan asentada en la doctrina y jurisprudencia nacional, conforme hemos ido demostrando a lo largo del presente trabajo, no es exacta. Todos dominan el hecho de alguna manera, y todo responden por la infracción colectiva del deber, sucediendo simplemente que, como es de esperar, algunos tienen un mayor dominio del riesgo típico que otros, lo cual solo cobrará relevancia al momento de la determinación judicial de la pena, pero no marca diferencia alguna a nivel de tipicidad, conforme cree la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia nacional y el propio TC.

En el fundamento 35 de la resolución bajo comentario, continúa el TC desarrollando su concepto acerca de autor, afirmando que «[…] es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aún siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención […]».

Y, respecto a la participación, expresa que «[…] es partícipe 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».

Como puede apreciarse, el TC tiene la idea clara de que el partícipe solo se limita a coadyuvar en la ejecución del hecho. De un hecho principal que, según la teoría de la accesoriedad, solo pertenece al autor, pues este tiene dominio sobre el resultado típico. El injusto es extensible al partícipe solo por las reglas de exten-

sión del tipo penal contenidas en las normas de la parte general del código penal. Además, a este hecho típico, el partícipe solo accedería por medio del autor y, precisamente, el aportar al hecho de otro sería el fundamento de su punición. Esta explicación la hemos criticado anteriormente, por ser incompatible con el principio de autorresponsabilidad, según el cual una persona responde penalmente por haber colaborado en el hecho de otro. El hecho, en tanto unidad desestabilizadora de la norma, les pertenece a todos los que resulten competentes, por haber brindado una razón para ello, un aporte que los vincula normativamente. Este es el fundamento de la responsabilidad penal, pero no solo del llamado «partícipe», sino de todo aquel que, de acuerdo a los criterios cualitativos de la imputación objetiva, resulte competente por el injusto.

Finalmente, debe descartarse la idea naturalista de que el hecho solo pertenece al autor porque este lo ejecuta, lo lleva a cabo, lo domina en su momento más importante (la realización), pues no se trata de imputar responsabilidad en su máxima expresión (autor) basado en quién derrama más sangre o más gotas de sudor, sino en quién brinda el aporte más importante de cara al hecho típico, el cual, por cierto, se determina normativamente. Por ello, a estas alturas, esperamos haya quedado claro, primero, que es necesaria la búsqueda de una nueva teoría de la intervención delictiva y, segundo, que la teoría del injusto único de participación, con límites cualitativos en la teoría de la imputación objetiva, y, cuantitativos, en el inicio de la ejecución del hecho (estadio punible), resulta una alternativa que obligatoriamente debe considerarse en la discusión actual.

EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA. APROXIMACIÓN AL TEMA DESDE UNA PERSPECTIVA PENAL

Eduardo Alcócer Povis[*]

I. APUNTE PREVIO

1. El 8 de marzo de 2013 se publicó el RN n° 956-2011-Ucayali, en el que se estableció como criterio vinculante lo siguiente: [para que una resolución judicial sea válida] "no es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales; estos deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto de cada uno de los encausados". En la misma ejecutoria vinculante, la Corte Suprema estableció que la consecuencia de la afectación al principio de imputación necesaria es la declaración de nulidad del acto procesal: "En el caso de autos no se evidencia labor de imputación necesaria eficiente, al tratarse de la formulación genérica de cargos, sin precisiones ni mucho menos una adecuada subsunción de las conductas incriminadas, lo que podría implicar la declaración de nulidad".

2. En el presente trabajo presentaré mi punto de vista en relación a los fundamentos e importancia del principio de imputación necesaria (desde una perspectiva del Derecho Penal sustantivo) y los efectos de su no cumplimiento en el proceso penal.

II. ABORDE CONCEPTUAL

3. Desde el plano semántico, "imputar" significa atribuir la realización de una conducta (comisiva u omisiva) a una persona. En otras palabras, "imputar" es dar sentido o significado al comportamiento realizado por un sujeto. Por ejemplo, en un salón de clase, cuando un alumno levanta la mano, esta conducta es interpretada por el docente como la expresión de un interés manifiesto del alumno de intervenir en clase.

   El valor que se hace de la conducta será positivo o negativo dependiendo si se infringe o no la norma impuesta (prohibición, mandato y permisión)[1]. En el mismo ejemplo, imaginemos que antes de que el alumno levante la mano, el docente dijera a todos los alumnos que quien pregunte será acreedor de una nota mayor en el próximo examen, entonces, la conducta realizada por el alumno, al buscar participar en clase, será valorada de modo positivo. Lo contrario sucedería si el profesor previamente manifestara que "quien pregunte será sancionado". En este último caso, el alumno, al levantar la mano, habría empezado a ejecutar una conducta antinormativa, al haber vulnerado la prohibición claramente impuesta por el docente.

---

[*] Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado al Instituto de Ciencia Procesal Penal. Abogado integrante del Estudio Oré Guardia.

[1] Para Kelsen la imputación es la vinculación entre un hecho (objeto de la norma) y una persona (sujeto de la norma) realizada sobre la base de una norma. KELSEN, Hans. El otro Kelsen. México, 1989, p. 308.

4. La estructura valorativa expuesta en el numeral anterior es perfectamente aplicable a lo casos penales. En ellos, el comportamiento humano es siempre objeto de valoración normativa y de prueba. Por tanto, para realizar un correcto juicio de imputación, el "hecho" debe estar claramente determinado e individualizado y la prueba, por su idoneidad y legalidad, debe estar orientada a demostrarlo.

5. De esta manera, la imputación es necesaria cuando se comunica al imputado que el hecho descrito de modo suficiente por la autoridad se adecua a lo estipulado en el tipo penal objeto de incriminación y le es atribuible en calidad de autor o partícipe, fundado en elementos de convicción que así lo respalde. Al respecto, en la STC n° 03987-2010- PHC/TC se ha señalado que "En resumen el derecho a ser informado de la imputación tiene tres elementos configuradores: i) La existencia de un hecho concreto y específico o la apariencia verosímil del mismo (STC N.º 8125-2005-PHC/TC); ii) La calificación jurídica (STC N.º 06079-2008-PHC/TC); iii) La existencia de evidencia o de medios de convicción (STC nºs 5325-2006-PHC/TC; 9544-2006-PHC/TC)".

6. Desde un plano normativo, el principio de imputación necesaria no tiene una plasmación expresa en la Constitución Política del Estado, pero se puede extraer de ella, en concreto, del principio de legalidad (art.2.24.d), del derecho de defensa (art. 139.14), del derecho a la presunción de inocencia (art.24.2.d) y del derecho a la motivación de las resoluciones (art.139.3).

   No obstante, el principio de imputación necesaria penetra en todas las etapas de deliberación en el proceso. Desde la etapa preliminar hasta la sentencia. Así, por mencionar algunos dispositivos legales, en el art. 329 CPP 2004 se indica que: "El Fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito (…)". Y es que para que el Fiscal admita realizar una investigación preliminar, se requiere que previamente se satisfagan ciertos requisitos, entre ellos, que los hechos que sustenten imputación tengan una **mínima apariencia delictiva** (causa probable) y que, con ello, se permita hacer una legítima hipótesis provisional de delito. De lo contrario su conducta será arbitraria, vulneradora del debido proceso[2].

   Al respecto, el art. 94.2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece que "[…] Si el fiscal estima improcedente la denuncia **la rechaza de plano** en decisión

---

[2] Conforme lo ha expuesto el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, la actividad del Ministerio Público a nivel de la investigación preliminar del delito, más aún al momento de decidir el inicio de ésta, se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso. El principio de interdicción de la arbitrariedad es inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora. De ahí que, es posible afirmar que "**el grado de discrecionalidad atribuido al Fiscal para que realice la investigación (preliminar)** sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, **se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica**" (STC 6167-2005-PHC/TC). [El resaltado es nuestro] Así también, la actividad en la etapa pre judicial, es decir, la investigación fiscal debe respetar las garantías del debido proceso que asisten al investigado (STC 2521-2005-PHC/TC).

debidamente motivada". Y es que, en su función de Director de la investigación preliminar, asignada constitucionalmente (art. 159.4), el Fiscal debe controlar la necesidad, razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales de la persona sometida a investigación. Una investigación no es debida si es que desde un inicio se resuelve dar trámite a una denuncia sin describir mínimamente un hecho o cuando es manifiestamente atípica.

Ya el Tribunal Constitucional ha mencionado con claridad que "**en el Estado Constitucional de Derecho no existe un derecho fundamental a que todas las denuncias que se presenten sean penalmente perseguibles**" (STC 10076-2005-PA/TC).

En caso el Fiscal decida formalizar una investigación preparatoria, entre otros deberes, tendrá que señalar "los hechos y la tipificación específica correspondiente" (art. 336.2 CP 2004). Si bien el Código permite la tipificación "alternativa", lo cierto es que en orden al principio de imputación necesaria, su aplicación debe restringirse a los casos en los que los hechos puedan "aparentemente" subsumirse en dos normas. Como se afirma en doctrina, existirá un concurso aparente de normas cuando "la conducta del autor se encuentra abarcada por la formulación de varios tipos penales, pero solo uno de ellos resulta suficiente para determinar el delito. Si bien varios tipos penales reclaman su aplicación sobre la conducta incriminada, solamente uno de los mismos engloba completamente el sentido jurídico-penal de la conducta del autor y desplaza, por ello, al resto de los tipo penales"[3].

El principio de imputación necesaria también debe respetarse al momento de solicitarse e imponer la prisión provisional. Así, en el art. 268.a CPP 2004 se menciona como uno de sus requisitos que existan "fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo".

Al acusar, el Fiscal realizará "la relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores", asimismo establecerá "la participación que se atribuya al imputado" (art. 349 incs. b y d del CPP 2004).

Al momento de emitir la sentencia, el Juez deberá realizar una motivación "clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas (…)" así como señalar los "fundamentos de derecho, con precisión de las razones legales, jurisprudenciales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente los hechos y sus circunstancias" (art. 394 incs. 3 y 4 CPP 2004).

---

[3] GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal Económico. Parte General, 2ª ed., tomo I, Lima, 2007, p. 830.

En cada una de estas etapas la intensidad en el cumplimiento de los requisitos del principio de imputación necesaria (hechos, subsunción normativa y prueba) será más fuerte según avance el proceso[4], conforme veremos luego.

7. Para que pueda ser procedente la aplicación de la ley debe de llevarse a cabo y con especial cuidado el estudio del hecho y si coincide dicho comportamiento con el descrito en el tipo[5].

    a. El hecho: El elemento estructural que debe contener la información de la imputación debe ser la descripción de los hechos que son materia de la investigación penal[6] o, de manera general, de la imputación[7]. El hecho es el suceso anterior y externo al proceso, vinculado al actuar humano [acción u omisión] que se subsume en un tipo penal. El hecho (comportamiento) es presupuesto de todo análisis normativo.

        No basta con fijar el hecho describiendo el suceso típico de manera general. Es necesario establecer su concreta configuración y el aporte individual que realiza cada persona en particular (sobre todo, en los casos de intervención plural de sujetos). Por otro lado, al describirse el hecho, es importante se determine la relación de causalidad entre la conducta y el resultado, la misma que se realiza desde una perspectiva natural. Ello servirá como base para establecer la relación de causalidad normativa en el momento de la subsunción (imputación objetiva).

        La necesidad de una clara individualización del hecho será menos o más intensa en razón al momento de su evaluación en el proceso. Si bien la regla es la descripción e individualización clara de la conducta, resulta razonable, en algunos casos, que se inicie una investigación preliminar o diligencias preliminares describiendo solo la existencia del resultado desvalorado por el derecho, sin enunciar comportamiento alguno (por ejemplo, al encontrar en un lugar desolado a una persona muerta, con rastro de una herida de bala en la frente). Esta no exigencia de rigurosidad en la determinación del hecho no solo es transitoria (solo durante la etapa preliminar), sino también limitada pues solo es explicable en caso de delitos comunes, pues en delitos especiales y de infracción de deber, desde un inicio, es fundamental se describa un hecho o situación que sea fuente de la supuesta responsabilidad de la persona cualificada (por ejemplo, en el delito de defraudación tributaria, una investigación

---

[4] Ver más en: BENAVENTE CHORRES, Hesbert. "La imputación necesaria y los grados de conocimiento en el Código Procesal Penal de 2004". En: Gaceta Penal & Procesal Penal, marzo-2013, pp. 30-42.

[5]El juicio de subsunción se exige a partir de lo estipulado en nuestra Constitución en el art. 2. 24. d, que establece de modo expreso que: "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado por la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible (…)".

[6] SAN MARTÍN CASTRO, César. "Correlación y Desvinculación en el Proceso penal. A propósito del Nuevo artículo 285 – A CPP". En: Derecho Procesal. III Congreso Internacional, p. 185.

[7]Y es que para la existencia del delito se requiere una conducta o hechos humanos. Es este el primer eslabón de la cadena de categorías que dan contenido al concepto de delito. Y es que, por lógica, si el hecho no sucedió o no hubo comportamiento, la "imputación" no tendrá relevancia penal.

preliminar debe de iniciarse considerando inicialmente que el supuesto autor es deudor tributario)[8].

Ahora bien, el hecho tiene que estar claramente individualizado al momento de la denuncia, el inicio de la instrucción o de la formalización de la investigación preparatoria. Es en ese estadio en que se refleja aquella imputación construida a lo largo de la investigación preliminar. La determinación del hecho es dinámica[9], por lo que en el momento de la acusación o de la sentencia, la descripción factual del comportamiento estará más acabada, pues ella servirá de base no solo de la atribución de responsabilidad expuesta por la Fiscalía, sino también de la condena.

b. La subsunción normativa: no toda conducta o hecho son delictuosos, se precisa además que sean cometidos por un sujeto imputable. Es decir, antes de valorar el hecho, resulta lógico establecer si el agente que realizó el comportamiento tuvo la suficiente capacidad (psíquica) de motivación del autor por la norma penal. En otras palabras, un requisito del análisis del hecho es la verificación de las condiciones necesarias del sujeto para comprender la ilicitud de su conducta. Dicha capacidad se excluye en determinados casos, los mismos que están previstos en la Ley: la minoría de edad y la anomalía psíquica[10].

---

[8] En contra: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Alcances del principio de imputación necesaria. 3era edición. Lima, 2013, p. 150. Quien sostiene que "durante las diligencias preliminares no puede haber una vulneración al principio de imputación necesaria, en todo caso, lo que habría es una vulneración al principio de objetividad de la investigación".

[9] En el Acuerdo Plenario 3-2012, la Corte Suprema afirmó que: "una de las características del hecho investigado es su variabilidad durante el curso de la etapa de investigación preparatoria o mejor dicho delimitación progresiva del posible objeto procesal y que el nivel de precisión del mismo relato del hecho histórico y del aporte presuntamente delictivo de los implicados por la Fiscalía tiene una característica más o menos amplio o relativamente difuso (…) el nivel de detalle del suceso fáctico está en función a su complejidad y no necesariamente a su gravedad". La Corte Suprema afirma además que uno de los derechos sustanciales que emana del derecho a la defensa procesal es el de la "comunicación detallada de la imputación formulada contra el imputado" y debe tener "un mismo nivel de detalle que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribute y la forma y circunstancias en que pudo tener lugar". Si bien resulta importante la Corte Suprema haya dado contenido a uno de los elementos del principio de imputación necesaria (el hecho), lamentablemente solo lo consideró exigible a partir de la formalización de la investigación preparatoria. Considero que, si bien su descripción es menos detallada, al iniciar las diligencias preliminares podría también realizarse un ejercicio de "imputación" (en especial, cuando de analiza la supuesta comisión de delitos especiales y de infracción de deber), lo que habilita que en todo momento del proceso, se tutele el derecho de defensa.

[10] ORÉ SOSA, Eduardo. Temas de Derecho Penal. Lima, 2009, pp. 128 y 129. Señala en cuanto a la minoría de edad lo siguiente: "La minoría de edad: Un menor puede comprender el carácter ilícito de su acto y adecuar su conducta de acuerdo con esa comprensión, pero político-criminalmente resulta más adecuado el tratamiento educativo especifico que el puro castigo". Se considera que en la minoría de edad se carece de capacidad suficiente como para distinguir entre lo justo y lo injusto, por lo que bastará la sola constatación de que el sujeto no haya alcanzado la mayoría de edad para fundar la exclusión de su responsabilidad penal (Ejecutoria Suprema de 12 de abril del 1999). De acuerdo al art. 20.2 del CP está exento de responsabilidad penal: "El menor de 18 años". Por otro lado, en cuanto a la anomalía psíquica menciona que: "está prevista en la ley como una *causa* que excluye la culpabilidad (causa de inimputabilidad). Lo importante no es tanto la comprobación fáctica de dicha causa, cuanto la

La necesidad de la determinación de la imputabilidad previa al injusto no es un tema nuevo[11], en todo caso, dicha valoración inicial, de ser positiva, legitimará la actividad de investigación del Fiscal, ante un supuesto hecho delictivo[12].

En la misma línea, si la capacidad de conocer la norma es un presupuesto de toda valoración normativa del hecho (solo se le puede exigir el cumplimiento de una norma a quien tuvo las condiciones de aprehenderla), no solo será inválido iniciar una investigación penal seguida contra una persona inimputable, sino también respecto de aquél que *evidentemente* incurrió en un invencible error sobre la existencia de una norma de determinación de conductas (art. 14 CP[13]) o que conociéndola resulte *manifiesto* que no le era exigible actuar conforme a dicha comprensión (art 15 CP[14]).

Luego de verificar inicialmente que el sujeto es imputable, que es posible advertir que conoció la norma penal y que es claro que se le podía exigir, en dicho momento, actuar conforme a dicho conocimiento; resulta válido establecer si el comportamiento es típico o antinormativo[15].

---

comprobación de que se está en una situación de incapacidad de comprender la ilicitud de su conducta y conducirse conforme a derecho. En este sentido, tenemos los procesos psíquico-patológicos tales como psicosis y oligofrenias. No obstante, como se acaba de decir, en estos casos no sólo debe tenerse en cuenta la existencia misma de la enfermedad, sino el grado de afectación de la capacidad psíquica a efectos de ponderar su capacidad de comprensión (motivación) y, consecuentemente, su imputabilidad o inimputabilidad. Pues es el caso, que el agente puede presentar una cuadro clínico de una intensidad tal que no le impida distinguir entre el bien y el mal". De acuerdo al art. 20.1. del CP., está exento de responsabilidad penal "1.- El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afecten gravemente su concepto de realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión".

[11] MARTÍNEZ GARAY, Lucía. La imputabilidad penal. Valencia, 2005, pp. 96 y 97.Destaca a Adolf Merkel y a Alexander Hold von Ferneck, quienes a inicios del siglo XX postularon que las normas, como expresión de voluntad, son imperativas pues "imponen deberes a sus destinatarios, y en la medida en que un deber sólo puede ser exigido a quien tenía alguna posibilidad de cumplirlo, las normas penales se dirigen sólo a aquellos que pueden ser sujetos de deberes (…) desde esta óptica la imputabilidad era requisito para considerar existente un hecho antijurídico".

[12] Ver más en: PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. "El principio de imputación necesaria como garantía procesal y a la vez sustantiva". En: Gaceta Penal & Procesal Penal, marzo-2013, pp. 20-29.

[13] Art. 14 CP: "El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad (…)".

[14] Art. 15 CP: "El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad (…)".

[15]Es claro que la estructura metodológica asumida en este trabajo, se aleja de la posición académica más extendida, que considera, de modo secuencial, que el delito es una conducta típica, antijurídica, culpable y punible. Nuestro legislador parece seguir la línea trazada por la doctrina dominante, así en el CPP 2004, en su art. 344 se indica que el Juez puede dictar el sobreseimiento si "[e]l hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad".

Para realizar un correcto juicio de adecuación normativa es necesario tener en cuenta los aspectos objetivos y subjetivos del tipo[16]. En lo objetivo, en líneas generales, en virtud de los criterios establecidos por la teoría de la imputación objetiva (de cierto arraigo en la jurisprudencia nacional[17]), un acontecimiento determinado (el resultado) será penalmente relevante sólo si se considera vinculado con un comportamiento voluntario[18] que crea un riesgo prohibido[19].

¿Cómo determinar el riesgo prohibido? según criterios cualitativos y cuantitativos. En cuanto a los criterios cualitativos, para la concreción del riesgo prohibido se verifica, en primer lugar, si con la realización del comportamiento se ha vulnerado alguna norma de determinación de conductas (prohibición o de mandato) y, en segundo lugar, si se está bajo el influjo o no de una causa de justificación (norma de permisión).

Por ejemplo, alguien que actúa en legítima defensa realiza un comportamiento *permitido* por el derecho, por lo que cualquier resultado lesivo ulterior no le es imputable normativamente a quien naturalísticamente lo causó. Considero disfuncional mantener el análisis de las causas de justificación en un momento posterior al tipo, el hecho imputado debe ser evaluado como un hecho global (tipo del injusto)[20]. De este modo, en el caso del homicidio (art. 106 CP), el mensaje que hace el

---

16 Según el título de imputación que se le atribuya al sujeto: autor o partícipe. Existe un tipo de autor, que se funda en la vulneración de la norma descrita en la parte especial del Código Penal y en leyes penales especiales ("no mates", "no contamines", "no defraudes al fisco", entre otros). Y un tipo de partícipe, cuyo reproche se sustenta en la vulneración de las normas ubicadas en la parte general del Código Penal (en el art. 24, "no instigues a otro a cometer un delito…"; y en el art. 25, "no auxilies a otro a que cometa un delito).

17GARCÍA CAVERO, Percy. "La recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia del Perú". En: Los Desafíos del Derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor Jakobs. Lima, 2005, pp. 294-315.

18 Se excluyen los casos de ausencia de voluntad: fuerza física irresistible, sonambulismo o hipnotismo, entre otros.

19Frisch señala que: "Tres son las condiciones para la imputación objetiva del resultado, según la teoría de la imputación más reciente: primero se exige que el autor haya provocado el resultado de modo causal por su actuación. Además, es necesario que haya creado con su conducta un peligro desaprobado. Finalmente, debe haberse realizado en el resultado ese mismo peligro desaprobado". Ver: FRISCH, Wolfgang. Tipo penal e imputación objetiva. Madrid, Colex 1995, p. 29

20 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Aproximación a un derecho penal contemporáneo. 2da edición. Buenos Aires, 2010, p.535. Considera que si bien la tipicidad y la antijuridicidad tienen un nivel valorativo propio, lo cierto es que "la motivación de la norma no se dirige a evitar hechos típicos, sino hechos antijurídicos o, en otras palabras, se dirige a evitar hechos típicos, salvo en los casos en que la realización de estos hechos tiene lugar en una situación de justificación". En esa línea, Mir Puig sostiene que: "la antijuridicidad penal se entenderá aquí sólo como juicio de desvalor que parte de la nocividad jurídico-penal de un hecho, en cuanto el mismo supone una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal no justificada por un interés jurídico superior" MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 8va edición. Barcelona, 2008, p. 139. El mismo autor señala que "[la norma] no puede considerarse prohibida si tiene lugar al amparo de una causa de justificación". MIR PUIG, Santiago. "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal". En: Revista electrónica de ciencia penal y criminología. 2004, p.8.

legislador no es restringido: “no mates a alguien”, sino es amplio: “no mates a alguien injustificadamente” (arts. 106 y 20 incisos 3, 4, 8 y 9 del CP[21]).

En el campo de la participación delictiva. Quien realizó una conducta permitida por el Derecho por comportarse de acuerdo a su rol no realiza una acción penalmente relevante[22]. A esta posición se le ha denominado prohibición de regreso[23].

En cuanto a los criterios cuantitativos, como emerge de la propia denominación, la determinación penal del carácter prohibido o no del riesgo se basa en la “cantidad” previamente determinada para calcular el desvalor total del comportamiento. Por ejemplo, conforme a la Ley 28008 (Ley de delitos aduaneros, modificado por el D. Leg. 1111), el delito de contrabando exige que el valor del objeto trasladado supere el monto de 4 unidades impositivas tributarias. Otro ejemplo, el art. 304 CP sanciona a quien realice actos contaminantes por “encima de los límites permitidos”, establecidos –en nuestro país- por las normas administrativas.

Por otro lado, la realización del riesgo prohibido debe de haber provocado el resultado. Por ejemplo, A atropella negligentemente a B y le causa lesiones; al llevar al herido, la ambulancia se estrella con un muro, falleciendo B. En este caso, el riesgo creado (el atropello) no provocó normativamente la muerte. Quien condujo la ambulancia sería el responsable, A solo respondería por el delito de lesiones culposas. Asimismo, el riesgo será prohibido cuando sea idóneo para causar el resultado (disvalor de acción), al realizarse en un determinado contexto en el que se evidencie un peligro al bien jurídico o al objeto material que lo representa (disvalor de resultado). Por ejemplo, manejar en estado de ebriedad es antinormativo; sin embargo, resulta necesario comunicar que tal comportamiento se realizó en la vía pública, pues si se cometió en el “desierto” o en cualquier otro paraje lejano y desolado, la infracción no tendrá relevancia penal.

---

[21] Las causas de justificación incluidas en nuestro Código (art. 20) son: la legítima defensa (inc. 3), el estado de necesidad justificante (inc. 4), el cumplimiento de un deber y de un derecho (inc. 8) y la obediencia debida (inc. 9).

[22] Ver más en: CARO JHON, José Antonio. La imputación objetiva en la participación delictiva, Lima, 2003, p.76.

[23] La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, en la sentencia de 7 de marzo de 2001 que resuelve el R. N. Nº 4166-99-Lima, relativa al conocido caso del “taxista”, ha adoptado la prohibición de regreso como fundamento de la atipicidad del comportamiento. Así: “tratándose de actividades realizadas por una pluralidad de agentes, la comunidad que surge entre ellos, no es, de manera alguna, ilimitada, ya que **quien conduce su comportamiento del modo adecuado socialmente, no puede responder por el comportamiento lesivo de la norma que adopte otro** (…)”**.**

En el caso de la tentativa (art. 16 CP[24]), el agente al empezar a ejecutar el plan criminal pone en riesgo concreto al bien jurídico. De esta manera, se realiza una conducta antinormativa que ocasiona un resultado (de peligro) desvalorado por el derecho.

Existen casos en el que la creación del riesgo que causa el resultado se imputa a un tercero ("principio de confianza"[25]) o la propia víctima ("la autopuesta en peligro de la propia víctima"[26]).

Como se afirmó antes, la exigencia de una mayor o menor determinación de la responsabilidad dependerá del momento procesal de su evaluación. Al iniciar la investigación preliminar, en los casos en que haya individualización del comportamiento (una investigación preliminar podría iniciarse solo con la verificación del resultado), resulta lógico que solo se exija que se informe de la supuesta realización de una conducta prohibida (su conexión normativa con el resultado será delimitado posteriormente). En los casos que sea evidente la nula relación normativa del comportamiento con el resultado, el Fiscal no debería iniciar una investigación preliminar[27] (salvo en los casos en el que el

---

[24] Art.16 CP: "En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo (…)".

[25] ROMERO FLORES, Beatriz. La imputación objetiva. En: http://www.um.es/facdere/publicaciones/anales/anales19/beatriz-romero.pdf. Sostiene que: "La organización de la sociedad actual se basa en el reparto de roles, cada individuo tiene asignado uno, y conforme a él se espera que se comporte de una determinada manera en cada concreta situación. Si cada sujeto espera que el otro actúe satisfaciendo la expectativa que de él se deriva, su actuación será una y no otra; es decir, no se puede esperar el actuar imprudente de los demás ya que esto llevaría a una situación caótica en la que el exceso de celo provocaría una paralización de cualquier actividad que entrañara riesgo, y no son pocas. En conclusión, si en una concreta situación se entiende que existe el principio de confianza, será lícito obrar como si los otros participantes (intervinientes) también obraran de modo correcto, aunque no lo hagan. Existe una expectativa, una esperanza de conducta del otro".

[26] A la víctima le deben ser imputados aquellas consecuencias lesivas producto de su propia negligencia (el consumidor de un producto que no lee ni obedece las indicaciones claramente descritas en el envoltorio. La posición de garante no se extiende al comportamiento de la víctima) La Jurisprudencia nacional no ha permanecido ajena a este tema, así la Ejecutoria de la Corte Suprema (R.N. n° 4288-97 / Ancash) de 13 de abril de 1998 señala que: "no puede existir violación del deber de cuidado en la conducta de quien organiza un festival de rock con la autorización de la autoridad competente, asumiendo al mismo tiempo las precauciones y seguridad a fin de evitar riesgos que posiblemente pueden derivar de la realización de dicho evento, porque de ese modo el autor se está comportando con diligencia y de acuerdo al deber de evitar la creación de riesgos; que, de otra parte, la experiencia enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataforma bailable como imprudentemente le dieron uso los agraviados creando así sus propios riesgos de lesión; que, en consecuencia, en el caso de autos la conducta del agente de organizar un festival de rock no creó ningún riesgo jurídico relevante que se haya realizado en el resultado, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, por lo que conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva en el caso de autos el obrar a propio riesgo de los agraviados tiene una eficacia excluyente del tipo penal".

[27] El deber del Fiscal de iniciar una investigación preliminar fundado en una inicial imputación del comportamiento, tiene como efecto, entre otros, que el plazo de prescripción de la acción penal se interrumpa (art. 83 CP) solo en los casos que exista tal valoración inicial de la conducta y no en cualquier otra actividad administrativa que pueda realizar la Fiscalía. En relación a la naturaleza de los

comportamiento pueda subsumirse en otro tipo penal o el delito admita la tentativa).

Al momento de delinear la imputación (al denunciar o formalizar la investigación preparatoria) o acabarla (al acusar o condenar), el juicio de subsunción normativa será mejor perfilado.

Desde el plano subjetivo, el tipo está compuesto por el dolo y la culpa. Según la doctrina mayoritaria, el dolo exige que el agente actúe con conciencia y voluntad (teoría volitiva del dolo) de realizar una conducta punible[28]. Así, él debe de querer comportarse (voluntad) y conocer que lo que hace es idóneo para provocar el resultado desvalorado por el derecho (conocimiento). Ahora bien, conviene que se pruebe el dolo y la culpa "a partir de los indicios externamente perceptibles"[29]. El dolo puede ser directo[30], de consecuencias necesarias[31] y eventual[32]. La culpa o negligencia se puede presentar, según la doctrina mayoritaria, de dos formas: consciente[33] e inconsciente[34]. Para iniciar una investigación preliminar bastará con que se haya determinado inicialmente la supuesta realización de un comportamiento prohibido, sin exigir el vínculo subjetivo (dolo o culpa), a menos que resulte evidente su ausencia, caso en el cual

---

actos que "interrumpen" el plazo de prescripción de la acción penal, ver: MEINI MÉNDEZ, Iván. Imputación y responsabilidad penal. Ensayos de Derecho Penal. Lima, 2009, p.294.

[28] Últimamente cobra fuerza la teoría cognitiva del dolo. Los partidarios de esta teoría prescinden de la voluntad y afirman el dolo siempre que el sujeto haya actuado con conciencia de estar creando un riesgo elevado de realización del tipo penal. Conforme a la teoría cognitiva el dolo se circunscribirá sólo al conocimiento inminente o concreto de naturaleza típica a fin de que pueda imputársele –subjetivamente- el resultado. Ejemplo de ello lo tenemos en la importante STS de 23 de abril de 1992 sobre el caso de aceite de colza, en ella se afirma que el autor que prevé un peligro concreto de lesión de un bien jurídico y, no obstante ello, ejecuta la acción peligrosa, obra con dolo, es decir, es suficiente con el conocimiento del peligro sin que exista una necesidad de que exista una voluntad específica de producir el resultado.

[29] HRUSKA, Joachim."Sobre la difícil prueba del dolo". Traducción de Ramón Ragués i Vallès. En: Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación. Aranzadi, Navarra, 2005, p.150.

[30] Se presenta cuando el agente actúa con la intención o el propósito alcanzar lo que persigue. En otras palabras, el resultado deseado es siempre intencional, aun cuando su producción no sea segura (por ejemplo, querer matar a alguien mediante un disparo a una distancia de 150 metros). El autor, pues, quiere un resultado que la ley le tiene prohibido que persiga. Prima lo volitivo que lo cognitivo.

[31] El agente asume que las consecuencias no perseguidas por su acto se producirán con seguridad. Por ejemplo: el sujeto quiere matar al chofer del vehículo colocando una dinamita debajo del asiento del mencionado piloto. No desea la muerte de los pasajeros, pero lo asume como consecuencia necesaria de su acto homicida. Prima lo cognitivo que lo volitivo.

[32] En este tipo de dolo se dan resultados indeseados cuya producción el sujeto no había considerado segura, sino sólo posible o probable, sin embargo no deja de actuar.

[33] Existe un aspecto "cognoscitivo" respecto a la conducta, se trata de una "previsibilidad" sobre la afectación de la conducta peligrosa; por ejemplo el conductor de vehículo puede representarse el resultado típico de lesionar, pero confía en que no va a acontecer, subestima la virtualidad de su producción. Si el sujeto deja de confiar en esto, entramos al terreno del dolo eventual.

[34] Esta vez el sujeto actúa ignorando tanto el peligro de su conducta. No se representa la probabilidad de la producción del daño pero debió hacerlo. No se presenta la idea del peligro. Por ejemplo, un médico novato que no se percata durante una operación que su paciente se está ahogando.

el Fiscal no deberá iniciarse una investigación preliminar, según lo exija el tipo penal a evaluar (si se trata de dilucidar la supuesta comisión de un delito doloso o culposo). Es claro que al momento de formalizar la imputación o al condenar, el resultado tendrá siempre que atribuirse por la ejecución de un comportamiento objetiva y subjetivamente desvalorado (art. VII Título Preliminar del CP).

III. LA NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN COMO EFECTO DE LA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN NECESARIA

8. La nulidad de los actos procesales[35] es definido en la doctrina como: "La sanción por la cual se priva de sus efectos a un acto o conjunto de actos procedimentales incorporados al proceso, por carecer de regularidad en alguno de sus elementos estructurales en orden al patrón legal"[36]. En esa medida "La nulidad es (…) un mecanismo del derecho operativo ante la frustración de los derechos o garantías resguardadas a través de la composición estructural de los actos procedimentales"[37]. Teniendo en consideración dicha premisa, toda declaración de nulidad es producto de la violación de derechos constitucionales, entre otros, el de imputación necesaria.

   A diferencia de las nulidades relativas (reparables), las nulidades absolutas son aquellas que implican la violación de normas constitucionales y que no pueden ser subsanadas. Entre los derechos vulnerados se encuentra el de defensa (art. 139 inc. 14 Constitución), íntimamente relacionado con el principio de imputación necesaria[38].

9. Desde el plano normativo, si bien el Código de Procedimientos Penales no contiene disposiciones expresas que regulen la nulidad procesal, en este aspecto diversas normas resultan aplicables supletoriamente al viejo modelo del proceso penal, como son: el art. 12 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en el que se afirma que: "todas las resoluciones (…) son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan";

---

35 CÁCERES JULCA, Roberto. Las nulidades procesales. Lima, 2010, p. 39. Sostiene que "el acto procesal describe la cualidad de constituir un elemento del proceso de realización de la tutela jurisdiccional, sin embargo solo será procesal si los efectos que se piden guardan relación con lo que es objeto de la relación jurídico procesal, pues solo sobre este ámbito tiene eficacia". Sin embargo, considero apropiado asumir un concepto amplio de acto procesal, no solamente jurisdiccional, que incorpore a los actos del Ministerio Público. Así, Vézcovi señala que "acto procesal es una especie de acto jurídico y se ha definido (...) como el acto jurídico emanado por las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terceros ligados al proceso, susceptibles de crear, modificar o extinguir efectos procesales; o como todo aquel hecho dominado por la voluntad que tiene aptitud para crear, modificar o extinguir una situación jurídico procesal". VÉZCOVI, Enrique. Teoría general del proceso civil. Bogotá, 1984, p. 248.

36 Cfr. DI GIULIO, Gabriel H. Nulidades Procesal. Buenos Aires, 2005, p. 120.

37 Cfr. DI GIULIO, Gabriel H. Nulidades Procesal, p. 127.

38 CLARÍA OLMEDO, Jorge. Derecho Procesal Penal. Tomo II, Santa Fe, 1998; p. 243. Este autor señala que: [con la nulidad] "se asegura principalmente la vigencia de los principios constitucionales del juez natural y de la inviolabilidad de la defensa en juicio, junto con el proceso regular y legal que exige un mínimo de garantías en el ejercicio de los poderes atribuidos a los tres sujetos principales del proceso penal".

el art. 171 del Código Procesal Civil en el que se señala lo siguiente: "[la] nulidad se sanciona solo por causa establecida en la ley"; asimismo, en el art 122 del mencionado Código rituario se indica: "las resoluciones contienen (…) los fundamentos de hecho que sustenta le decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto". En el mismo precepto se lee que la resolución "que no cumpla con los requisitos antes señalados será nula".

10. En el CPP 2004, en su art. 150, se indica que: "No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes: (…) d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución".

    En esa línea, el CPP 2004, conforme lo ha definido el Tribunal Constitucional, "sirve de parámetro interpretativo"[39] aún en los distritos en donde no rige totalmente, por lo que no existe plazo para deducir nulidad absoluta, mientras que en los casos de nulidad relativa sí: "quinto día de conocido el defecto" (art. 151.3 CPP 2004).

11. Por todo ello, una resolución en la que no se han individualizado los hechos o no se ha realizado ningún ejercicio de subsunción o no se ha sustentado en elementos probatorios mínimos, resulta nula absolutamente, al violarse el principio de imputación necesaria.

IV. REFLEXIÓN FINAL

12. En su función de Director de la investigación en el proceso penal, el Ministerio Público emite decisiones con efecto para terceros y que suponen la interpretación de normas jurídicas (como la de dar inicio a una investigación preliminar, de formalizar una investigación o acusar, entre otros). Asimismo, el Juez, al resolver una controversia, deberá tomar una posición adecuadamente motivada y acompañada con los elementos de convicción "que la justifiquen"[40]. En caso no se cumpla con aquel deber de respetar el principio de imputación necesaria, se incurrirá en un defecto capaz de ser sometido a control a efectos de determinar su nulidad.

13. Resulta siempre importante delinear la práctica profesional en orden a la eficiencia. Un modelo procesal eficiente es aquel que logra el objetivo (paz social), con el menor costo (respeto a los principios propios de un Estado Social y Democrático de Derecho). El presente trabajo tuvo como objetivo mostrar, a modo de resumen, la importancia de uno de los valores a respetar: el principio de imputación necesaria, en tanto límite al ejercicio del poder penal.

---

[39] Conforme lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional en la STC 2748-2010-PHC/TC: "si bien el Nuevo Código Procesal penal de 2004 aún no está vigente en todo el país no cabe duda que este cuerpo legal contiene diversos dispositivos que contribuyen al perfeccionamiento del derecho procesal peruano que se erige como el programa procesal penal de la Constitución, y que por tanto, puede servir de parámetro interpretativo para la solución de otros casos en que sean aplicables".

[40] Ver: GARCÍA CAVERO, Percy. "La nulidad procesal de las disposiciones fiscales en el proceso penal". En: Cuestiones de Derecho Penal, Proceso Penal y Política Criminal, Lima, 2010, p. 435.

La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho penal

Por José Antonio Caro John[*]

I. Introducción

Raúl *Peña Cabrera* anotó en la última edición de su distinguida obra de Parte General lo siguiente: «por regla general se responde únicamente por las conductas que se encuentran dentro del propio *ámbito de competencia*, porque no forma parte del *rol de un ciudadano* controlar todos los posibles peligros que se puedan originar en la conducta de terceros»[1]. Estas consideraciones al ser trasladadas al ámbito de las conductas neutrales muestran una gran fuerza de rendimiento, sobre todo porque probablemente sea éste el campo donde los conceptos antes mencionados del ámbito de competencia y del rol de un ciudadano salten a la luz con mayor notoriedad ante la necesidad esclarecer si dichas conductas pueden ser punibles a título de participación, o si, todo lo contrario, han de ser impunes.

La propia noción de un supuesto carácter "neutral" de estas conductas suena algo novedosa, incluso los manuales más comunes de la Parte General del Derecho penal no suelen examinar esta problemática. Sin embargo, las reflexiones sobre estas formas de conductas han dado lugar en los últimos años a la aparición de importantes tesis doctorales[2] e investigaciones breves como artículos o ponencias en eventos académicos, hoy casi inabarcables, lo que hace pensar que, si bien los tratados y manuales no se ocupan a menudo de estas conductas, no significa en lo absoluto que ocupen un lugar relegado en la dogmática, sino, todo lo contrario, en vista que la doctrina y jurisprudencia alemanas, con repercusiones crecientes en los países de habla hispana, vienen observando esta

---

[*] Magíster en Derecho comparado por la Universidad de Bonn. Este artículo está dedicado a la memoria de mi recordado maestro peruano, el Prof. Dr. Raúl Peña Cabrera.

[1] Tratado de Derecho Penal. Estudio Programático de la Parte General, 3ª ed., completamente corregida y aumentada, con la colaboración de Carlos Atocsa García, José Antonio Caro John, Reiner Chocano Rodríguez y Sofía Laqui Pizarro, Grijley, Lima 1997, p. 311 (no subrayado en el original). Esta edición apareció una semana después del fallecimiento de su autor, acaecido el 07 de mayo de 1997.

[2] Por ejemplo, la tesis doctoral de *Robles Planas*, La participación en el delito: fundamento y límites, Madrid/Barcelona 2003, la misma que, por la originalidad de sus planteamientos, constituye la aportación más significativa sobre el tema en el Derecho penal de habla hispana de los últimos tiempos.

cuestión con especial interés, en la actualidad las «conductas neutrales» constituyen, sin duda, el fenómeno de moda de la participación delictiva[3].

Algunos supuestos de la jurisprudencia pueden delinear con mejor claridad los contornos de la presente problemática:

a) Caso del burdel[4] (Alemania)

Un repartidor de vinos, que durante cierto tiempo había repartido vino a un burdel, fue condenado como cómplice de proxenetismo porque, según el punto de vista del Tribunal del Imperio, la entrega de esta bebida había incrementado la frecuencia de visitantes a dicho lugar. Y también porque la actividad ilegal era *conocida* por el repartidor. En consecuencia: «la actividad de reparto del procesado se encontró en estrecha relación con la actividad proxeneta del dueño del burdel».

b) Caso de la carne de antílope[5] (Suiza)

En Suiza, el empleado de una empresa repartió a otra cerca de 400 toneladas de carne de antílope africano, no obstante tener la *sospecha* que los compradores introducirían dicha carne en el mercado bajo la denominación falsa de «venado europeo». El Tribunal Suizo sentenció al empleado como cómplice del delito de estafa, argumentando que los repartos de carne hubiesen carecido de sentido sin las estafas punibles de los compradores.

c) Caso del abogado[6] (Alemania)

En este caso se discutió si un abogado podía ser considerado cómplice de un delito de estafa después que una empresa lo contratara como consultor para la elaboración de unos folletos publicitarios. La empresa luego abusó de esta información para estafar a algunos clientes. El Tribunal Federal fijó el punto de discusión en si el asesoramiento para la elaboración de los folletos podía considerarse parte de las actividades profesionales de un abogado, esto es, como parte de su labor de consultor o, si más bien, el *conocimiento* que él había tenido de las actividades de su cliente lo convertía en cómplice del delito de estafa. El Tribunal concluyó que «en lo fundamental el conocimiento y voluntad de un abogado al ofrecer un asesoramiento jurídico se adapta por regla general al deber de impartir consultoría sin que ello sea un acto de favorecimiento de un delito».

d) Caso del taxista[7] (Perú)

---

[3] Resaltan la trascendencia de las conductas neutrales como el fenómeno de moda en la discusión de la participación delictiva, *Roxin,* Strafrecht. Allgemeiner Teil. Tomo II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003, 26/219; *Frisch*, Beihilfe durch neutrale Handlungen − Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution) der Beihilfe −, en: FS Lüderssen, 2002, p. 539 ss.

[4] RGSt 39, pp. 44 ss. (Sentencia del Tribunal del Imperio, de 14 de junio de 1906).

[5] BGE 119 IV, pp. 289 ss., 294 (Sentencia del Tribunal Supremo Federal, de 13 de octubre de 1993).

[6] NStZ 2000, pp. 34 ss. (Sentencia del Tribunal Supremo Federal, de 20 de septiembre de 1999).

[7] Sentencia de la Corte Suprema N° 4166-99-Lima, de 07.03.2001. Cfr. los comentarios sobre esta sentencia de *García Cavero,* La prohibición de regreso en el Derecho penal, en: Revista Peruana de Jurisprudencia, N° 30 (2003), pp. LI ss.; y, *Caro John,* La imputación objetiva en la participación delictiva, Lima 2003, passim.

Un taxista fue requerido en sus servicios por un individuo que lo condujo hasta un inmueble donde supuestamente iba a recoger sus pertenencias. Al llegar a aquel lugar, el desconocido le pidió que ingresara el vehículo en la cochera para recoger sus cosas. Estando ya en el interior de la cochera salieron otros sujetos, en número de cinco aproximadamente, quienes metieron rápida y sospechosamente diversas especies en el vehículo, indicándole al taxista que iniciara la marcha. Ni bien habían abandonado el lugar, fueron intervenidos por la autoridad policial, logrando escapar todos los sujetos, menos el taxista. La Sala Penal Suprema confirmó la absolución del taxista de los cargos de coautor del delito de robo agravado, fundamentando que «el procesado se limitó a desempeñar su rol de taxista, el cual, podríamos calificar de inocuo»; asimismo «que aun cuando el comportamiento de los demás sujetos fue quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable (...), situándonos, en consecuencia, ante un supuesto de atipicidad».

En todos estos casos reseñados de la jurisprudencia existe un común denominador: los delitos fueron perpetrados de un modo manifiesto por un autor, a saber: el dueño del burdel, los vendedores de la carne de antílope, los directivos de la empresa distribuidora de los folletos, los desconocidos que tomaron los servicios del taxista. Que a todos ellos se les considere autores es indiscutibe. Sin embargo, se aprecia que, en cada caso, junto a estas personas, existen otros intervinientes que favorecieron directamente el hecho típico: es el caso del repartidor de vino, del empleado de la empresa repartidora de carne, del abogado y del taxista. Si a cada uno de los últimos personajes mencionados se les puede considerar partícipes, a diferencia del otro grupo de intervinientes, ya no es tan claro. El punto de quiebre se levanta cuando la aportación que proviene del ejercicio de una actividad socialmente estereotipada se entrecruza con los planes delictivos de terceros.

La pregunta que ahora cabe plantear es: ¿qué condiciones determinan la relevancia e irrelevancia penal de una actividad socialmente estereotipada o neutral? Frente a esta interrogante, la regulación positiva de la participación de los arts. 24 (instigación) y 25 (complicidad) de la Parte General del Código penal peruano establecen de un modo general que el instigador «determina a otro a cometer el hecho punible» y el cómplice «presta auxilio para la realización del hecho punible». Obviamente, esta redacción genérica en sí misma no dice nada sobre las conductas neutrales. Por esta razón, corresponde a la labor dogmática aportar los elementos para la interpretación de esta regulación positiva a fin de establecer en qué caso esta forma de conducta es irrelevante penalmente o, por el contrario, al perder su carácter neutral, se convierte en una participación punible.

II. Las conductas neutrales

Ya la propia denominación de estas conductas alude a un aspecto de la intervención delictiva que en el Derecho penal ocupa una *zona libre* de responsabilidad penal, ubicándose en el ámbito de lo comúnmente conocido como riesgo permitido. Con una terminología variada como, por ejemplo, «conductas neutrales»[8], «conducta socialmente

[8] *Wohlleben*, Beihilfe durch äusserlich neutrale Handlungen, München 1996, passim; *Frisch*, Neutrale Handlungen (nota 3), p. 539. Radical, al calificar la presente cuestión como una «complicidad neutral», es *Kudlich,* "Neutrale Beihilfe" bei der Mitwirkung an der Sicherung der innerdeutschen Grenze − BGH, NJW 2001, 2409, en: JuS 2002, pp. 751 ss., 753.

estereotipada»[9], «conducta sin relación de sentido delictiva»[10], «conductas cotidianas»[11], «conductas inocuas»[12], «conductas adecuadas una profesión u oficio»[13], entre otras, se afirma que todo obrar neutral tiene la garantía *per se* de no ser punible, aun cuando, en algunos casos, puede en sí mismo coincidir fácticamente con una colaboración o favorecimiento a un delito cometido por otra persona.

La doctrina mayoritaria en la actualidad confiere a las conductas neutrales un tratamiento diverso, sin embargo, existe cierta coincidencia en el enfoque cuando dicha doctrina ubica el problema dentro del capítulo de la participación, como una especie de grupo de casos que, en vista de su peculiaridad neutral, obliga un tratamiento diferenciado de los demás supuestos de inducción y complicidad. Este procedimiento no es incorrecto, sin embargo, por esa vía las propuestas quedan expuestas a convertirse en meras soluciones ad-hoc, a modo de fichas sueltas de un pensamiento tópico, lejanas a una reflexión sistemática que ofrezca una solución en armonía con un sistema de la teoría del delito y, por consiguiente, con un determinado sistema del Derecho penal. Frente a esta posición, en la presente ponencia se dará una leída de las conductas neutrales con la lente del sistema del Derecho penal funcional. Puesto que para este sistema el Derecho penal es parte de la sociedad, con la función de interpretar los contactos sociales de su época y contribuir normativamente a su mantenimiento, las soluciones a los problemas dogmáticos girarán en torno a dicha función. Con esto, quedan delineados los contornos de las presentes consideraciones.

Como se acaba de mencionar, en la literatura penal existe una diversidad de propuestas de solución a la problemática de las conductas neutrales. Haciendo un esfuerzo por sistematizarlas, resaltan dos grandes corrientes: una subjetiva y otra objetiva[14]. No deja de faltar alguna propuesta que busca combinar ambas vertientes, intentando componer lo objetivo y lo subjetivo bajo un mismo criterio. Sin embargo, este procedimiento no ha obtenido mayor acogida porque, mientras la tendencia es hacia una solución sistemática, como un asunto que debe concernir bien a una imputación subjetiva, bien a una imputación objetiva, el intento por conciliar lo objetivo y lo subjetivo en el ámbito de las conductas

---

[9] *Jakobs*, Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, en: GA 1996, p. 260.

[10] *Frisch*, Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg 1998, pp. 280 ss.

[11] *Roxin,* Strafrecht. AT II (nota 3), 26/220; *Ambos,* Beihilfe durch Alltagshandlungen, en: JA 2000, pp. 721 ss.

[12] *Schild Trappe,* Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft, Berna 1995, passim.

[13] Quizá sea ésta la terminología de mayor uso en la literatura penal al referirse al problema en cuestión. Véase a título de ejemplo: *Hassemer*, Professionelle Adäquanz. Bankentypischens Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung, en: wistra 14 (1995), pp. 41 ss., 81 ss.; *Wolff-Reske*, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, Baden-Baden 1995, passim; *Amelung*, Die "Neutralisierung" geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands, en: FS Gründwald 1999, pp. 9 ss.; *Wohlers*, Gehilfenschaft durch "neutrale" Handlungen – Ausschluss strafrechtlicher Verantwortlichkeit bei alltäglichem bzw. berufstypischem Verhalten?, en: *SchwZStr* 117 (1999), pp. 425 ss.; *Otto,* «Das Strafbarkeitsrisiko beruftypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens», en: JZ 2001, pp. 436 ss.; *Lesch,* Strafbare Beteiligung durch "beruftypisches" Verhalten, en: JA 2001, pp. 986 ss.

[14] Para tener un panorama general de la literatura sobre el tema, véase por todos *Robles Planas,* La participción (nota 2), pp. 56 ss., 80 ss.; así como el reciente trabajo de *Hartmann*, Sonderregeln für die Beihilfe durch „neutrales" Verhalten?, en: ZStW 116 (2004), pp. 585 ss.

neutrales sólo desemboca en una tópica desordenada incompatible con una solución sistemática[15].

1. Teorías subjetivas

Pero, antes de tratar ambas tendencias, conviene aclarar la diferenciación terminológica entre lo objetivo y lo subjetivo[16]. Siguiendo en este punto lo alcanzado por el convencionalismo existente, se entiende de un modo general como «subjetivo» aquello que se relaciona con lo interno, con lo psíquico del hecho; mientras que lo «objetivo» se refiere concretamente a lo externo, que se sustrae a lo psíquico. De esta manera, lo interno está constituido por el dolo y la culpa, mientras que lo externo por la valoración social del hecho, o por la imputación objetiva. Para nuestro homenajeado, ambas perspectivas dan origen a la «posibilidad de distinguir la *imputación objetiva* de la *imputación subjetiva*. En la primera, lo relevante son las expectativas, vale decir, se pregunta si una persona de quien se esperaba determinada conducta la ha cumplido o no, sin interesar la identificación del sujeto que en el evento desarrolló la acción; lo que interesa es la conducta exigida a ese individuo, conducta que por supuesto es intencional como manifestación de querer. En cambio, en la imputación subjetiva sobresale el aspecto individual del autor, no interesando por ejemplo la condición genérica de éste, sino si pudo prever o no el resultado, si realmente lo quizo o lo asintió como posible. De un modo más amplio, con la imputación objetiva se determina la vinculación entre un suceso y un querer, en tanto en la imputación subjetiva se investiga por el contenido de ese querer»[17].

Las teorías subjetivas plantean solucionar la problemática de las conductas neutrales a partir de la relación psíquica entre los intervinientes. Superando de alguna manera el modelo naturalista de imputación, cuyo auge fue visible sobre todo en la postrimería del S. XIX hasta el primer tercio del S. XX, en virtud del cual la responsabilidad penal se entendía como el resultado de la suma de causalidad y dolo[18] −baste como ejemplo el caso del burdel, antes mencionado, donde un repartidor de vino fue condenado como cómplice de proxenetismo porque gracias a su reparto se incrementó causalmente la concurrencia de parroquianos al burdel, con el dato añadido que él conocía las actividades ilícitas del burdel−, las teorías subjetivas en la actualidad prescinden de la causalidad y sitúan el juicio de valoración en el grado de conocimiento del actuante al momento de brindar su aportación.

Entre los representantes de esta corriente en la literatura alemana destacan, con propuestas que contienen una mayor o menor carga de subjetivismo, entre otros: *Otto*[19], *Amelung*[20],

---

[15] De acuerdo, *García Cavero*, Derecho penal económico. Parte General, Lima 2003, p. 500.

[16] Muy importante al respecto *Cancio Meliá*, ¿Crisis del lado subjetivo del hecho?, en: Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, t. I, Madrid 2004, pp. 57 ss.; también *Arzt*, Über die subjektive Seite der objektiven Zurechnung, en: GS Schlüchter 2002, pp. 163 ss.

[17] *Peña Cabrera*, Tratado de Derecho penal (nota 1), p. 308 (subrayado en el original).

[18] Cfr. *v. Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21ª/22ª ed., Berlin/Leipzig 1919, § 28; *Beling,* Gründzuge des Strafrechts, 2ª ed., Tübingen 1902, p. 38; *Radbruch,* Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Berlin 1904, aquí citado según la recopilación de su obra completa por Arthur Kaufmann, en veinte tomos hasta 2003, y publicada con el tíulo Gesamtausgabe, t. 7, Strafrecht I, volumen coordinado por Monika Frommel, Heidelberg 1995, pp. 118 ss.

[19] Geschäftsmäßigen Verhaltens (nota 13), pp. 436 ss.

Ambos[21], *Ransiek*[22] y *Wohlleben*[23]; pero, es *Roxin*[24], sin lugar a dudas, el exponente más destacado de esta manera de pensar. Su propuesta ha obtenido una recepción considerable en la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo; ella se resume del siguiente modo[25]:

a) Si el actuante, al ejercer su actividad cotidiana, presta una aportación a un tercero, sabiendo que éste utilizará dicha aportación para cometer un delito, entonces la aportación deja de ser inocua o neutral para alcanzar el nivel de una participación punible. Se da una participación porque la aportación en este supuesto muestra una *relación delictiva de sentido*[26]. Como ejemplo *Roxin* pone el caso del vendedor de artículos para el hogar, que vende un martillo, aun sabiendo −bien porque el mismo comprador así se lo ha dicho, o por informaciones de terceros− que el cliente usará el martillo para cometer un homicidio. El vendedor responde penalmente como partícipe en el delito de homicidio. Asimismo, responden por una participación punible en los delitos que cometan sus clientes: el taxista que no se detiene en el trayecto aún conociendo con certeza que el pasajero matará a alguien en el lugar de destino, o que de allí recogerá el botín producto de un delito, también el panadero, que vende panes a una mujer, a pesar de conocer los planes de ésta, de matar a su marido infiel. O sea, basta con que el actuante de un oficio cotidiano, en el ejercicio de su actividad, realice una aportación que fácticamente coincide con el favorecimiento a un delito, aun conociendo de una forma manifiesta la decisión del autor de cometer un delito, para hacerse responsable penalmente como partícipe.

b) Pero, si el interviniente cuenta únicamente con la probabilidad de que el autor cometerá un delito, es decir, sin tener un conocimiento seguro de la resolución delictiva del autor, sino un conocimiento probable, similar al del dolo eventual, entonces su responsabilidad se excluye por regir el *principio de confianza*, en virtud del cual todos pueden confiar en que los demás no cometerán delitos dolosos, en tanto que una "inclinación reconocible al hecho" del otro no debilite esa suposición[27]. Es el caso del vendedor de un destornillador que no sabe con certeza si su cliente usará dicha herramienta para ingresar a una casa ajena y perpetrar un hurto. Igualmente, si el copiador de llaves se entera que el cliente planea cometer un robo en una casa con la copia que le facilita, porque éste se lo cuenta en son de broma, no se convierte en partícipe del robo, porque no es probable que las bromas evidencien una inclinación reconocible a cometer un delito. Aquí rige el principio de

---

[20] Geschäftsmäßiger Beiträge (nota 13), pp. 9 ss.

[21] Beihilfe (nota 11), pp. 721 ss.

[22] Neutrale Beihilfe in formalen Organisationen, en: *Amelung* (editor), Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, Sinzheim 2000, pp. 95 ss.

[23] Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, München 1996, passim.

[24] Las aportaciones más importantes de *Roxin* al respecto se recogen en: Bemerkungen zum Regressverbot, en: FS Tröndle 1989, pp. 177 ss.; *idem*, LK-Roxin, 11ª ed., Berlin/New York 1993, 27/16 ss.; *idem,* Was ist Beihilfe?, en: FS Miyazawa 1995, pp. 501 ss.; Zum Strafgrunde der Teilnahme, en: FS Stree/Wessels 1993, pp. 365 ss.; *idem,* Strafrecht. AT II (nota 3), 26/218 ss., aquí se consolida, en definitiva, la evolución del pensamiento de este autor.

[25] Véase por todos, *Roxin,* Strafrecht. AT II (nota 3), 26/221 ss.

[26] Cfr. *Roxin,* Strafrecht. AT II (nota 3), 26/224.

[27] Cfr. *Roxin,* Strafrecht. AT II (nota 3), 26/241.

confianza, en virtud del cual, todo copiador de llaves puede confiar en que sus llaves no serán incluidas dentro de los planes delictivos de otras personas.

Hasta aquí resumidamente la propuesta más significativa del grupo de las teorías subjetivas. Sin embargo, en contra de ella se debe resaltar que el intento de una delimitación de la punibilidad de la participación en el plano subjetivo del hecho, de un modo general y en especial según el grado de conocimiento del actuante, no es convincente, sobre todo porque el mundo individual de la representación se convierte en el principal factor de imputación jurídico-penal[28]. Cabe la siguiente pregunta ¿existe en realidad una regla concreta según la cual se pueda determinar la relación de sentido subjetiva de una determinada forma de comportamiento? Y ¿por qué la relevancia penal de una aportación tiene que depender del conocimiento sobre los planes delictivos del autor en la forma de dolo directo o de dolo eventual? Por lo general, la regla de la participación de los Códigos penales no dice nada acerca de si la valoración del aporte del partícipe se tenga que conectar con alguna forma de dolo. Esta propuesta nos recuerda de alguna manera el planteamiento sobre culpabilidad y complicidad de v. Bar que, como fundamento de la punibilidad de la complicidad, exigía que el favorecedor debía saber que su aportación era realizada a un delito, subrayándose que «una complicidad con dolo eventual está excluida»[29]. Ahora bien, si en las regulaciones comunes del dolo en los Códigos penales, el dolo directo y el dolo eventual tienen la misma penalidad, es decir, se castigan igualmente como delitos dolosos, ¿por qué entonces la diferencia entre una complicidad punible y una conducta neutral tendría que ser calculada de una diferenciación meramente semántica del dolo, cuando penalmente vienen a significar lo mismo al recibir el mismo castigo?

Asimismo, la propuesta subjetiva viene a coincidir en sus bases con el finalismo, cuando hace depender la imputación jurídico-penal de la «resolución de voluntad»[30] del autor, de manera que, como razonaba Armin *Kaufmann*, «el sentido que el autor le conceda a su hecho es el substrato de valoración del juicio sobre el injusto»[31]. Pero esta fundamentación de la imputación penal en lo subjetivo es incorrecta porque la relevancia de una acción para el Derecho penal no depende en lo absoluto del sentido que dé un autor a su propio hecho, porque la representación personal de un suceso puede ser arbitrario –y de hecho lo es–, por eso no puede constituir una medida para la imputación de un hecho.

Lo más problemático de la concepción subjetiva se aprecia en las actividades cotidianas de reparto de productos, donde cada repartidor estaría obligado a conocer las verdaderas intenciones de sus compradores respecto del uso de los productos. Con esto, en toda actividad de reparto los actores sociales tendrían la obligación de convertirse en expertos o adivinos sobre las genuinas intenciones de sus compradores. Pero ¿tiene sentido que en las sociedades modernas, caracterizadas por un sin fin de actividades comerciales anónimas,

---

[28] Radical contra una imputación basada en conocimientos *Lesch*, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, Köln et.al. 1999, pp. 257 ss; *idem*, Unrecht und Schuld im Strafrecht, en: JA 2002, p. 603, 604; *idem,* Dogmatische Grundlagen zur Behandlung des Verbotsirrtums, en: JA 1996, pp. 348 ss.

[29] Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform, t. II: Die Schuld nach dem Strafgesetze, Berlin 1907, § 693.

[30] Cfr. *Welzel,* Das deutsche Strafrecht, 11ª ed., Berlin 1969, pp. 33 ss.; *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Berlin 1990, pp. 83 ss.

[31] Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, en: FS Welzel 1974, pp. 393 ss., p. 403.

hacer depender el fundamento de la participación punible del grado de conocimiento del comerciante sobre los usos delictivos que puede recibir los productos que vende? Jakobs tiene mucha razón cuando, al respecto, anota que «si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada. No se construiría ni se matricularía ningún automóvil, no se produciría ni se serviría alcohol, etcétera, y ello hasta el extremo de que a la hora de pagar sus deudas todo el mundo debería prestar atención a que el acreedor no planease realizar algo ilícito con el dinero recibido. En conclusión, la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares»[32].

En cuanto esta teoría basa el criterio fundamentador o excluyente de la participación en la relación psicológica entre los intervinientes, la propuesta se expone a que determinados caracteres anímicos resulten penalizados, dando lugar a la intromisión de un Derecho penal del ánimo en la teoría de la intervención delictiva[33]. Contra este punto de vista se afirma enfáticamente que la punición de la contribución a un delito no radica en penalizar determinados elementos del ánimo, porque así cualquier oficio cotidiano podría ser considerado rápidamente típico, sólo por aparecer vinculado a las intenciones de un autor, las que son difíciles de intepretar, tratándose de consideraciones inseguras, que −como subraya *Naucke*−, «se adhieren mucho a lo subjetivo, porque el jurista penalista no es muy instruido en ellas y, porque, además, con frecuencia no está suficientemente disponible el material que es necesario para tales consideraciones»[34].

En consecuencia, la relación de sentido delictiva de una acción no debe ser deducida del lado subjetivo del hecho. Es problemático reconocer que la conducta adquiera una relación de sentido delictiva por el sólo hecho de que su actuante sepa que mediante su actuación inocua está contribuyendo de alguna forma a posibilitar o favorecer un delito ajeno. La imputación jurídico-penal no tiene por qué estar sujeta a datos psíquicos[35]. Por contra, el conocimiento que se imputa no es aquél de la consciencia humana del actuante individual en la situación concreta, sino, sobre todo, el conocimiento estandarizado en el contexto social de la acción, porque «un conocimiento de los elementos típicos de la conducta, sin el conocimiento de su inserción en la estructura normativa de la sociedad, es *per se* irrelevante, así como el conocimiento que con cualquier cosa determinada, en cualquier tiempo, puede suceder cualquier cosa»[36].

2. Teorías objetivas

A diferencia de las teorías subjetivas, las teorías objetivas colocan el juicio de valoración en el significado normativo del hecho, como algo que trasciende a la mente del autor, por manifestar en sí mismo una infracción normativa. Así, lo decisivo para la imputación

---

[32] La imputación objetiva en Derecho penal, trad. Cancio Meliá, Grijley, Lima 1998, p. 19.

[33] Crítico, *Wohlers*, Neutrale Handlungen (nota 13), p. 434.

[34] Über das Regressverbot im Strafrecht, en: ZStW 76 (1964), p. 426.

[35] Fundamental en esta parte *Lesch*, Verbrechensbegriff (nota 28), pp. 8 ss., 261 ss.

[36] *Jakobs*, Dolus malus, en: FS Rudolphi 2004, p. 119.

jurídico-penal no es lo subjetivo, lo psíquico-real querido, sino el sentido objetivo de una conducta[37].

En el ámbito de las conductas neutrales, el pensamiento objetivista propone llevar a cabo el juicio de responsabilidad penal del acto de favorecimiento a un delito muy al margen de la disposición psíquica de los intervinientes, de manera que la punición o impunidad de la aportación mediante una actividad cotidiana dependa únicamente del sentido objetivo de infracción de la conducta. En la actualidad destacan con una posición objetiva, entre otros: *Hassemer*[38], *Wohlers*[39], *Lesch*[40], *Jakobs*[41] y *Frisch*[42].

Este pensamiento recibió un fuerte impulso en los años 30 del S. XX, con *Welzel*[43], mediante su famosa teoría de la adecuación social. En contra de una visión técnico-mecánica −naturalista− del injusto, que se difundió en el Derecho penal alemán desde el último tercio del S. XIX, sobre todo por las contribuciones de *v. Buri*[44], conforme al cual el delito pasó a entenderse como el resultado de la comprobación de la fórmula «causalidad + dolo = responsabilidad»[45], interrumpiéndose así el desarrollo de la comprensión del delito como la «expresión de un sentido», o «como infracción de una norma», común desde los penalistas hegelianos del primer tercio y mediados del S. XIX, *Welzel* viene a afirmar que el análisis del delito en el Derecho penal debe comenzar por mostrar la conducta «como un fenómeno lleno de sentido ético-social relevante»[46], y que el modelo de la conducta prohibida de los tipos penales tiene sentido gracias a su carácter social, por desenvolverse en el marco normal de «ordenamiento social de la vida históricamente constituido»[47]. Aplicando la teoría al ejemplo del funcionamiento de los ferrocarriles, esta actividad se reconoce como socialmente adecuada, a pesar de estar rodeada de posibles riesgos y lesiones para determinados bienes jurídicos; de manera que, si el sobrino, para apropiarse de la herencia de su tío, persuade a éste a viajar en un ferrocarril, con la esperanza que muera a causa de un accidente ferroviario, como efectivamente sucede, no realiza objetivamente el tipo penal de homicidio, porque el viajar en tren, de un modo general, muy al margen de las pretensiones subjetivas del inductor, es una conducta socialmente

---

[37] Cfr. *Lesch*, Verbrechensbegriff (nota 28), p. 100; asimismo *Robles Planas,* La participación (nota 2), pp. 71 ss., 177 ss.

[38] Professionelle Adäquanz (nota 13), pp. 41 ss., 81 ss.

[39] Neutrale Handlungen (nota 13), pp. 425 ss.; *idem*, Hilfeleistung und erlaubtes Risiko − zur Einschränkuung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB, en: NStZ 2000, pp. 169 ss.

[40] Strafbare Beteiligung (nota 13), pp. 986 ss; *idem*, Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Mitarbeiter von Geldinstituten in Form des Kapitaltransfers ins Ausland, en: JR 2001, pp. 381 ss.

[41] Akzessorietät (nota 9), pp. 253 ss.; *idem*, La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación, trad. Cancio Meliá, en: Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, Madrid 2000, pp. 619 ss.; *idem*, Beteiligung, en: FS Lampe 2003, pp. 561 ss.

[42] *Frisch*, Neutrale Handlungen (nota 3), pp. 539 ss.; *idem*, Straftat und Straftatsystem, en: *Wolter/Freund* (editores) Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, Heidelberg 1996, pp. 135 ss., 192 ss.; *idem*, Tatbestandsmässiges Verhalten (nota 10), p. 284.

[43] Cfr. Studien zum System des Strafrechts, en: ZStW (1939), pp. 491 ss.; *idem*, Strafrecht (nota 30), pp. 55 ss.

[44] Ueber Causalität und deren Verantwortung, Leipzig 1873, pp. 5 ss.

[45] Beihilfe zur Steuerhinterziehung (nota 40), p. 383, con más referencias.

[46] System des Strafrechts (nota 43), p. 495.

[47] Strafrecht (nota 30), p. 55.

adecuada. Lo socialmente adecuado se identifica con el «estado „normal" de libertad social de la acción»[48].

Sobre esta premisa, con mayor razón la búsqueda de la relación de sentido delictiva relevante para fundamentar una participación reclamaba fijar el criterio de valoración en una determinada forma de comportamiento exterior y no en el aspecto subjetivo de la mente de los intervinientes. El punto de partida era correcto, sin embargo, *Welzel* no desarrolló su idea de la adecuación social como un concepto objetivo, limpio de toda contaminación subjetiva. Esto se nota cuando *Welzel* después de subrayar la importancia que para la tipicidad reúne el carácter social de la conducta, pone atención también al aspecto psicológico-individual como un concepto complementario, que luego reunidos bajo un mismo esquema dió lugar a su famosa teoría de la acción final. Pero, sin género de dudas, este último aspecto subjetivo de *Welzel* no pudo impedir el avance de un pensamiento que, muy lejos de contemplar la acción como un proceso psico-biológico, concluye que el concepto de acción debe ser buscado en la sociedad[49]. Con esto, el aguijón objetivista ya había sido introducido en la dogmática penal.

Una primera repercusión de la propuesta welzeniana se dio en la jurisprudencia, cuando el Tribunal Federal Supremo cambió su doctrina jurisprudencial en la solución de los casos de venta de alcohol en los restaurantes. Conforme a una antigua tradición jurisprudencial, en una sentencia referida a un caso donde el dueño de un restaurante vendió alcohol a un camionero, que después al conducir ebrio causó la muerte de un peatón y lesiones a otro, el Tribunal condenó al dueño como autor de los delitos de homicidio y lesiones culposas, por no haber impedido al caminero la conducción del vehículo en estado de ebriedad[50]. Sin embargo, la forma de solucionar estos casos experimentó un cambio algunos años después, cuando el Tribunal Federal Supremo en un supuesto parecido en que el dueño de un restaurante vendió alcohol a tres personas que después de embrigarse abandonaron el establecimiento produciéndose inevitablemente la pérdida del control del volante, con el resultado de lesiones corporales de dos personas, absolvió al dueño del restorán de los cargos por lesiones culposas, con la argumentación que «la venta de bebidas alcohólicas en los restaurantes pertenecen de un modo general a las formas de actividades reconocidas como socialmente cotidianas»[51].

Pero, si bien por una parte el sustrato de valoración para la imputación jurídico-penal había sido fijado en lo externo, en lo social y no en la representación psicológica del actuante, de otra parte hacía falta algunos elementos hermenéuticos adicionales para la concreción de la imputación en sentido normativo. Estaba claro que la mayor virtud de la adecuación social era ofrecer el criterio general delineador de la relevancia típica de la conducta, como se ve claramente en el caso de la venta de alcohol al reconocérsele socialmente como una actividad cotidiana o neutra. Pero, más allá de esta declaración de principio, se echaba de

---

[48] Strafrecht (nota 30), p. 57.

[49] Cfr. *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, München 1992, p. 12, 29 ss.; *Cancio Meliá*, Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz, en: GA 1995, p. 180, acentuando especialmente que con la categoría de la adecuación social se dió inicio a la normativización del tipo penal, una normativización que luego encontró su punto culminante con la teoría de la imputación objetiva.

[50] BGHSt 4, p. 20 (Sentencia de 22 de enero de 1953).

[51] BGHSt 19, p. 154 (Sentencia de 13 de noviembre de 1963).

menos algunos elementos normativos adicionales que expliquen por qué una conducta socialmente adecuada no estaba obligada jurídicamente a evitar la producción de resultados lesivos. Es decir, la adecuación social no aportaba ningún elemento adicional para concretar la antijuricidad y la culpabilidad de la conducta[52]. De este modo, la búsqueda de un criterio normativo que explique los límites de la responsabilidad jurídico-penal condujo a *Roxin*[53], a comienzos de los años 70 del siglo pasado, a retomar la teoría de la imputación objetiva −después que ésta había quedado sumida en casi cinco décadas de sueño dogmático[54]− para colocarla nuevamente en el centro de la discusión.

Esta teoría en su desarrollo posterior ha recibido una diversidad de planteamientos, pero casi todos coincidiendo en sus bases con la siguiente fórmula: «un resultado podrá ser imputado objetivamente a una persona cuando ella haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se haya concretado en el resultado»[55]. Así se dió un paso trascendental que después cobraría forma de una normativización o re-normativización del tipo objetivo y de toda la sistemática del Derecho penal[56]. En el campo de la tipicidad se habla de una renormativización porque en vista que los delitos culposos y omisivos ya habían sido normativizados mediante la exigencia del deber objetivo de cuidado y el deber de garante respectivamente, como elementos determinantes para la existencia de esas dos formas delictivas, solamente faltaba establecer que la infracción de ambos deberes, a pesar de tener formulaciones distintas, se refiere en el fondo al mismo fenómeno, esto es, a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado[57].

La tipicidad objetiva entonces se concretaba con la creación de riesgos no permitidos. Pero, junto a esta reflexión, se reconoció que no todo riesgo creado debía ser desaprobado jurídicamente, porque la sociedad en ciertos contextos está dispuesta a tolerar la creación de determinados riesgos por considerarlos necesarios para el desarrollo de los contactos sociales. Por ejemplo, ninguna corte de justicia se atrevería a juzgar a un ciudadano por la

---

[52] Críticos con la adecuación social en este punto son *Roxin*, Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht, en: FS Klug II 1983, p. 304; *Jakobs*, Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grad der strafrechtlichen Haftung für Begehung, en: ZStW 89 (1977), pp. 4 s.; *Frisch*, Tatbestandsmässiges Verhalten (nota 10), p. 296.

[53] Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, en: FS Honig 1970, pp. 133 ss.; *idem*, Die Lehre von der objektiven Zurechnung, en: Chengchi Law Review 50 (1994), pp. 219 ss.

[54] Como es de conocimiento generalizado, la teoría de la imputación objetiva fue creada en el Derecho civil por *Larenz,* Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1926, luego introducida en el Derecho penal por *Honig* −en su contribución al Libro Homenaje a Reinhard Frank−, Kausalität und objektive Zurechnung, en: Frank-Festgabe I, Tübingen 1930, pp. 174 ss.

[55] *Peña Cabrera*, Tratado de Derecho penal (nota 1), p. 307; asimismo, *Rudolphi*, en: SK-StGB, 6ª ed. 1997, previo al § 1, n° marg. 57, quien en realidad la planteó por primera vez, aquí conforme a la última versión de su obra: «imputable objetivamente es el resultado antijurídico causado mediante una conducta humana, sólo si esa conducta ha creado un peligro de producción de un resultado jurídicamente desaprobado, y ese peligro se ha realizado efectivamente en el suceso concreto causante del resultado»; véase también *Roxin,* Gedanken (nota 53), pp. 136 ss.; *Schmidhäuser*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2ª ed., Tübingen 1975, 8/47 ss.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5ª ed., Berlin 1996, pp. 286 ss.; *Stratenwerth*, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat, 4ª ed., Köln et. al., 2000, 8/25 ss.

[56] Luego la más completa y coherente normativización del «sistema» dogmático del Derecho penal fue emprendida por Jakobs. En 1983 aparece la primera edición de su Tratado de Derecho penal (Parte General). La segunda y definitiva edición es de 1991. Sobre la normativización desarrollada por Jakobs, véase *Schünemann*, Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, en: *idem* (editor), Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, Berlin et. al. 1984, p. 54.

[57] Cfr. *Lesch*, Strafbare Beteiligung (nota 13), p. 987.

compra de un automóvil de último modelo porque al conducirlo va a crear un riesgo de muerte o de lesión para las personas que a pie también toman parte en el tráfico rodado. La circulación de vehículos motorizados por el centro de las ciudades muestran sin lugar a dudas un riesgo para los bienes jurídicos ubicados en el entorno, más aún cuando se desplazan con altas velocidades. Pero, no por ello se va prohibir la compra y venta de automóviles. Quizá en determinados casos el empleo de algunos productos peligrosos plantee un abuso, pero este abuso es un riesgo permitido por el orden jurídico, en razón que la sociedad con su modernización y cada vez más elevado grado de tecnificación no puede funcionar sin convivir con el abuso de esos bienes. De esta manera la normativización de las categorías del delito abrió paso a la legitimación material de una zona libre de responsabilidad penal, conocida en el lenguaje dogmático como riesgo permitido[58].

La normativización del Derecho penal en el ámbito de la intervención delictiva muestra que las denominadas conductas neutrales no son más que la concreción del riesgo permitido en los supuestos de favorecimiento a un delito mediante la realización de una actividad cotidiana o estereotipada a una profesión u oficio. Esto ocurre, por ejemplo, con el caso del panadero, muy citado en las cátedras, que vende panes a una persona que luego usará los panes para envenar a otro. La venta de pan es una actividad cotidiana que, según cómo se desenvuelva en el contexto de la acción, puede dar lugar a posibles abusos; pero, de un modo general, ocupa un terreno delineado por la plantilla del riesgo permitido. Así pues, esta actividad, como muchas otras más referidas a profesiones u oficios estereotipados socialmente, es considerada neutral y, como tal, goza de «independencia»[59] en relación a los planes delictivos de un autor que se aprovecha de ella.

Yendo un poco más al fondo de la cuestión, la irrelevancia penal de una conducta neutral entonces se debe interpretar en el contexto social de actuación mediante la comprobción de si el actuante obró conforme a los deberes que tiene que cumplir, con independencia de si su obrar es mediante acción u omisión, y también muy al margen de los datos psíquicos que puede tener en su mente. Esto último, sobre todo, porque la garantía de una cohexistencia de libertades que brinda el Derecho penal no comienza con la interpretación de lo interno de la persona, sino con la captación del significado jurídico de la conducta en su interrelación en el mundo exterior[60]. La comprobación de los deberes en el marco de la posición social conduce a la determinación de la *competencia* o *posición de garante* del actuante como titular de una posición de deber en la sociedad, o dicho en otros términos, conforme al *rol* que desempeña como parte de la sociedad.

El principio es el siguiente: todo actor social responde penalmente sólo en el marco de su posición de garante; por lo mismo, en palabras de *Jakobs*: «la imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante y de qué. No todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de su garantía»[61]. Viéndolo con un ejemplo que forma parte de una actividad cotidiana, como lo es una obra de teatro: el actor es un judío que tiene el rol de representar a un general nazi que ordena la tortura y matanza de un grupo de

---

[58] Véase, por todos, *Schürer-Mohr*, Erlaubte Risiken. Grundfragen des „erlaubten Risikos" im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik, Frankfurt am Main et. al. 1998, pp. 205 ss., passim.

[59] *Wohlleben*, Neutrale Handlungen (nota 8), p. 3.

[60] Cfr. *Jakobs*, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, en: ZStW 97 (1985), p. 762.

[61] Jakobs, La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del „riesgo permitido", la „prohibición de regreso" y el „principio de confianza", trad. Peñaranda Ramos, en: *idem*, Estudios de Derecho penal, Madrid 1997, p. 211.

judíos. Para que la obra «funcione» correctamente, el actor tendrá que desempeñar bien su rol, con independencia de su propia subjetividad (individualidad) como puede ser en este caso la indignación en virtud de sus convicciones morales o nacionalistas y, también observando su deber de *garante* en lo que le atañe para que la función no se estropee, no a causa de una incorrecta administración personal mediante una mala actuación. Quien es garante es competente jurídicamente de evitar lesiones de derechos. Esa competencia obliga a su titular a mantener incólume la relación jurídica que lo define como persona capaz de administrar una determinada posición de derechos y deberes en la sociedad[62]. El caso reseñado aporta tres consecuencias: a) el rol trasciende al individuo facilitando contactos sociales anónimos, es decir, en el mundo social −ejemplificado con el teatro−, al actor se le identifica por el papel que representa y no por su individualidad; b) el rol delimita las expectativas que van a caracterizar la posición del actuante en los contactos sociales, de manera que se pueda distinguir fácilmente sus deberes y derechos; en el ejemplo, la fijación de las expectativas que debe cumplir el actor aclara qué derechos y deberes le conciernen, diferenciados de otras expectativas −que no le atañen− que pueden recaer en el guionista, en el ingeniero de sonido y otros participantes del mundo social de la obra teatral; y, c) el rol fija una garantía para su titular de que no se le exija conocer más allá de lo que debe saber dentro de los límites de su competencia.

El rol es el conjunto de expectativas vinculadas al comportamiento del portador de una determinada posición[63]; como tal, permite delimitar los contornos de los ámbitos de competencia de los actores sociales. En el plano jurídico concreto, el rol se muestra como una posición de deber que cada interviniente tiene y administra como parte del sistema jurídico para posibilitar su funcionamiento. De esta forma el rol más general es el rol de persona. Ningún actor social válido puede sustraerse a este rol, porque constituye la posición de deber más general por cumplir, para poder hablar de una sociedad en funcionamiento. *Hegel* aportó la explicación más convincente al diferenciar la persona del individuo, donde persona es la superación del individuo: «sé persona y respeta a los demás como personas»[64]. Este mandato es una constante que caracteriza a todo actor social, de tratar a los demás participantes de los contactos sociales como personas iguales a él, es decir, como sujetos titulares de derechos y deberes. Sólo el aspecto que trasciende a lo individual es lo único que interesa en el mundo social para poder hablar de sociedad, porque, si −con el ejemplo del teatro−, tuviera que tomarse en cuenta todo el conjunto de datos que conforma el mundo individual del actor, la obra teatral no funcionaría porque se mezclarían datos correspondientes a su papel con otros de su vida privada e íntimas preferencias, que a nadie interesa. Por eso, el ser persona y respetar a los demás como personas, es la garantía fundamental para una interacción basada en expectativas de comportamientos sustraídos al inabarcable mundo individual de los actores sociales[65]. Este

---

[62] En profundidad, concibiendo el deber de garante como el deber de no lesionr un «derecho garantizado», *Jakobs*, Zum Begriff des Delikts gegen die Person, en: Geilen-Symposium (Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen), Köln et. al. 2003, p. 66.

[63] Cfr. *Dahrendorf*, Homo Sociologicus. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle, (1958), 15ª ed., Opladen 1977, pp. 32 ss.; *Luhmann*, Rechtssoziologie, 3ª ed., Opladen 1987, pp. 86 ss.

[64] Grundlinien der Philosophie des Rechts – oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Berlin 1821, ed. al cuidado de Eva Moldenhauer y Karl Markus Michel, 6ª ed., Frankfurt am Main 2000, § 36.

[65] Muy ilustrativo al respecto *Sánchez-Vera*, Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal, en: Cuadernos de Política Criminal N° 71 (2002), pp. 409 ss.

rol está configurado de un modo negativo y a la vez recíproco: tú no dañes a los demás, y que los demás no te dañen a ti.

Pero el alto grado de tecnificación y complejidad de las sociedades modernas han conducido a un fenómeno de diferenciación, de modo que la sociedad se compone de roles diferenciados e intercambiables. Esto explica que el rol general de persona o ciudadano constituye la base sobre la cual se van a diferenciar los roles especiales de médico, juez, taxista, etc. La persona que ostenta el rol de juez es tal mientras desempeña su papel en el contexto social de la judicatura. Por esa razón se entiende que los deberes de un juez se circunscriben a los deberes de administrar justicia con imparcialidad, mas no así cuando en un fin de semana hace la cola en el cine con su familia, donde más bien los deberes que tiene que cumplir es el de un ciudadano respetuoso con los derechos de los demás. Según el contexto social de actuación, se interpreta el deber que todo actor social tiene que desempeñar en el ejercicio de su rol, como sucede en el caso del taxista, cuyos deberes como taxista tienen pleno sentido únicamente mientras ejerce esa actividad, pues, en esa posición se le identifica socialmente. Asimismo existe la garantía que, mientras ejerce su actividad, se le tenga que exigir únicamente el cumplimiento de los deberes determinados que dan contenido a su posición. Si al desempeñar su rol accede de alguna forma a algún conocimiento especial, como dato ajeno que procede desde lo externo, no tiene el deber de incorporar ese conocimiento especial a su rol. Ese conocimiento especial ingresa a formar parte de las infinidades de datos subjetivos que van a dar contenido a su individualidad como ser humano, pero como taxista no tiene el deber de conocerlos. Si el taxista durante el trayecto descubre que su pasajero es un cantante famoso que tiene la intención de huir del país inmediatamente acabada la función para evitar pagar impuestos, sólo por el hecho de llevarlo hasta su destino no se convierte en cómplice de la evasión tributaria, porque la información que llega a su ámbito de organización como taxista es un dato más, irrelevante para la imputación jurídica, como el de informarse por la radio de su signo zodiacal, o leer en un póster la publicidad de un concierto de rock, etc., es decir, son unos datos en su conjunto ajenos al conocimiento estandarizado que como taxista está obligado conocer. En suma: el conocimiento especial no constituye un elemento vinculante para fundamentar una participación. La base para la valoración de la superación de un riesgo permitido excluye toda circunstancia que la persona en la administración de su posición de deber no está obligada a conocer[66].

Veamos otros ejemplos extraídos de la vida cotidiana donde junto al desempeño de una actividad neutral se entrecruzan los conocimientos especiales, los mismos que son irrelevantes para el juicio de imputación a título de participación; o sea, no constituyen participación delictiva: a) la entrega de una carta por el cartero, a pesar que en el trayecto se da cuenta que el sobre contiene una bomba. No cambia la valoración si el cartero advierte que, en vez de una bomba, el sobre contiene propaganda subversiva; b) el chófer que prosigue el viaje a pesar de descubrir que uno de sus pasajeros lleva droga dentro de su equipaje. Igualmente, si continúa la marcha a pesar de reconocer por el espejo retrovisor entre sus pasajeros a un peligroso terrorista perseguido por la justicia; c) lo mismo, no es partícipe la dueña de un restaurante si prepara un exquisito desayuno a unos conocidos delincuentes sabiendo que tienen planeado robar un banco inmediatamente después de desayunar; d) actúa neutralmente una persona que celebra su cumpleaños en un famoso

[66] Cfr. *Frisch,* Straftat (nota 42), p. 193.

restaurante, gastando mucho dinero, a pesar de saber que el dueño es un evasor de impuestos; e) asimismo, es neutra la conducta del deudor que paga su deuda sabiendo que el acreedor empleará el dinero para comprar un arma y dar muerte a otro[67].

En todos los ejemplos antes mencionados si el actuante al prestar sus servicios se entera de los planes delictivos de un autor determinado o advierte que al brindar su aportación se está involucrando en un hecho delictivo, no se convierte en garante de lo que el autor haga con el servicio que presta. El único conocimiento exigible penalmente es el perteneciente al rol, o sea, un conocimiento estandarizado, que se sustrae a la constitución individual de su portador como titular de una posición de deber. Se rechazan entonces los conocimentos especiales, porque se sustraen al estándar que todo actuante debe conocer. En definitiva: no es lo que el actuante conoce sino más bien lo que *debe* conocer en su posición −rol− social el único dato exigible válido para una imputación jurídico-penal[68].

Otra cosa es que el titular de un rol, desde su posición, se aprovecha del conocimiento especial para instrumentalizarlo y manipularlo con fines delictivos. Aquí su conducta ya no se explica como perteneciente a su posición de deber. Al obrar de esa manera quiebra la neutralidad de su rol, supera el nivel del riesgo permitido convirtiéndose el actuante en ese contexto concreto de la acción en partícipe[69]. Por ejemplo: el estudiante de biología, que por las noches se gana la vida trabajando como camarero en un restaurante, se sale de su rol o infringe su posición de deber de camarero si al momento de servir un plato de ensalada reconoce que entre las verduras hay un hongo exótico venenoso −y lo sabe sólo porque casualmente ese día lo descubrió en una clase sobre hongos en el laboratorio de su universidad−, retiene el plato por unos segundos, mira al rededor y, reconociendo en el otro extremo del comedor a una antigua novia que le dejó plantado el día de la boda, pone en la mesa de ésta la ensalada, la que, tras ingerirla, fallece por envenenamiento.

III. El deber de solidaridad mínima

Ha quedado establecido que el cumplimiento de los deberes de una conducta adecuada a un rol tiene un significado neutral para el Derecho penal. Sin embargo, de ninguna manera debe entenderse que un obrar neutral avala la impunidad total de la conducta. La neutralidad es sólo un aspecto de la conducta, cuando ésta es ejercitada correctamente en el marco de un rol estereotipado. Pero, cuando el actuante, al tiempo de llevar a cabo su conducta cotidiana, se da cuenta que simultáneamente al desarrollo de su acción expone a personas a un peligro concreto o crea las condiciones de una situación de peligro para tercero, en este supuesto, u otros de similar estructura, se carga sobre él un deber adicional por cumplir: el deber de solidaridad mínima[70].

---

[67] *Jakobs*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2ª ed., Berlin/New York 1991, 7/59.

[68] Contundente, *Lesch*, Verbrechensbegriff (nota 28), pp. 99 ss., 257 ss.; *Frisch,* Vorsatz und Risiko, Köln et. al. 1983, pp. 128 ss.; *idem*, Straftat (nota 42), pp. 192 ss.; *Jakobs*, Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder Verabschiedung des „alteuropäischen" Strafrechts?, en: ZStW 107 (1995), pp. 849 ss.

[69] Cfr. *Jakobs*, Beteiligung (nota 41), p.566; *Lesch*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, Frankfurt am Main et. al. 1992, pp. 278 ss.

[70] Cfr. *Lesch*, Strafbare Beteiligung (nota 13), p. 990.

Entonces el problema se presenta cuando la actuación en el marco de un rol coincide fácticamente con una aportación que coloca a un tercero en una situación de necesidad o de peligro. Visto en el ejemplo antes mencionado del cartero: éste, en su vida privada es un aficionado a la lectura de catálogos de armas de fuego y bombas; al entregar un envío, en virtud de los conocimientos especiales desarrollados por su afición privada reconoce una bomba dentro de un sobre de carta. A él le da lo mismo, coloca el sobre dentro del buzón correspondiente y continúa su trabajo repartiendo más cartas en la misma calle. Después de unos minutos se escucha una explosión, que proviene de la casa del destinatario, quien, al abrir la carta, murió instantáneamente. Pregunta: ¿Convierte la entrega de la encomienda al cartero en partícipe del homicidio? ¿O más bien podría considerarse esa entrega como un cumplimiento normal de sus funciones de cartero, es decir, su aportación tendría el significado de una conducta neutral, adecuada a un rol estereotipado? ¿Su indiferencia no daría lugar a alguna consecuencia penal?

La entrega de cartas, con independencia de su contenido, forma parte del rol social de todo cartero: su conducta es neutral, no altera el orden normativo y, como tal, es libre de responsabilidad penal y no fundamenta ninguna participación en el homicidio, previsto en el art. 106 del Código penal. La existencia del servicio postal tiene una aceptación social precisamente porque las expectativas normativas asociadas a este sector social garantizan que ningún cartero husmee en el contenido de las cartas, sino nadie querrá servirse del correo ordinario para el envío de sus comunicaciones. Sin embargo, en razón del contexto social de actuación, debe reconocerse que la sociedad espera de toda persona, incluso de aquella que como cartero se gana la vida, que tampoco se comporte insolidariamente con las potenciales víctimas que puedan surgir como consecuencia de su comportamiento neutral. El deber infringido en este caso es el deber de solidaridad mínima que impone a toda persona, con independencia de su rol estereotipado –como puede ser el de cartero, taxista, panadero, etc.− el deber de auxiliar o despejar un peligro manifiesto en que se pueda encontrar un tercero[71].

Dicho actuante no responde como partícipe en el delito que favorece mediante su conducta neutral, pero su insolidaridad sí le hace responsable penalmente como autor del delito de omisión de socorro u omisión de dar aviso a la autoridad, previsto en el art. 127 del Código penal. Igualmente, la venta de pan en una situación normal es neutra, pero, si al panadero le es manifiesto que el cliente usará el pan para envenenar a otro, entonces tiene el deber de auxiliar a la persona que está en peligro. Esto es así porque el actuante en estos supuestos no se encuentra más en su rol de panadero, sino en su rol de persona o ciudadano. Si la situación de peligro le es indiferente y no hace nada para neutralizarla, responderá penalmente por la infracción del deber de solidaridad mínima. Naturalmente, siempre que −cual fuere el caso concreto− concurran los elementos del tipo de omisión de socorro u omisión de dar aviso a la autoridad.

A diferencia del deber negativo, cuyo contenido afecta a una relación jurídica expresada en «no dañar» a los demás en sus derechos, el deber de solidaridad mínima se fundamenta en una relación positiva de solidaridad, que fija a toda persona el deber de auxiliar a otra que

[71] Cfr. *Robles Planas*, La participación (nota 2), pp. 307 ss.; *Caro John*, Participación delictiva (nota 7), pp. 85 ss.

se encuentra en una situación de necesidad o desgracia[72]. El deber de solidaridad persigue así la maximización de los bienes, mientras que el deber negativo se orienta a garantizar el máximo de libertad[73]. Mientras que el deber negativo *neminem laede* prohibe un ataque sobre la autonomía de la persona, el deber de solidaridad obliga más bien la realización de una prestación en favor de terceros o de la comunidad. El deber de solidaridad constituye de este modo un deber positivo de actuación en beneficio de otra persona[74].

La base de todos los deberes es el deber negativo, pero la presencia del deber de solidaridad mínima plantea la interrogante de ¿hasta qué punto los deberes negativos garantizan las condiciones elementales para una convivencia pacífica? ¿Puede una sociedad funcionar sólo con deberes negativos? ¿No echará de menos la sociedad en algún momento algún tipo de deber que positivamente contribuya a garantizar las condiciones elementales de convivencia? En el Derecho penal los deberes negativos tienen a su favor el peso de la historia. Esto explica que desde el origen de las codificaciones, casi todo el mundo social plasmado en los tipos penales ha sido interpretado habitualmente sobre la base de una relación negativa. En el caso de los bienes personalísimos, pareciera que el deber de «no matar», o el de «no lesionar», habrían bastado para garantizar jurídicamente su protección. Recién en el siglo XX los Códigos penales comenzaron a admitir el deber de solidaridad mínima. En el Derecho penal alemán, el paso trascendente se dió con la Reforma Penal de 28 de junio de 1935, en pleno apogeo del nacionalsocialismo, que introdujo el parágrafo 330 c, actualmente parágrafo 323 c, que regula el delito de omisión de socorro[75]. Con independencia del trasfondo ideológico que orientó esta decisión político criminal, porque, conforme a la redacción original, el deber de socorro se basaba en el eslogan nacionalsocialista del «sano sentimiento del pueblo alemán», la presencia del deber de solidaridad mínima en el Código penal indicaba ya el reconocimiento que, junto a los deberes negativos, los deberes positivos de una solidaridad mínima contribuyen al aseguramiento y funcionamiento del sistema social. Como era de esperarse, la voz de algunas autoridades del penalismo alemán no tardó en escucharse. Así, *Welzel*, refiriéndose a esta regulación afirmó que el deber de solidaridad resulta del «deber social del ciudadano en una democracia social»[76]. También *Gallas*, con una brillante claridad se pronunció a favor de esta norma señalando que «el pensamiento jurídico occidental ya no puede resistirse más ante el nuevo espíritu de la solidaridad y la responsabilidad social, la tarea por desarrollar consiste más bien en armonizarlo hasta lograr una máxima unidad con el ideal tradicional de la libertad personal»[77].

Pero que el deber de solidaridad mínima haya alcanzado un reconocimiento positivo en el Código penal alemán en los tiempos del nacionalsocialismo no significa en lo absoluto que esta forma de deber responda a una ideología política discutible, opuesta a toda concepción

---

[72] Cfr. *Silva Sánchez*, Entre la omisión de socorro y la comisión por omisión. Las estructuras de los arts. 195.3 y 196 del Código penal, en: Problemas especídicos de la aplicación del Código Penal, 1999, pp. 156 ss.

[73] Cfr. *Jakobs*, Delikt gegen die Person (nota 60), p. 65.

[74] Cfr. *Caro John*, Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber, en: *Hurtado Pozo* (director), Anuario de Derecho Penal, Lima 2003 (Monográfico con el título «Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano), pp. 60 ss.

[75] Por todos, *Seelmann*, NK-StGB, 2ª entrega de 1995, § 323 c, n° marg. 1 ss.

[76] Zur Dogmatik der echten Unterlassungsdelikte, insbesondere des § 330 c StGB, en: NJW 1953, p. 328

[77] Zur Revision des § 330 c StGB, en: JZ 1952, p. 396.

democrática de convivencia. Todo lo contrario, el deber de solidaridad es tan antiguo como el mismo deber negativo. Baste como ejemplo la acción salvadora del Buen Samaritano, que se recoge en el Evangelio de San Lucas[78], donde, en base al principio cristiano de amar al prójimo como a uno mismo, la solidaridad manifiesta su validez como parte de la caridad. Esto evidencia que el deber de solidaridad ha estado arraigado en la conciencia de los pueblos más como un deber moral que jurídico[79]. Sólo que como una solidaridad en el ordenamiento jurídico no puede basarse en el amor entre las personas, sino en la exigencia de que cada individuo tiene deberes positivos de acción para el bienestar de la generalidad, antes de su institucionalización jurídica estuvo habitando, con una larga tradición, dentro del mundo de los deberes morales recíprocos entre el sujeto individual y la comunidad[80].

En el Derecho europeo el reconocimiento del deber de solidaridad, como un deber propiamente jurídico, no goza de un respaldo histórico de larga data. Sobre todo, gracias a la influencia del pensamiento liberal de *Kant* y *Mill*, la solidaridad fue rechazada como deber jurídico[81]. Según esta corriente filosófica un orden liberal que conoce sólo relaciones negativas no puede incluir el sacrificio de derechos. Por tanto, el deber de socorrer a los que están en una situación de necesidad no es un deber jurídico, sino un deber moral, no exigible. Para *Kant* el ser humano es libre, y su libertad es la condición básica para su actuación dentro de un determinado ordenamiento jurídico. De ahí que el Derecho sólo puede prohibir lesiones y no ordenar una prestación positiva, salvo en los casos en que el comportamiento previo responsable haya creado una situación de peligro que, de plano, sitúa al actuante en una posición de garante respecto de la integridad del bien colocado en peligro. Esto es lo que se conoce dogmáticamente como injerencia.

La entrada en escena del deber de solidaridad dentro del mundo de los deberes jurídicos demuestra que los deberes negativos no bastan para garantizar la totalidad de las relaciones sociales[82]. Si bien delinean la pauta general de las expectativas de comportamiento, no

---

[78] Cfr. Evangelio de San Luchas 10, 25-37: «El buen samaritano: [25] Y he aquí un intérprete de la ley se levantó y dijo, para probarle: Maestro, ¿haciendo qué cosa heredaré la vida eterna? [26] Él le dijo: ¿Qué está escrito en la ley? ¿Cómo lees? [27] Aquél, respondiendo, dijo: Amarás al Señor tu Dios con todo tu corazón, y con toda tu alma, y con todas tus fuerzas, y con toda tu mente; y a tu prójimo como a ti mismo. [28] Y le dijo: Bien has respondido; haz esto, y vivirás. [29] Pero él, queriendo justificarse a sí mismo, dijo a Jesús: ¿Y quién es mi prójimo? [30] Respondiendo Jesús, dijo: Un hombre descendía de Jerusalén a Jericó, y cayó en manos de ladrones, los cuales le despojaron; e hiriéndole, se fueron, dejándole medio muerto. [31] Aconteció que descendió un sacerdote por aquel camino, y viéndole, pasó de largo. [32] Asimismo un levita, llegando cerca de aquel lugar, y viéndole, pasó de largo. [33] Pero un samaritano, que iba de camino, vino cerca de él, y viéndole, fue movido a misericordia; [34] y acercándose, vendó sus heridas, echándoles aceite y vino; y poniéndole en su cabalgadura, lo llevó al mesón, y cuidó de él. [35] Otro día al partir, sacó dos denarios, y los dio al mesonero, y le dijo: Cuídamele; y todo lo que gastes de más, yo te lo pagaré cuando regrese. [36] ¿Quién, pues, de estos tres te parece que fue el prójimo del que cayó en manos de los ladrones? [37] Él dijo: El que usó de misericordia con él. Entonces Jesús le dijo: Ve, y haz tú lo mismo.» (Tomado de la versión Reina-Valera 1960).

[79] Cfr. *Seelmann*, Solidaritätspflichten im Strafrecht?, en: Jung et. al (editores), Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung, Baden-Baden 1991, pp. 296 ss.

[80] Cfr. *Bayertz*, Begriff und Problem der Solidarität, en: *idem* (editor), Solidarität. Begriff und Problem, Frankfurt am Main 1998, p. 14.

[81] En detalle, *Jakobs*, Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y tolerancia, trad. Feijoo Sánchez, en: *idem*, Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal, trad. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez, Bogotá 2004, pp. 97 ss.

[82] *Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, Berlin 1999, pp. 76 ss.; *idem*, Delito de infracción de deber y participación delictiva, Madrid 2002, pp. 93 ss.

obstante existen determinados sectores sociales donde no tiene la fuerza normativa que asegure las condiciones básicas de una convivencia en libertad, sobre todo en los sectores donde, en función de su propia socialización, se han desarrollado unos deberes positivos que obligan a los actuantes de ese ámbito a ser solidarios entre ellos mismos. No se trata de deberes paralelos o que surgen como una alternativa al deber negativo general, sino más bien es la concreción y redefinición del deber negativo de acuerdo al contexto social de actuación de los participantes de ese sector o subsistema social. Según el contexto social de actuación, el deber negativo admite una diferenciación en virtud de la propia dinámica social que fuerza una redefinición de ese deber. Por lo mismo, la solidaridad mínima antes de su reconocimiento jurídico había regido en determinadas formas comunitarias de relación, como contrapartida a las relaciones eminentemente individuales, siendo más visible sobre todo en las comunidades como la familia, círculo de amistades, asociaciones, etc. De este modo, no existe un divorcio entre los deberes negativos generales y los deberes positivos de solidaridad mínima. Los deberes negativos trazan el contorno del ámbito de organización personal, indican el límite al que se puede llegar en el ejercicio de la libertad personal sin que de la propia organización surjan daños ni lesiones para los demás. Los deberes de solidaridad tienen como punto de partida los deberes negativos y vienen a complementarlo. Porque el comportarse solidariamente con alguien inmerso en una situación de necesidad indica de un modo general que también se le está respetando como persona. Sin embargo, el deber negativo *per se* está vinculado a una organización[83], cual es un elemento que no está presente en el deber mínimo de solidaridad, porque, por ejemplo, el socorrista no organiza la situación de desamparo o peligro (no la crea).

Queda establecido entonces que la solidaridad vincula a las personas dentro de un grupo determinado. Ahora sobre esta base también se puede fundamentar sin dificultad que la solidaridad vincula a las personas que se encuentran bajo un Estado[84]. Sobre todo en los Estados modernos, que se definen como Estados sociales y democráticos, la solidaridad goza de un reconocimiento como institución básica de la sociedad. No sucede lo mismo en los Estados liberales donde, a causa de la mayor cuota de individualismo, el marco que posibilita el desarrollo de deberes de solidaridad es mucho más restringido. En el caso peruano, el Estado se define por la Constitución Política, en el art. 3°, como un «Estado democrático de derecho», que tiene como fin supremo «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad» (art. 1°), y garantiza como uno de los derechos sociales la «educación ... [que] prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad» (art. 14).

Retomemos ahora el caso del cartero. Lo que se castiga en sí es su actitud de indiferencia manifestada en la no prestación de auxilio, con independencia de los resultados producidos. Los resultados sólo se tomarían en consideración como parte de una valoración sobre su responsabilidad penal si formaran parte de un deber de evitación perteneciente a su rol estereotipado. Pero el cartero −al igual que todos los carteros− no tiene el deber de evitar semejantes resultados, no al menos en ejercicio de su rol estereotipado de cartero, porque el deber de evitación recae sobre algo que se organiza,

---

[83] Cfr. *Jakobs*, Zur Genese von Rechtsverbindlichkeit, en: *Höver* (editor), Verbindlichkeit unter den Bedingungen der Pluralität, Hamburg 1999, pp. 33 ss.

[84] Cfr. *Perdomo Torres*, Dos cuestiones actuales en la dogmática del delito de omisión: sobre la supuesta accesoriedad y sobre solidaridad, en: *Montealegre Lynett* (coordinador), El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje a Günther Jakobs, Tomo I, Bogotá 2003, p. 269.

mientras que la organización del cartero es completamente inocua o neutral. La única organización a la que se le podría imputar una competencia sobre el resultado pertenece a la persona que colocó el dispositivo mortal dentro de la carta. El cartero al obrar en el marco de su rol no tiene porqué asumir una competencia de organización ajena. Al entregar la carta no infringe el deber negativo «no matar», por tanto no es partícipe en el delito de homicidio del art. 106 CP. Pero sí es posible imputarle el delito de omisión de socorro u omisión de dar aviso a la autoridad, del art. 127 CP. La fundamentación es sencilla: si bien en su condición de cartero no organiza la situación de peligro, que lo exime de una competencia por organización, ese hecho no le faculta ser insolidario ante una situación de desamparo de la víctima. Pero este juicio de imputación recae sobre él no en su rol de cartero, sino en su rol de ciudadano, con el deber que vincula a toda persona a obrar conforme al principio de solidaridad social garantizado por la Constitución. No obstante, es imprescindible que al cartero debe constarle que la esfera ajena está sujeta a un peligro manifiesto.

Con esto se consolida la fundamentación que la infracción del deber de solidaridad mínima no se vincula a la producción de un resultado, pues, no existe un deber de garante de evitación de un resultado lesivo. Por esta razón el deber no se dirige a determinadas personas, consideradas sujetos especiales[85]. Al no requerir en el autor una cualificación especial (posición de garantía en relación con el interés desprotegido), el mandato se dirige a todo actor social que ostenta el rol de persona, con el deber de socorrer o dar aviso a la autoridad de la realización de un injusto penal sobre una esfera de derechos ajena inmersa en una situación peligro grave.

Dos nuevos supuestos: a) dentro de una tienda de abarrotes una pareja de esposos inicia una discusión. En el contexto del pleito, la esposa le pide al vendedor que le venda un cuchillo. Éste le vende el cuchillo, con el que la esposa allí mismo corta la cara a su marido. ¿Complicidad del vendedor en el delito de lesiones? b) En la misma tienda, ahora entra el asesor tributario de una empresa famosa quien, apoyado en el mostrador, rellena un formularaio de declaración de impuestos. Justo antes completar los últimos datos y poner su firma se le acaba la tinta, por lo que le pide al vendedor que le venda un bolígrafo para perpetrar su hecho delictivo. Mientras el vendedor saca el bolígrafo, el asesor le comenta que necesita el bolígrafo para concluir su delito. Al vendedor le da lo mismo, es más, éste le expresa su felicitación y enhorabuena al asesor tributario porque él mismo es un evasor de impuestos que está cansado de tributar sin ver hasta ahora obras del Estado en beneficio de la comunidad. Nuevamente la pregunta ¿complicidad del vendedor en el delito de defraudación tributaria?

En ambos casos, el vendedor hace lo mismo: en un supuesto vende un cuchillo y en el otro un bolígrafo. Si ambos casos presentan la misma estructura, entonces es lógico que también tengan la misma solución. Estamos ante infracciones de deberes de solidaridad mínima, esta es la única responsabilidad penal que podría recaer sobre el vendedor. Su aportación pertenece a su rol inocuo, se enmarca dentro del riesgo permitido, no se adapta al colectivo típico llevado a cabo por los autores de los delitos de lesiones y defraudación tributaria. Por tanto, existe una prohibición de regreso por tratarse la venta de una aportación a un rol estereotipado dentro de un contexto de peligro concreto para terceras

[85] Cfr. *Silva* Sánchez, Estudios sobre los delitos de omisión, Grijley, Lima 2004, pp. 298 ss.

personas. En el primer supuesto se lesiona la integridad corporal, en el segundo el sistema tributario. Fuera de esta diferenciación fenomenológica, es decir, en uno corre sangre y en el otro tinta, ambos casos son idénticos normativamente. Se trata de infracciones de solidaridad mínima porque el vendedor se comporta insolidariamente, con una indiferencia manifiesta. Si hay algo que haría ver las cosas de un modo diferente, sólo puede ser que en uno fluye sangre y en el otro no. Si esto es así, entonces el fantasma naturalista no dejaría de estar presente detrás de las elaboraciones dogmáticas; no en vano tendría a su favor el anquilosamiento del naturalismo dentro de la teoría del delito con poco más de un siglo de duración. Por esto, de acuerdo con *Cancio Meliá*, se debe resaltar que sería «aconsejable para la teoría jurídico-penal desligarse hasta cierto punto de la sangre (esto es, de los delitos de lesión tradicionales) para poder ver el conjunto del sistema del Derecho penal con ojos más despiertos»[86].

Otra cosa es que el actuante utilice su posición para manipular el rol estereotipado que desempaña. Si esto sucede así, entonces la conducta ya se desembarcaría del rol estereotipado para fundamentar una responsabilidad a título de participación en el delito organizado por un tercero. Esto ocurre, p. ej., si el vendedor, sin que nadie se lo pida, entrega el cuchillo a una de las dos personas involucradas en la riña dentro de su tienda. La entrega del objeto en este contexto tiene el significado de violación del deber negativo general por intervenir en el hecho favoreciendo una situación de peligro. El deber violado ya no es el de la solidaridad mínima, sino el deber negativo de no organizar la propia esfera de competencia para dañar a los demás (*neminem laede*). Aproximándose de alguna manera a la estructura de la injerencia, el vendedor se injiere en la situación de conflicto, organiza un acto de favorecimiento relevante traducido en un incremento de peligro para los bienes en peligro que lo convierte en garante, con el deber de evitación del resultado. La infracción de este deber hace que su conducta se adapte al colectivo típico de homicidio, o sea, aquí ya estamos ante un supuesto de participación en un homicidio y no ante una autoría del delito de omisión de socorro.

Si esta solución no convence porque, desde el punto de la vista de la sanción, el delito de omisión de socorro se castiga con menos pena que el delito de homicidio, entonces la objeción afecta únicamente a la quantum de la pena, mas no así a los fundamentos de la solución.

IV. Resumen

1. Las conductas neutrales no tienen por qué ser estudiadas como un tema específico de la participación delictiva, ni tampoco como una determinada forma de comportamiento de acción u omisión, menos como un problema de imputación subjetiva que atañe a la diferenciación de los grados de conocimientos del interviniente, sino, más bien, como un problema de la imputación objetiva del comportamiento.

2. El tratamiento correcto de las conductas neutrales corresponde más bien a la imputación objetiva porque este instituto dogmático se encarga de establecer las condiciones generales que debe reunir una conducta para ser declarada típicamente relevante o parte del riesgo permitido. Como esas condiciones están más expuestas a los permanentes cambios que en

[86] ¿Crisis del lado subjetivo del hecho? (nota 16), p. 67.

la dinámica social sufren los roles, la teoría de la imputación objetiva constituye el instrumento dogmático adecuado para explicar en qué contexto el ejercicio de una actividad cotidiana es neutra penalmente o, por el contrario, alcanza el nivel de una participación punible. De esta manera la imputación objetiva viene a ser el puente que une Derecho penal y sociedad.

3. Una conducta es neutral cuando expresa el cumplimiento de los deberes que forman parte de un rol social. Si otra persona, con una finalidad delictiva, utiliza una aportación que proviene del normal ejercicio de un rol, el titular de ese rol no está obligado a informarse sobre los desenlaces posteriores de su prestación, ni tampoco a evitarlo; no es *garante* de lo que el autor haga con su aportación. Lo que el autor lleve a cabo con la aportación adecuada a un rol no es asunto del titular del rol: «no todo es asunto de todos». La solución de los casos de la jurisprudencia mencionados al comienzo es la siguiente: ninguno de los acusados realiza una participación punible: ni el repartidor de vino al burdel, ni el empleado de la empresa repartidora de carne, ni el abogado, ni el taxista.

4. Solamente de un modo subsidiario puede surgir una responsabilidad penal para quien obra neutralmente, pero no en virtud de la organización de su rol especial, sino en el rol general de persona. Esto sucede cuando la aportación neutral favorece al mismo tiempo de un modo fáctivo una situación de peligro para un tercero o la generalidad. Pero esta infracción no se refiere ni forma parte del mismo colectivo típico que lleva a cabo el autor de la situación de peligro, sino de un nuevo colectivo, personal: el de la infracción de un deber de solidaridad mínima que tiene su máxima expresión en el delito de omisión de socorro u omisión de dar aviso a la autoridad (art. 127 CP).

5. Por tanto, las conductas neutrales forman parte del riesgo permitido, ocupan una *zona libre* de responsabilidad jurídico-penal: no alcanzan el nivel de una participación punible previsto en los arts. 24 y 25 del Código penal.