

La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana

Felipe A. Villavicencio Terreros*

SUMARIO: I. Introducción.— II. Riesgo permitido.— III. Principio de confianza.— IV. Prohibición de regreso.— V. Imputación objetiva en la participación.— VI. Imputación objetiva en la complicidad.— VII. Imputación a la víctima.— VIII. Relación de riesgo.— IX. Nexos causales desviados.— X. Interrupción del nexo causal.— XI. Resultados que se van a producir a largo plazo.— XII. Fin de protección de la norma penal.— XIII. Imputación del resultado en el ámbito de responsabilidad por el producto.— XIV. Cumplimiento de deberes de función o de profesión.— XV. Consentimiento.

1. Introducción

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.¹

En principio, la idea que la conducta humana causa un resultado y que 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

* Profesor principal de derecho penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú) y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (UBA).

¹ Vid. VILLAVICENCIO T., Felipe: *Derecho penal, Parte general*, GRIJLEY, segunda reimpresión, Lima, 2007, pp. 291 y ss.

y el resultado típico, confirmando con ello que una es la concreción de la otra,² es decir, que exista una relación suficiente entre ellas.³ Solo en pocas infracciones se plantea esta problemática, principalmente en homicidios, lesiones, incendios. Por ello, no debe sobrevalorarse el papel de la causalidad. Así, constatada la relación de causalidad entre la acción y el resultado típico, el segundo paso, consistirá en la imputación del resultado a dicha acción. Como vemos, el primer paso consiste en una comprobación, donde se verificará, desde un punto de vista natural, la relación de causalidad; el segundo paso será la comprobación de un vínculo jurídico entre la acción y el resultado.⁴ Este segundo aspecto no es más que «el juicio normativo de la imputación objetiva»,⁵ en relación con los delitos de resultado.

Con anterioridad, la causalidad era planteada como una problemática fuera del ámbito de la teoría del tipo. Los autores peruanos sistemáticamente ubicaron a la causalidad como elemento de la acción,⁶ pero en la actualidad, es dominante la identificación de la relación de causalidad como presupuesto del tipo objetivo.⁷ «Para llegar a este punto ha sido preciso asumir que la conducta humana es valorada en los tipos penales en su totalidad, lo que significa que la capacidad causal de los actos del hombre ha sido también considerada, y por ello no es típica cualquier «causación» de un resultado, sino solo las «causaciones» que forman parte «inescindible» de un comportamiento injusto».⁸

² BACIGALUPO: *Principios de derecho penal, parte general*, 5ª edición Akal, Madrid 1998, p. 172. Cfr. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN: *Derecho penal, parte general*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 242.

³ JESCHECK/WEIGEND: *Tratado de de derecho penal, parte general*, 5ª edición, Comares, Granada, p. 297.

⁴ 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.

⁵ DE LA CUESTA AGUADO, 1996, pp. 108–109.

⁶ BRAMONT ARIAS: *Derecho penal, parte general*, 3ª edición, Tomo I, Editorial Vilok, Lima, 1978, p. 329; HURTADO POZO: *Manual de derecho penal, Parte general 2ª edición*, Lima, 1987, pp. 341 y ss.

⁷ HURTADO POZO: *Manual de derecho penal, Parte general 3ª edición*, Lima, 2005, pp. 420 y ss.; PEÑA CABRERA: *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3ª edición, Grijley, Lima, 1997, pp. 302 y ss.; VILLA STEIN: *Derecho penal. Parte general*. Editorial San Marcos, Lima, 1998, pp. 218 y ss.; BRAMONT–ARIAS TORRES, L. M.: *Manual de derecho penal. Parte general*. Editorial Santa Rosa, Lima, 2000, p. 133; BRAMONT ARIAS, L. A.: *Código penal anotado*, 4ª edición, Lima, 2001, p. 34.

⁸ QUINTERO OLIVARES: *Manual de derecho penal. Parte general*. 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 319.

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 solo permiten comprobar la existencia del nexo causal cuando la investigación científica ha logrado descubrir la ley causal correspondiente. En el supuesto inverso no podrá constatarse la relación causal. Se considera relevante a efectos penales la comprobación del nexo causal, desde el punto de vista de las ciencias naturales. Así, esta teoría tiene la peculiaridad de no permitir la determinación de un nexo causal no conocido.⁹ Si bien, podemos rescatar de esta teoría la ventaja de no dejar vacíos «ni lagunas jurídicas al igualar causa a condición»,¹⁰ 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).

En la actualidad, la teoría de la imputación objetiva va aproximándose a ser una teoría general de la conducta típica, es decir, en el que la atribución del resultado ya no es la cuestión dominante sino que la imputación objetiva debe extenderse fuera del ámbito de la imputación de resultado. Así, por este camino se plantea una equiparación entre imputación objetiva a toda la imputación del aspecto objetivo del tipo.¹¹ Además, se considera

⁹ STRATENWERTH: *Derecho penal. Parte General*, 4ª edición, Hammurabi, Bs.As. 2005, p. 148, num. 18.

¹⁰ De la Cuesta Aguado, 1996, p. 111.

¹¹ CANCIO MELIÁ: *Conducta de la víctima e imputación objetiva*. Bosch, Barcelona, 2001 p. 64. Véase, FRISCH: *Tipo penal e imputación objetiva*; Colex, Madrid 1995; JAKOBS,

que la imputación objetiva es una exigencia producto del principio de culpabilidad.¹²

La imputación objetiva (Haftung)¹³ no es una simple teoría de la causalidad o un correctivo de la misma, sino que es una exigencia general de la realización típica.¹⁴ En este sentido, la causalidad entre una acción y su resultado solo puede constituir una parte del elemento «imputación objetiva». La causalidad va implícita en ese juicio de imputación. Un primer límite mínimo para la realización típica es la causalidad natural. Luego, seguirá la realización de los restantes presupuestos de la imputación objetiva.¹⁵ 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.¹⁶

Es bastante aceptado que luego de verificada la causalidad natural, la imputación requiere comprobar, primero, si la acción ha creado un

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*, p. 9. Disponible (en línea): <http://crimenet.org.es/recpc/recpc05-05.pdf>

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).

¹² 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 (en línea) <http://crimenet.org.es/recpc/recpc05-05.pdf>, p. 11.

¹³ 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.

¹⁴ MIR PUIG: *Derecho penal. Parte general* 7ª edición, Montevideo-Buenos Aires, 2004, p. 254.

¹⁵ ROXIN. *Op. cit.*, p. 346.

¹⁶ Sentencia de la primera sala penal para procesos con reos en cárcel del 24 de noviembre del 2004, Exp. 306-2004, fundamento vigésimo quinto.

peligro jurídicamente desaprobado¹⁷ y, segundo, si el resultado es producto del mismo peligro. Estos dos criterios son la base para la determinación de la imputación objetiva.¹⁸ A partir de estos dos principios es posible diferenciar entre imputación objetiva de la conducta e imputación objetiva del resultado.

2. Riesgo permitido

El peligro creado por el sujeto activo debe ser un riesgo típicamente relevante y no debe estar comprendido dentro del ámbito del riesgo permitido (socialmente adecuado), pues de lo contrario se excluiría la imputación. Existen en la sociedad riesgos que son adecuados a la convivencia y son permitidos socialmente, de tal manera que no todo riesgo es idóneo de la imputación de la conducta. «No toda creación de un riesgo del resultado puede ser objeto de una prohibición del derecho penal, pues ello significaría una limitación intolerable de la libertad de acción».¹⁹ 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.

«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

¹⁷ Jurisprudencia en materia de imprudencia: «El riesgo socialmente aceptado y permitido que implica conducir un vehículo motorizado no desemboca necesariamente en la penalización del conductor cuando produce un resultado no deseado, ya que sería aceptar que el resultado es pura condición objetiva de punibilidad y que basta que se produzca, aunque sea fortuitamente, para que la acción imprudente sea ya punible. Absurdo que se desvanece a nivel doctrinario con la teoría de la imputación objetiva, en el sentido de que solo son imputables objetivamente los resultados que aparecen como realización de un riesgo no permitido implícito en la propia acción» (Exp. 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).

¹⁸ Cfr. ROXIN, 1999, p. 364.

¹⁹ BACIGALUPO, 1998, p. 188.

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».²⁰

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 riesgo permitido en los delitos dolosos; y entonces solo se reconoce como causa de justificación de delitos imprudentes».²¹ 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».²²

El riesgo permitido frecuentemente se encuentra regulado normativamente (ejemplo: tráfico automotor, funcionamiento de industrias, prácticas deportivas, etcétera.), pero no siempre pues existen ámbitos donde se carece de dichas regulaciones (ejemplo: *lex artis* de la actividad médica, construcción, cuidado de niños, etcétera.). Por otro lado, también deben incluirse aquellos casos en los que el elemento preponderante es la «normalidad social» de la conducta que genera el riesgo.²³

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

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

²⁰ JAKOBS, *La imputación objetiva en el derecho penal*. Las tradiciones de una determinada sociedad han jugado un papel importante en relación a la permisibilidad de ciertos riesgos, a tal grado que se han convertido en costumbres. GRIJLEY, Lima 2001, p. 27.

²¹ ROXIN, 1999, p. 371. Vid. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*. Marcial Pons Ediciones, Madrid, 1995, p. 245 y ss.

²² *Ibid.*

²³ CANCIO MELÍA en DÍAZ-ARANDA / CANCIO MELÍA: *La imputación objetiva del resultado a la conducta*, RUBINZAL-CULZONI, Bs.As. 2004, p. 23.

ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado mayor». ²⁴ 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 solo consigue desviarlo a otra parte de su cuerpo. Por lo tanto, hay que excluir la imputación de la conducta, porque sería algo absurdo prohibir acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido. ²⁵ 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. ²⁶

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. ²⁷ «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». ²⁸ 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.

²⁴ BACIGALUPO, 1998, p. 190.

²⁵ Cfr. ROXIN, 1999, pp. 365–366.

²⁶ BACIGALUPO, 1998, p. 191.

²⁷ 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, pp. 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).

²⁸ MIR PUIG: *Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal*, p. 16. Disponible (en línea): <http://crimenet.urg.es/recpc/recpc05–05.pdf>

3. Principio de confianza

Este principio es muy interesante de aplicación en nuestras actuales sociedades, pues supone que cuando el sujeto obra confiando 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 demás también lo hagan y si alguien cruza la calzada en «luz roja» y se produce un accidente con lesiones en las personas, estas no les serán imputables. Se requiere de este principio solo si el sujeto «que confía ha de responder por el curso causal en sí, aunque otro lo conduzca a dañar mediante un comportamiento defectuoso».²⁹ Creemos que este principio de confianza no está solo 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 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.³⁰

²⁹ JAKOBS, 1995, p. 254.

³⁰ 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).

Resulta necesaria una división del trabajo para que «los participantes no tengan que controlar todas las posibilidades de influencia, sino solo determinadas, y estas solo con atención no dividida».³¹ 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.³² Tiene importancia práctica ante los constantes contactos anónimos, donde las consecuencias de nuestras acciones dependen de personas que desconocemos y en actividades o trabajos peligrosos que se basan en un reparto de funciones en beneficio social. «El principio de confianza no solo posibilita contactos anónimos sino que también permite organizar una tarea común sin que esta se vea impedida por el temor a que se responda por hechos defectuosos ajenos».³³

4. Prohibición de regreso

En el derecho penal se ha experimentado una evolución de esta teoría desde su antigua formulación entendida como una «condición previa» para limitar a la causalidad, hasta la actual en el marco de la imputación objetiva.³⁴ 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.³⁵ 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.³⁶ La jurisprudencia peruana viene

³¹ JAKOBS, 1995, p. 255.

³² Ibid.

³³ FEIJOO SÁNCHEZ, 2002, pp. 300–301.

³⁴ 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*, GRILEY, Lima 2003. Vid. ídem: *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten– Regressverbot. Studien zum Strafrecht Band 11*, Nomos/Dike 2007.

³⁵ JAKOBS 2001, p. 30.

³⁶ ZAFFARONI/ALIAGA/SLOKAR 2005, p. 397: vid. La distinción entre roles banales y no banales.

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 solo el chofer asalariado del mismo, estando además los paquetes de hojas de coca camuflados dentro de bultos cerrados; aclarando que el conocimiento exigido no es el del experto sino por el contrario de un conocimiento estandarizado socialmente y dentro de un contexto que no implique un riesgo no permitido o altamente criminógeno.³⁷

La problemática de los conocimientos especiales (entrenamiento, formación especiales) que pueda tener el sujeto, creemos que no han de tomarse en cuenta.³⁸ 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.³⁹

5. Imputación objetiva en la participación

Desde una particular concepción de la accesoriedad, Jakobs señala que «quien participa en la fase previa no responde jurídico-penalmente por

³⁷ Ejecutoria suprema del 25 de noviembre del 2004, R. N. 552-2004 Puno, considerando tercero.

³⁸ Cfr. JAKOBS 2001, p.64

³⁹ Cfr. CARO JOHN, «Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales». En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 5 Lima 2004, p. 105

coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es el suyo propio». ⁴⁰ Así, no existe participación cuando una conducta pasa a ser lesiva exclusivamente por la transformación que un sujeto hace de sus consecuencias. ⁴¹ 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». ⁴² 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 solo 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. ⁴³

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 este, 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

⁴⁰ JAKOBS, *Loc. cit.*, p. 73.

⁴¹ «La responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión decae cuando una acción llega a ser causal de un resultado típico solo porque un tercero desvía, sin relación con el agente las consecuencias de la acción hacia el daño» (JAKOBS, 1995, p. 259)

⁴² JAKOBS, 2001, p. 85.

⁴³ 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 solo dentro del plan delictivo. Si no conoce la intención del autor, pero se plantea como posible la comisión del delito, responderá por dolo eventual solo si, además, se dan suficientes elementos objetivos como para desvirtuar el principio de confianza» (LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, p. 270).

la que el autor del delito establece tomando dicho comportamiento como razón del hecho delictivo.⁴⁴

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».⁴⁵ 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 este piensa incorporarlo en su plan de ejecución para matarlos, sí responde como partícipe, pues tiene deber de protección. 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 este último que es inocua y cotidiana, y que solo 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

⁴⁴ JAKOBS, 2001, p. 77.

⁴⁵ *Ídem*, p. 78.

mismas, no pueden considerarse como actos idóneos de facilitación o apoyo para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito.⁴⁶

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 este 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.⁴⁷ 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.

6. Imputación objetiva en la complicidad

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.⁴⁸ «Lo correcto es acogerse al requisito de la causalidad de la complicidad [...] es suficiente para la causalidad de la complicidad que esta 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 solo como una forma mediata del favorecimiento causal del hecho principal».⁴⁹ Creemos que además de la

⁴⁶ Ejecutoria suprema de la Sala Penal del 16 de setiembre del 2004, R. N. 2270–2004–La Libertad.

⁴⁷ *Ídem.*, p. 82.

⁴⁸ LÓPEZ PEREGRÍN, 1997, pp. 277–278.

⁴⁹ 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

causalidad deben regir las reglas de la imputación objetiva de tal manera que deberá verificarse si es posible imputar objetivamente al cómplice las conductas causadas.⁵⁰ 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».⁵¹

En el caso específico 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 recomendable es que se excluya la penalidad por complicidad.⁵² 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

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 embarazo. *Intensificada* el resultado principal, por otro lado, quien aporta un arma o un veneno susceptible de provocar un daño mayor que aquellos que poseía el autor, siempre que este los utilice en la comisión del delito. Por su parte, *asegura* el resultado principal aquél que aporta información sobre los horarios o costumbres de la víctima, si esta 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).

⁵⁰ 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 solo 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).

⁵¹ 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.

⁵² RANSIEK, «Colaboración neutral en organizaciones formales». En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* N° 4, 2003, p. 335. Vid. ROBLES PLANAS; Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 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*, N° 7, GRJLEY, Lima 2006, p. 37.

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».⁵³ 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.⁵⁴

Caso de la Arrendadora:

En autos no se encuentra acreditado que la encausada absuelta hubiera incurrido en el ilícito penal de tráfico 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.⁵⁵

⁵³ LÓPEZ PEREGRIN, 1997, p. 273. Vid. el análisis crítico de las soluciones que plantean Roxin y Jakobs. En: LÓPEZ PEREGRIN, 1997, pp. 258–270.

⁵⁴ Ejecutoria suprema del 7 de marzo del 2001, R. N. 4166–99. En: CARO JOHN, 2003, p. 92.

⁵⁵ Ejecutoria suprema del 24 de noviembre del 2004, R. N. 608–2004 Ucayali, considerando primero

7. Imputación a la víctima

Si es la misma víctima quien con su comportamiento contribuye de manera decisiva a la realización del riesgo no permitido, pensamos que existirá imputación al ámbito de su competencia.⁵⁶ 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.⁵⁷

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

⁵⁶ Cfr. JAKOBS 2001, p. 32. CANCIO MELIA 2001, pp. 284 y ss.

⁵⁷ 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 este 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*, Op. cit., p. 95.

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,⁵⁸ 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.⁵⁹

Los criterios normativos señalados por la teoría de la imputación objetiva no solo 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 solo podrá relacionarse el resultado con la conducta cuando esta 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.⁶⁰

8. Relación de riesgo

Presupuesto de la imputación objetiva del resultado es la imputación de la conducta pues no es suficiente una simple sucesión de estos dos criterios sino que además es necesaria una relación objetiva entre ellos.⁶¹ Así, el resultado causado debe verse como realización del riesgo inherente a la conducta. Además de la relación de causalidad, se requiere una relación

⁵⁸ Calentador digital de agua.

⁵⁹ 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 (crítica 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).

⁶⁰ CANCIO MELÍA. En: Díaz-Aranda / Cancio Melía, 2004, pp. 32-33.

⁶¹ GARCÍA CAVERO. *Derecho penal económico. Parte general*, Ara, Lima 2003, p. 447.

de riesgo entre la conducta y el resultado.⁶² Es posible negar la imputación objetiva en supuestos en que a pesar que el resultado ha sido causado por una conducta que creó un riesgo prohibido, sin embargo el resultado final es producto de otro riesgo ajeno al sujeto (riesgos concurrentes) como por ejemplo cuando el que dispara a matar a otro, solo lo lesiona, y luego muere producto de un incendio ocurrido posteriormente en el hospital.⁶³

9. Nexos causales desviados

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.⁶⁴

10. Interrupción del nexo causal

Resulta relevante a efectos de la imputación objetiva, las modificaciones de la causalidad natural siempre y cuando esta genere un aumento o anticipo en el tiempo el resultado, mediante la intensificación del peligro.⁶⁵ 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 este, 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

⁶² MIR PUIG, 2004, p. 257.

⁶³ Se excluye la imputación si falta la realización del peligro. El peligro debe darse en el resultado. Si ocurre que el resultado se genera no por la producción del peligro sino por un mero nexo de causalidad, no habrá imputación (Cfr. ROXIN, 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).

⁶⁴ BACIGALUPO, 1998, p. 197.

⁶⁵ ROXIN, p. 369.

mucho que este entrañara un riesgo suficiente de causar la muerte de otro modo.⁶⁶

11. Resultados que se van a producir a largo plazo

Diferentes supuestos ilustran la problemática de los resultados producidos a largo plazo.⁶⁷ 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 aquel 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 solo la enfermedad si no el posterior resultado muerte hacia el que la víctima evoluciona).

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 solo fundamentables con una explicación inequívocamente versarista que responsabilice al primer agente de cualquier consecuencia vinculada causalmente a su conducta.⁶⁸ En el caso de los resultados tardíos, que presentan una complejidad mayor, se afirma la imputación del primer acto (por tentativa o por imprudencia),⁶⁹

⁶⁶ MIR PUIG, 2004, pp. 257–258.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ GÓMEZ RIVERO, 1998, p. 46. Cfr. BACIGALUPO, 1998, p. 197.

⁶⁹ 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.

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 esta 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.⁷⁰ Sin embargo, el transcurso del tiempo puede hacer impráctica esta solución (cosa juzgada, prescripción, etcétera.).⁷¹

12. Fin de protección de la norma penal

El resultado debe estar comprendido dentro del fin de protección de la norma penal donde se va a prever las conductas delictivas.⁷² 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». ⁷³ 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 este 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 este (ejemplo: quien se pasa una luz roja y a dos cuadras de distancia atropella

⁷⁰ JAKOBS, 1995, p. 277, num. 81.

⁷¹ «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*).

⁷² Cfr. Muñoz Conde/García Arán, 1996, p. 246.

⁷³ GÓMEZ BENÍTEZ, 1987, p. 190.

a otro causándole lesiones, en el momento en que ya conducía conforme al reglamento de tránsito).⁷⁴

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

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,⁷⁵ 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 observó la aparición de unos cuarenta casos de edemas pulmonares —problema de causalidad múltiple—), 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 ambulantes que provocó 330 muertes y quince mil afectados, a pesar que no pudo reproducirse experimentalmente ni conocerse el concreto mecanismo causal que originó las muertes.⁷⁶ En los dos últimos casos solo existió una coincidencia temporal (en el caso

⁷⁴ BACIGALUPO, 1998, pp. 195 y 196.

⁷⁵ 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.

⁷⁶ 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 de agosto de 2007).

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».⁷⁷

14. Cumplimiento de deberes de función o de profesión

En el derecho penal peruano es mayoritaria la opinión que esta es una causa de justificación.⁷⁸ 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

⁷⁷ 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 dogmática penal alemana en *Ensayos penales*, Tecnos, Madrid 1999, p. 330–335.

⁷⁸ 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 Artículo 20º inciso 11 del código penal en *JUS Legislación N° 7*, 2007, p. 284; CARO CORIA, D.C.: Comentarios sobre el decreto Legislativo N° 982 que reforma el código penal en *JUS Legislación N° 7*, 2007, p. 275. En este sentido, la jurisprudencia: «Se colige de autos que la conducta del sentenciado se encuentra amparada en la justificante del cumplimiento de un deber, toda vez que al tener la condición de funcionario público que en la fecha de los hechos se encontraba de servicio dando cumplimiento a un operativo de captura de elementos integrantes de agrupaciones delictivas, tenía el deber de prestar seguridad a su superior jerárquico por encontrarse en una estrecha relación de subordinación, estando autorizado a repeler de modo legítimo cualquier tipo de agresión o ataque que pudiera sufrir su superior; desapareciendo así la antijuridicidad de la conducta, siendo del caso absolverlo de los cargos de lesiones graves». Exp. 2683–97 Lima. Ejecutoria Suprema del 21 de mayo de 1998. En *Rojas Vargas I*, 1999, p. 139.

un permiso, sino que cometería delito si no actuara».⁷⁹ En estos casos se presentaría una grave contradicción: no actuar sería tan típico como actuar. Consideramos que el resultado que genera una conducta amparada por el cumplimiento de deberes (art. 20 inc. 8 Código Penal peruano) no se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma.⁸⁰ Así, la jurisprudencia penal peruana ha señalado que:

El acto médico constituye —como afirma un sector de la doctrina penalista nacional— una causal genérica de atipicidad: la sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considerada típica, en la medida que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso —justificación— sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo la sanción al médico que lo incumple.⁸¹

Estos supuestos de obligaciones específicas de actuar, conforme a su función o profesión, incluyen la actividad de médicos, funcionarios, etcétera, 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, etcétera, de las autoridades. Sin embargo, sucede esto muchas veces cuando, por medio de conceptos jurídicos indeterminados y de cláusulas que dejan amplio espacio a la discrecionalidad, se deja al arbitrio de la autoridad la decisión para valorar los presupuestos objetivos o los límites jurídicos de su actuación».⁸² Recientemente, el Decreto Legislativo N° 982 ha introducido al art. 20° del Código Penal peruano un nuevo inciso (N° 11) que corresponde al

⁷⁹ BUSTOS: Manual de derecho penal español. Parte general. Ariel, Barcelona, 1984, p. 257.

⁸⁰ 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.

⁸¹ *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).

⁸² Muñoz Conde/García Arán, 2002, p. 344.

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 C.P. peruano⁸³ y además, consideramos errada la sumilla asignada al art. 20º del C.P. por el Decreto Legislativo 982 (de 21 julio 2007) que califica a esta causal dentro de los supuestos de inimputabilidad.

15. Consentimiento

El consentimiento (artículo 20 numeral 10 del código penal de 1991) es una causa de exención de responsabilidad penal.⁸⁴ 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.⁸⁵ «Esta 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».⁸⁶ 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

⁸³ Cfr. CARO JOHN, J.A.: «Comentarios al Artículo 20º inciso 11 del código penal» en *JUS Legislación N° 7*, 2007, p. 284–286.

⁸⁴ En la ciencia penal extranjera se considera al consentimiento como un producto del derecho consuetudinario (BACIGALUPO, 1987, p. 237).

⁸⁵ 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 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» (*Ídem*, p. 67).

⁸⁶ *Ídem*, p. 68.

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 solo cuando la libertad del individuo para disponer sus propios bienes jurídicos resulte preponderante.⁸⁷ La doctrina mayoritaria ha identificado en el consentimiento una doble eficacia:⁸⁸ 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».⁸⁹ 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,⁹⁰ 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.⁹¹ Para estos supuestos basta solo la capacidad natural para consentir.⁹² Ejemplo: la violación de domicilio (artículo 159, Código Penal: «el que permanece allí rehusando la intimación que le haga quien tenga derecho a formularla»).

Existe otra tendencia que entiende al consentimiento solo 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

⁸⁷ *Ídem*, p. 70.

⁸⁸ 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 Ceerds. 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).

⁸⁹ MIR PUIG, 1985, p. 447.

⁹⁰ DE LA GANDARA VALLEJO (1995, p. 75) prefiere optar el término «conformidad».

⁹¹ STRATENWERTH, 1982, p. 127 (num. 362). JESCHECK I, 1981, p. 510.

⁹² Choclán Montalvo en Calderón Cerezo/Choclán Montalvo, 2001, p. 191.

con él, el desvalor de la acción.⁹³ «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 sustrato material».⁹⁴ Creemos que esta es la posición más aceptable.

En cuanto al ámbito de eficacia del consentimiento, este 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».⁹⁵ 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.⁹⁶

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.⁹⁷

⁹³ *Ídem*, p. 192; DE LA GANDARA VALLEJO, 1995, pp. 109 y 247. Cfr. ROXIN, 1999, p. 517; MIR PUIG 2004, p. 506.

⁹⁴ Choclán Montalvo. *Loc. cit.*

⁹⁵ MIR PUIG, 2004, p. 508. 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.

⁹⁶ Exp. 378-98. 31 de marzo de 1998. En: Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 81.

⁹⁷ Exp. 4165-98 Lambayeque. Chiclayo, 30 de noviembre de 1998. En: Serie de Jurisprudencias 3, ob. cit., p. 275.

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.⁹⁸ 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,⁹⁹ los casos de esterilizaciones voluntarias, cirugía transexual o las lesiones en prácticas deportivas (boxeo, etcétera.).

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 dogmática penal que construya límites al poder penal, el mismo que se presenta cada vez más amplificado por las actuales tendencias sobrecriminalizadoras.

⁹⁸ 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*. Lima: 1ª reimpresión de la 3ª edición, GRIJLEY, 2002, p. 304.

⁹⁹ Hurtado Pozo (2005, p. 496 num. 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.