

**UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

**E.A.P DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA**

**La Complicidad en los delitos de organización personal  
mediante conductas externamente neutrales:**

una solución desde la prohibición de regreso

TESIS

para optar el título profesional de Abogado

AUTOR

David Emmanuel Rosales Artica

**Lima – Perú**

**2008**

*Dedico este trabajo con profundo agradecimiento a mi familia: David, Haydée y Luis Alberto; quienes durante todos estos años confiaron en mí, comprendiendo mis ideales y el tiempo que no estuve con ellos.*

### ***Agradecimientos***

*Al Prof. Dr. José Urquiza Olaechea*

*Esta tesis no hubiese podido ser realidad sin su generosa y desinteresada ayuda, porque en una muestra de desprendimiento me abrió las puertas no sólo de su magisterio humano y académico, sino también me permitió el acceso a una de las bibliotecas más completas en materia penal de nuestro país.*

*A Nelson Salazar Sánchez*

*Un ejemplo de constancia y disciplina intelectual, de quien en cada momento pude aprender mucho y, a quien le agradezco el haberme permitido apoyarlo durante estos años de perseverante vida académica.*

- ¿Crees tú que un pintor es menos hábil si después de pintar el más hermoso modelo de hombre que pueda verse y de haber dado a cada uno de sus rasgos la mayor perfección, no es capaz de demostrar que pueda existir un hombre semejante?
- No, ¡por Zeus!, no lo creo –contestó.
- ¿Pues qué? ¿No podremos decir nosotros que también estábamos creando, en la conversación, el modelo de la ciudad buena?
- Sí, por cierto.
- ¿Y pierde su valor lo que decimos si no podemos demostrar que sea posible establecer una ciudad como el modelo?
- De ninguna manera –contestó.
- Tal es, pues, la verdad -dije-, pero si quieres que, por complacerte, te muestre cómo y hasta qué punto puede realizarse una ciudad semejante, deberás hacerme algunas concesiones.
- ¿Cuáles?
- ¿Es posible llevar algo a la práctica tal y como se lo describe, o no está en la naturaleza de las cosas que la ejecución se acerque menos a la verdad que la descripción aunque algunos no lo crean? En lo que a ti respecta, ¿estás o no de acuerdo con ello?
- Estoy de acuerdo –dijo.
- Así, pues, no me exijas que demuestre la necesidad de que las cosas sucedan en la práctica exactamente como las expusimos de palabra, pero si llegamos a ser capaces de encontrar cómo puede ser organizada una ciudad de la manera más parecida a la que describimos, confiesa que habremos descubierto que era posible realizar lo que tú pretendías. ¿O no te bastará un resultado semejante? En lo que a mí respecta me dejaría contento.
- A mí también –afirmó.

[Diálogo entre Sócrates y Glaucón en: PLATÓN. *República*. Traducción directa del griego por Antonio Camarero. 24ª edición, 4ª reimposición. Eudeba. Buenos Aires. 2005. Pgs. 374-375 Párrafos 472d-473b]

# ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN .....	1
--------------------	---

## PRIMERA PARTE

### MARCO METODOLÓGICO

#### CAPÍTULO I

##### PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA

I. PLANTEAMIENTO.....	7
II. CONVENIENCIA DE LA INVESTIGACIÓN .....	9
III. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	10
A) Objetivos generales .....	10
B) Objetivos específicos .....	11
IV. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS.....	11
A) Hipótesis principales .....	12
B) Hipótesis secundarias .....	12
V. MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN.....	13

## SEGUNDA PARTE

### FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LA PARTICIPACIÓN

#### CAPÍTULO II

**ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN TEÓRICA SOBRE EL FUNDAMENTO  
DE LA PUNIBILIDAD DE LOS PARTÍCIPES EN LOS DELITOS DE  
ORGANIZACIÓN**

I. PLANTEAMIENTO.....	16
II. PROPUESTAS DOCTRINALES ACERCA DEL FUNDAMENTO DEL INJUSTO DEL PARTÍCIPE .....	19
II.1 Teorías que intentan justificar el injusto de la participación .....	19
II.1.1 Teoría de la participación en la culpabilidad .....	21
II.1.2 Teoría de la corrupción .....	22
II.1.3 Teoría pura de la causación o teoría del propio desvalor de la participación .....	23
II.1.4 Teoría de la participación en el injusto .....	26
II.1.5 Teoría del ataque accesorio al bien jurídico.....	28
II.2 Modernas tendencias .....	30
II.2.1 La solidarización con el injusto ajeno.....	30
II.2.2 Teoría de la participación en el injusto referida al resultado ...	33
III. VALORACIÓN .....	35

**CAPÍTULO III**

**CONCEPCIÓN PERSONAL SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD  
DE LOS PARTÍCIPES EN LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN PERSONAL**

I. PLANTEAMIENTO.....	36
II. BASES FILOSÓFICAS PARA FUNDAMENTAR LA AUTODETER- MINACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD POR EL PROPIO INJUSTO	37

II.1 Generalidades .....	38
II.2 Persona como construcción normativa-social .....	39
II.3 La persona y la libertad individual .....	44
II.3.1 La persona y la libertad desde la filosofía moderna.....	44
II.3.1.1 La filosofía política .....	45
II.3.1.2 El empirismo .....	49
II.3.1.3 La filosofía de la ilustración.....	50
II.3.1.4 La filosofía utilitarista .....	51
II.3.1.5 La filosofía idealista alemana.....	52
II.3.1.5.1 El concepto de libertad en KANT .....	52
II.3.1.5.2 El concepto de libertad en HEGEL .....	55
II.3.2 La libertad individual.....	57
III. FUNDAMENTO JURÍDICO-PENAL DE LA LIBERTAD Y DEL CASTIGO POR LA INTERVENCIÓN EN UN DELITO .....	59
III.1 Introducción.....	59
III.2 Objeto de referencia del principio de responsabilidad por el propio injusto .....	61
III.3 El principio de responsabilidad por el propio injusto.....	63
IV. VALORACIÓN .....	69

## **CAPÍTULO IV**

### **COMPETENCIA POR LA ORGANIZACIÓN Y PARTICIPACIÓN CRIMINAL**

I. PLANTEAMIENTO .....	72
II. COMPETENCIA POR LA ORGANIZACIÓN EN SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE INTERVINIENTES.....	77

III. VALORACIÓN .....	86
-----------------------	----

## **CAPITULO V**

### **LA ACCESORIEDAD Y LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL**

I. INTRODUCCIÓN .....	90
II. LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN COMO DEPENDEN CIA RESPECTO DEL COMPORTAMIENTO TÍPICO DEL AUTOR	92
III. LA ACCESORIEDAD Y LA IMPUTACIÓN DEL HECHO.....	93

## **TERCERA PARTE**

### **LA PROHIBICIÓN DE REGRESO: CRITERIO DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA QUE SURGE CON LAS CONDUCTAS NEUTRALES COMO FORMAS DE COMPLICIDAD DELICTIVA**

## **CAPÍTULO VI**

### **LA PROHIBICIÓN DE REGRESO Y SU VINCULACIÓN CON LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA**

I. PROPUESTAS DOCTRINALES ACERCA DEL FUNDAMENTO Y CONTENIDO DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO.....	98
I.1 Las primeras teorías .....	98
I.2 La tradicional teoría de la prohibición de regreso en la propuesta de FRANK.....	101
I.3 Las nuevas teorías de la prohibición de regreso .....	103
I.3.1 Consideraciones generales .....	103

I.3.1 Los autores de las nuevas teorías de la prohibición de regreso.	105
I.4 La moderna teoría de la prohibición de regreso.....	111
I.4.1 GÜNTHER JAKOBS y la prohibición de regreso como límite de la participación criminal .....	112
II. VALORACIÓN .....	120
III. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO Y SU VINCULACIÓN CON LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA.....	125

## **CAPÍTULO VII**

### **LAS CONDUCTAS EXTERNAMENTE NEUTRALES Y LA COMPLICIDAD DELICTIVA**

I. INTRODUCCIÓN.....	128
II. LAS CONDUCTAS EXTERNAMENTE NEUTRALES .....	132
II.1 Ubicación sistemática en la Teoría del Delito .....	134
III. PROPUESTAS DOCTRINALES ACERCA DE LAS CONDUCTAS EXTERNAMENTE NEUTRALES Y LA COMPLICIDAD DELICTIVA	137
III.1 Límites de carácter subjetivo.....	138
III.2 Límites de carácter objetivo .....	140
IV. LA RELEVANCIA PENAL DE LAS CONDUCTAS NEUTRALES Y LA PARTICIPACIÓN A TÍTULO DE COMPLICIDAD.....	142
IV.1 Propuesta de solución a los casos de complicidad mediante conductas externamente neutrales .....	143
IV.2 Los conocimientos individuales.....	147
IV.3 Solución final .....	154
<b>CONCLUSIONES</b> .....	167



## INTRODUCCIÓN

La sociedad actual, sea cual fuese su nacionalidad, se caracteriza por la existencia de un gran número de contactos intersubjetivos, los mismos que se distinguen por su complejidad y anonimato. Esto significa, hoy en día, que la actuación de las personas en sociedad no puede llevarse a cabo atendiendo a los datos subjetivos de los otros, es decir, nadie puede conducirse en un grupo social sobre la base del conocimiento que se tenga acerca de la vida o la manera de pensar de los otros sujetos. Diariamente, el número de contactos que se establecen con otros es tan amplio, que difícilmente podemos conducir nuestros comportamientos sobre la base de aquellos datos individuales, *v. gr.*, en el tráfico rodado, los conductores solamente pueden esperar que los otros manejen sus vehículos respetando las reglas de tránsito, en tanto, un conocimiento sobre si el otro conductor es un asiduo infractor de dichas normas o un amante de la velocidad extrema, resulta inaccesible. En el mismo sentido, cualquier sujeto conoce la función que el cajero de un banco -quien es una persona desconocida- ha de desempeñar, esto es, el de comportarse de acuerdo con las reglas tanto del banco como de las jurídicas, sin embargo, no cualquiera puede llegar a conocer el lado cognitivo del sujeto que labora como cajero.

Este marco en el que se lleva a cabo la interacción personal, nos obliga a desarrollar un proceso de estandarización en las relaciones sociales, lo cual significa que la intervención de las personas en sociedad ha de realizarse atendiendo a la función que cada uno desempeña en los distintos contextos sociales. Esto significa que, como los datos subjetivos o las capacidades individuales resultan inaccesibles para los demás, las relaciones entre las personas se llevarán a cabo tomando en consideración el rol que desempeñan (taxista, panadero, etc.), su contenido (el taxista transporta a los ciudadanos, el panadero elabora y vende panes, etc.) y el contexto en el cual tienen lugar estos comportamientos. Por lo tanto, lo que el Derecho penal ha de garantizar, son las expectativas de que los otros se comportarán según la función que desempeñen y respetando el Derecho.

De acuerdo con una visión dogmática de tendencia funcionalista -óptica desde la cual se exponen las presentes consideraciones- cuando se trata de los sujetos no se los toma como individuos cognitivamente constituidos, sino como miembros de la sociedad que se

constituyen comunicativa y objetivamente: *Personas*. Ello implica que los sujetos no pueden ser definidos atendiendo a sus cualidades subjetivas, es decir no se puede hablar de sujetos en cuanto sujetos, tomados en su esencia fenomenológica u ontológica, sino de sujetos en cuanto personas que desempeñan funciones sociales.

A partir del reconocimiento racional del otro como igual y del reconocimiento de una norma recíproca entre ellos, es que se configura normativamente la sociedad, como mundo objetivo dentro del cual se desarrollan diversos procesos de comunicación interpersonal. De manera tal que, siguiendo a lo postulado por la teoría de los sistemas, la sociedad se caracteriza por ser un sistema social *autopoiético cerrado*: en el que sus elementos interactúan circularmente, de manera que se genera -al interior del sistema- estabilidad e identidad. Por esta razón, se puede afirmar que la sociedad existe, no en la agrupación de unos individuos y sus eventos empíricos, sino cuando actúan en sociedad de forma coordinada, y esto acontece cuando pueden comunicar algo con un sentido determinado. Por consiguiente, sociedad y persona, son conceptos construidos de manera independiente a la naturaleza de las cosas.

En este entramado de valoraciones, el Derecho se erige como un subsistema del sistema social, y tiene la misión de garantizar la identidad normativa de la sociedad, en cuanto aquello es lo que la ha constituido. Así, en este marco de procesos de interacción anónimos entre personas (en las que éstas dependen en gran medida las unas de las otras, y ninguna actividad que ellas desarrollen es tan completamente privada como para que no se encuentren en constante conexión o de ser el caso para no obstaculizar en ningún sentido la vida de los demás), el Derecho va a buscar garantizar que las personas no se sobrepasen de sus campos de libertad en desmedro de las esferas de organización de los otros. El fundamento sobre el cual se erige dicha idea, radica en el reconocimiento del deber general negativo de no lesionar a los otros o, deber jurídico conocido como *neminem laede*.

Ahora bien, esta aparente claridad en la administración de los contactos sociales se torna difusa en aquellos supuestos en los que una persona realiza una conducta, la misma que socialmente es adecuada; y que posteriormente se ve transformada por un tercero en una conducta delictiva. Por ejemplo, a nadie se le puede ocurrir que un vendedor de cuchillos haya de responder penalmente si un sujeto responsable comete un asesinato con uno de los cuchillos que adquirió del vendedor días atrás. Pero, qué sucede si el vendedor *pudo conocer o conoció*, de cualquier manera, que el comprador iba a emplear el

instrumento para asesinar. En este último supuesto radica lo que se ha denominado por parte de la doctrina como complicidad a través de conductas neutrales, pero que prefiero denominar *complicidad en el delito a través de conductas externamente neutrales*; en tanto en estos supuestos tiene lugar una conducta que en sí (en su configuración externa) no es delictiva, pero que termina *conscientemente* favoreciendo un delito mediante prestaciones socialmente adecuadas o que se realizan conforme al desempeño de actividades normales de la vida cotidiana (de ahí lo de normalidad en el plano fenomenológico).

Debo precisar que en la presente tesis, he considerado conveniente -como lo muestra el título del mismo- centrarnos en los problemas de *complicidad* dejando de lado la importancia que puede presentar el problema en las otras formas de intervención en el delito.

Asímismo, pretendo demostrar que las soluciones que se han ido elaborando en aras de dar una respuesta satisfactoria al problema de las conductas neutras, cotidianas o habituales, muchas veces han partido de casos particulares que se presentan en la realidad, y a partir de ello han intentado arribar a soluciones generales. En este trabajo, el método que se propone es inverso. Para nosotros, arribar a la que creemos la solución adecuada, implicará elaborar una fundamentación idónea para la intervención o participación en el delito (esto es, los supuestos de complicidad), lo que significa, inicialmente, que hay dejar en claro cuál es la razón por la cual debe responder jurídico-penalmente todo partícipe, y a partir de ella abordar el tópico de la neutralidad de las conductas. En este sentido, tendrá mucha importancia el análisis que sobre el sinalagma: *autodeterminación / responsabilidad por las consecuencias del actuar*, se desarrolle. De tal forma, el cómplice, responderá no porque participe en el injusto de otro (el autor), sino porque el hecho típico también le pertenece y por ende se le imputa.

Nuestra intención principalmente es poder limitar el ámbito de responsabilidad jurídico-penal (en particular de la complicidad delictiva), haciendo que el Derecho penal evite fomentar una excesiva responsabilidad *hacia atrás*, y de esta manera no llegar a las soluciones poco satisfactorias a las que arribaron las teorías causalistas (como la de equivalencia de condiciones), mediante las cuales la responsabilidad penal por un hecho podía llegar a sancionar incluso a Adán y Eva. Para desarrollar una acertada respuesta que eluda una desmedida responsabilidad jurídico-penal, se ha recurrido frecuentemente - aunque con muy pocos aciertos en su fundamentación y en la formulación de criterios

generales para su aplicación- al criterio de la *Prohibición de Regreso*. También aquí, empleando este instituto propio de la dogmática penal, trataré de dar respuesta a la inquietud que existe cuando se indaga acerca de: ¿cuáles son los criterios para evitar que la punibilidad “retroceda” sin límites desde el autor hasta otros sujetos que hayan tenido alguna relación causal con el hecho típico?

Debo aclarar que se trata de abordar un problema cuyo campo de discusión está, desde nuestro punto de vista, en el tipo objetivo por dos razones. En primer lugar, porque ello se encuentra en consonancia con la propuesta por una reformulación normativa del tipo penal; y en segundo término, debido a que la relevancia penal de las conductas neutrales para la participación criminal no es un problema exclusivo de los delitos de resultado, sino de todos los tipos penales.

Para emprender la presente tesis se parte de una estructura que se apoya sobre los siguientes cimientos. En primer lugar se presenta el marco metodológico del trabajo (primera parte, capítulo I) a partir del planteamiento general del problema, la formulación de hipótesis y la descripción de la metodología que se va a emplear a lo largo del estudio.

El marco teórico se inicia con el análisis del fundamento de la punibilidad de la participación (segunda parte). Se hará una exposición de los planteamientos doctrinales sobre el estado de la discusión teórica acerca de por qué se castigan a los partícipes en los delitos de organización (capítulo II). En el examen de cada una de las posturas predominará un enfoque crítico y se pondrá atención en los matices del problema de la participación como un supuesto autónomo o dependiente en la teoría de la intervención delictiva.

A partir de una relectura del estado de la cuestión a la luz de los resultados que se obtienen de las diversas posturas doctrinales, me abocaré a presentar mi concepción personal sobre el fundamento de la punibilidad de los partícipes en los delitos de organización personal (capítulo III). Para ello tomaré como pilares a la filosofía política y a la idealista alemana, así como al significado jurídico-penal del principio de responsabilidad por el propio injusto. Posteriormente se pasará del plano de la justificación filosófica y jurídica de la competencia por la organización hacia el establecimiento de una relación entre aquella y los supuestos de realización de hechos punibles, mediante una pluralidad de intervinientes (capítulo IV). Todo ello desembocará en una toma de postura en favor de

una visión normativa del principio de accesoriedad de la participación como dependencia respecto no del comportamiento del autor, sino del hecho típico (capítulo V).

Para finalizar (tercera parte), se proyectará la solución al problema que surge con las conductas neutrales como formas de complicidad delictiva a partir de la teoría de la imputación objetiva en su vertiente de la prohibición de regreso (capítulo VI). Para tal fin se describirán y resolverán una cierta constelación de casos, recogidos incluso en la jurisprudencia nacional, en aras de ilustrar la tesis defendida (capítulo VII). Con ello se pretende esclarecer las posiciones expuestas y adoptadas a lo largo del texto, para de esta manera contribuir a motivar la discusión sobre el tema objeto de la presente investigación.

Por todo lo expuesto anteriormente, en este trabajo busco poder entregar las pautas y criterios necesarios para poder trasladar la Teoría de la Imputación Objetiva, y en especial aplicar la Prohibición de Regreso, al ámbito de la Participación Criminal, con la finalidad de reconducir esta modalidad de imputación a límites político-criminalmente aceptables y dogmáticamente válidos.

*Magdalena, Octubre de 2008.*

**PRIMERA PARTE**  
**MARCO METODOLÓGICO**

# CAPÍTULO I

## PLANTEAMIENTO GENERAL DEL PROBLEMA

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO. II. CONVENIENCIA DE LA INVESTIGACIÓN. III. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN. A) Objetivos generales. B) Objetivos específicos. IV. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS. A) Hipótesis principales. B) Hipótesis secundarias. V. MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN.

### I. PLANTEAMIENTO.

En la actualidad, la Teoría de la Intervención en el Delito (que engloba a las diversas formas de autoría, así como a la inducción y la complicidad) como uno de los temas fundamentales que desde siempre ha acaparado la atención de los estudiosos del Derecho penal, se encuentra en un permanente cambio producto del proceso de normativización que la está alcanzando y que supera el tratamiento naturalístico o prejurídico al cual estaba sometida.

En el contexto social presente, en el que las relaciones sociales se caracterizan por la existencia de procesos de comunicación altamente complejos, dinámicos y anónimos; y en el que las formas de intervención en un hecho delictivo han alcanzado magnitudes impensadas en los inicios del tratamiento del tema, resulta poco sencillo el proceso de imputación de todos aquellos sujetos que intervienen en el delito, mucho menos sencillo es hoy determinar la frontera entre lo que constituye o no participación criminal. Es justamente en esta coyuntura social, donde ha surgido uno de los temas que ha llamado la atención de los estudiosos del Derecho penal, la llamada *complicidad en el delito a través de conductas externamente neutrales*. Bajo esta denominación, se engloba un grupo de casos en los que la conducta de un primer actuante termina favoreciendo un delito cometido por un segundo sujeto, el mismo que es autorresponsable. Lo particular del accionar del sujeto contribuyente, es que su conducta se enmarca dentro de la cotidianidad radicando el problema en que éste conoce o pudo conocer las intenciones de quien termina ejecutando el delito. Éste, es pues el núcleo de nuestra investigación: *¿son punibles como*

*complicidad en el delito, aquellas conductas que -en su configuración exterior- no son delictivas pero que acaban favoreciendo -con conocimiento- un delito mediante comportamientos que son social o profesionalmente adecuados?*

Para poder arribar a soluciones dogmática y político-criminalmente aceptables, respecto a la posibilidad o no de imputar jurídico-penal la intervención en un delito mediante conductas neutrales, creo que resulta fundamental obtener una clara concepción del fundamento de la responsabilidad de los partícipes en un delito, esto es, determinar adecuadamente la respuesta a la pregunta: *¿por qué responden los partícipes?* y lógicamente, poder conocer los límites hasta donde nos es posible calificar una conducta como participación criminal (en particular como complicidad). Lo que pretendemos en este trabajo es superar aquella pregunta, encajada en datos prejurídicos, por cuál es la razón por la que debería castigarse a una persona distinta al autor, y cuya voluntad no se manifiesta en el hecho y, por tanto no le pertenece. Una vez que hayamos llegado a definir lo que para nosotros constituye el fundamento y los límites de la participación, estaremos en la posibilidad de otorgar una solución al tema de las conductas neutrales; y para ello, utilizaré una de las más modernas y a la vez complejas instituciones que ha conocido el Derecho penal: *la imputación objetiva*.

Cabe resaltar que pese a la importancia del tema de la determinación del fundamento y los límites de la participación, el mismo tiene un tratamiento muy escaso en la doctrina peruana y por ende poca formulación en la jurisprudencia nacional. Estas falencias a nivel teórico y jurisprudencial se materializan con sentencias poco convincentes y de una insuficiente argumentación normativa, lo que deriva en la mayoría de ocasiones en resultados poco satisfactorios para los sujetos involucrados en un proceso penal.

La ausencia de una conveniente solución en torno a las conductas neutrales se torna peligrosa para los ciudadanos, pues cualquier conducta que desempeñen en sus procesos de interacción, y que sea intencionalmente aprovechada por un tercero; puede generar en ellos responsabilidad penal; en tanto al no tener una adecuada respuesta al problema que surge con el favorecimiento de un delito a través de comportamientos neutrales, el campo de lo punible se amplía, en desmedro de los espacios de libertad de los que gozan las personas en un Estado como en el que vivimos y donde se reconocen garantías en favor de aquellas frente al *ius puniendi* estatal. Como ha sostenido el profesor alemán CLAUS ROXIN, que: “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo **mediante** el Derecho penal, sino

también **del** Derecho penal<sup>1</sup>. Es por ello, que resulta importante profundizar en un tema como la participación delictiva, para establecer parámetros dogmáticos y normativos que permitan un adecuado proceso de imputación jurídico-penal y determinar de manera satisfactoria si nos encontramos o no ante un supuesto de participación criminal.

## II. CONVENIENCIA DE LA INVESTIGACIÓN.

La presente investigación se realiza por dos razones fundamentales:

1. Porque, en el contexto social actual, las relaciones interpersonales han alcanzado un alto grado de dinamismo y estandarización; y los ámbitos de organización de los individuos se encuentran en constante interrelación, lo que ha conducido a que determinados sujetos aprovechen la conducta de otro (la cual se caracteriza por moverse dentro del ámbito de lo socialmente adecuado) para darle un sentido delictivo. Constituye tarea del Derecho penal, dar una respuesta en el sentido de si aquellas conductas estándar o adecuadas socialmente se configuran o no como participación (de manera específica: determinar si se trata de complicidad) en un delito, para lo cual se ha de elaborar todo un instrumental dogmático, con el cual solucionar no sólo los problemas derivados de este grupo de casos, sino también a la problemática general que se pueda generar respecto al tema de la participación criminal.

2. Debido a la ausencia de investigaciones a nivel nacional y la deficiencia con la que los magistrados procesan las distintas teorías que sobre el tema existen en la doctrina extranjera; es que no existe, a nivel jurisdiccional, un criterio uniforme al momento de analizar si existe o no participación en un hecho delictivo.

No obstante, y contrariamente a lo que sucede en nuestro país, el tema de la participación criminal y el de la participación a través de conductas neutrales, ha generado muchas publicaciones y un constante debate en la doctrina española y fundamentalmente en el mundo jurídico-penal de la dogmática alemana. Ésta última reconocida por su rigurosidad en el tratamiento de los temas -para el caso en particular- en materia penal.

---

<sup>1</sup> Cfr., ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. 1ª reimpresión de la 1ª edición. Civitas. Madrid. 2000. Pg. 137. §5 Párrafo 1.

Así, puedo señalar como algunos ejemplos las obras de RICARDO ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2003; ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Tecnos. Madrid. 1990; BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ. *Límites de la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?* Editorial Comares. Granada. 1999; HEIKO LESCH. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Traducción de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trelles. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995.

Sin embargo, estas obras no están exentas de críticas en cuanto a la metodología que utilizan, como a las soluciones a las que arriban; sin considerar además que al responder a un espacio determinado, en este caso la sociedad española o alemana, resulta necesario realizar el estudio de este tema contextualizándolo con la sociedad peruana.

Esta poca claridad teórica -en particular a nivel nacional- sobre el tema de la participación criminal, trae consigo que se mantengan como criterios fundadores de responsabilidad penal criterios pre jurídicos, dejando de lado las modernas teorías normativistas que les otorgan mayor espacio de libertad a los individuos y mayores garantías frente al *ius puniendi* estatal. Luego, lo que se busca con esta investigación es promover una visión normativa para el desarrollo de una teoría sobre la participación en el delito y su aplicación para el grupo de casos en el que se favorece un delito mediante conductas neutrales o estándar, con lo que lograremos dotar a los jueces de criterios científicos, a fin de que sean aplicados en la fundamentación de sus sentencias.

### **III. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.**

#### **A) Objetivos generales.**

- ✓ Explicar el fundamento del por qué deben de ser castigadas las conductas de participación criminal.
- ✓ Determinar los límites de la participación criminal y de esta manera poder saber cuándo un comportamiento adquiere sentido delictivo, y cuándo se mantiene en el ámbito impune.

- ✓ Esbozar un modelo teórico que nos permita solucionar, eficientemente, los supuestos de complicidad en un hecho criminal a través de conductas neutrales.
- ✓ Demostrar que los criterios de imputación objetiva tienen aplicación para determinar si estamos ante un supuesto de complicidad en un delito.

## **B) Objetivos específicos.**

- ✓ Otorgar una definición sobre la participación criminal y una reformulación de la manera cómo es entendido el principio de accesoriedad.
- ✓ Demostrar que el fundamento de la participación criminal se encuentra en la comprensión de la autonomía individual y los principios de autodeterminación, autorresponsabilidad y responsabilidad por el propio injusto, así como el principio del hecho.
- ✓ Establecer cuáles son las consecuencias materiales que derivan de las concepciones doctrinales existentes en torno a la participación criminal y en particular del favorecimiento de un delito mediante conductas neutrales.
- ✓ Determinar el porcentaje de sentencias que, adecuadamente, han fallado utilizando una argumentación convincente sobre la participación y aplicando los criterios de imputación objetiva para fundamentar la complicidad criminal.
- ✓ Demostrar que, los fallos de los tribunales no deben basarse sólo en criterios naturalísticos, sino en elementos normativos, en correspondencia con el actual proceso de normativización de las instituciones del Derecho penal.
- ✓ Interpretar la línea dogmática que tiene la jurisprudencia peruana en relación a la aplicación de la imputación objetiva, para determinar la complicidad delictiva.
- ✓ Descifrar las causas que conllevan a la jurisprudencia a violar el principio de legalidad, en su afán de fundamentar la participación con criterios netamente naturalísticos.

## **IV. FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS.**

### **A) Hipótesis principales.**

- ✓ La determinación del fundamento y los límites de la participación criminal, permitirán dar solución a un grupo de casos, como el del favorecimiento de un delito a través de conductas cotidianas, estándar o neutrales.
- ✓ Los criterios de imputación objetiva, en especial la prohibición de regreso, serán útiles al momento de determinar si una conducta es o no jurídico-penalmente relevante como participación criminal, con lo cual se demostrará que el proceso de normativización ha alcanzado también al tratamiento de la participación delictiva.
- ✓ Se ha de identificar los supuestos de favorecimiento delictivo mediante una conducta neutral, cotidiana o habitual, como un problema de límites de la complicidad punible.
- ✓ Como clave de comprensión del problema materia de la tesis, se tiene que considerar también la función que desempeñan los datos subjetivos individuales y el valor que posee el contexto en el cual tienen lugar los comportamientos neutrales.
- ✓ Ha de tomarse atención, al momento de trazar la frontera entre la complicidad punible y los comportamientos neutros, a la teoría de la participación y su relación con las etapas de desarrollo del *iter criminis*.
- ✓ Ciertas sentencias expedidas por los órganos jurisdiccionales en supuestos favorecimiento de un delito mediante conductas neutrales, carecen de una fundamentación satisfactoria por no utilizar parámetros dogmáticos adecuados sobre el tema.

### **B) Hipótesis secundarias.**

- ✓ El tema del favorecimiento de un delito a través de comportamientos neutrales, por la multiplicidad de perspectivas desde las cuales se pueden proponer soluciones y por la complejidad de aspectos dogmáticos que le subyacen, implica trasladar a su estudio los más polémicos temas de la dogmática penal como: el ámbito de aplicación de la imputación objetiva, la relevancia de los datos subjetivos, las posiciones de garantía, la tentativa, etc.

- ✓ Sentencias que han fallado fundamentando de manera rigurosa y adecuada la existencia de complicidad delictiva, aplicando, además, los criterios de imputación objetiva para fundamentar la participación en el delito mediante conductas neutrales o estándar.
- ✓ Los fallos de los tribunales no deben basarse sólo en criterios naturalistas, sino en elementos normativos, como son los criterios de imputación objetiva y el espíritu de la ley (principio de legalidad).

## V. MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN.

Respecto al método que vamos a emplear en la presente tesis, hay que señalar que consiste en elaborar un sistema con perspectiva global, a partir del cual solucionar los problemas que se presenten y no actuando en sentido contrario, esto es intentado encontrar la respuesta adecuada a partir de un grupo de casos. Acertadamente FEIJÓO SÁNCHEZ ha criticado esta forma de proceder, porque “no se trata de resolver casos particulares con criterios *ad hoc*, sino resolver problemas generales de imputación mediante fundamentos materiales que ofrezcan soluciones generales y, por consiguiente, cierta seguridad a la hora de aplicar el Derecho a todos los casos concretos que obedecen a un problema general común”<sup>2</sup>. Esto significa, que con pura tópic y sin sistemática no se podrá alcanzar seguridad jurídica.

Por otro lado, entiendo que una fundamentación, elaboración e interpretación de los institutos penales, como la participación criminal, la imputación objetiva, entre otros, no puede ser realizada desde categorías no normativas, esto es, a partir de estructuras lógico-objetivas como las denominaba HANS WELZEL, sino que han de ser tratadas con base en una fundamentación normativa del Derecho. Para ello, el punto de vista a partir del cual se ha de desarrollar el siguiente trabajo, se enmarca en una *metodología teleológico-*

---

<sup>2</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, José Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*. Bosch. Barcelona. 2001. Pg. 206; vid., también, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Colex. Madrid. 1997. Pg. 13; obras en las que este autor ha expresado que: “«el sistema es un elemento irrenunciable de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho» y la renuncia al pensamiento sistemático supone un retorno al pensamiento tópico, al casuismo y a la solución ocasional; en definitiva, un retorno a la arbitrariedad, irracionalidad, improvisación e inseguridad jurídica, posibilitando con ello que hechos y situaciones valorativamente iguales sufran un trato desigual o viceversa”.

*funcional*, en tanto, soy de la opinión que toda construcción dogmática en Derecho penal ha de estar orientada sobre la base de los fines que la Constitución del Estado en el cual nos desarrollamos persigue, y los fines y funciones que cumple el Derecho penal en esta misma sociedad.

De esta manera, como sistema macro, partimos teniendo como premisa el marco de un Estado democrático y constitucional de derecho, esto significa que, el sistema de imputación jurídico-penal que utilizaremos tiene como guía los valores constitucionales de la libertad y la dignidad humana. Como sub-sistema utilizaremos un modelo de imputación normativo, compatible con nuestro modelo de Estado y con los principios rectores del Derecho penal. Para tal fin se emplearán los siguientes elementos:

**Teleológico.-** Porque la presente investigación pretende presentar criterios de imputación, que sean compatibles con la ley fundamental y con la naturaleza jurídica de la participación criminal.

**Axiológico.-** Porque nuestra concepción teórica busca ser respetuosa de los valores constitucionales (de los derechos fundamentales y dignidad humana).

**Lógico.-** Porque buscamos eliminar toda contradicción intrasistemática a nuestra investigación, confiriéndole consistencia y de esta forma alcanzar nuestros objetivos inmediatos y mediatos, generales y específicos.

**Teórico-dogmático.-** Porque utilizaremos la doctrina de la materia que nos ocupa, recurriendo para ello a tratados, manuales, monografías, artículos de revistas, etc.

**Epistemológico.-** Porque la información jurídico-penal, tanto teórica como práctica, será objeto de un proceso metodológico de tesis, antítesis y síntesis. Para que de esta manera, exista una relación dialéctica lógica y teleológica entre nuestras hipótesis y conclusiones.

**Praxológico.-** Porque analizaremos la postura adoptada por la jurisprudencia peruana (Corte Suprema de la República y Corte Superior de Lima). Para lo cual se utilizará el análisis de los fallos jurisprudenciales.

**SEGUNDA PARTE**

**FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LA**

**PARTICIPACIÓN**

## CAPITULO II

### ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN TEÓRICA SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LOS PARTÍCIPES EN LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO. II. PROPUESTAS DOCTRINALES ACERCA DEL FUNDAMENTO DEL INJUSTO DEL PARTÍCIPE. II.1 Teorías que intentan justificar el injusto de la participación. II.1.1 Teoría de la participación en la culpabilidad. II.1.2 Teoría de la corrupción. II.1.3 Teoría pura de la causación o teoría del propio desvalor de la participación. II.1.4 Teoría de la participación en el injusto. II.1.5 Teoría del ataque accesorio al bien jurídico. II.2 Modernas tendencias. II.2.1 La solidarización con el injusto ajeno. II.2.2 Teoría de la participación en el injusto referida al resultado. III. VALORACIÓN.

#### I. PLANTEAMIENTO.

La referencia a la denominación *participación criminal* puede ser tomada en dos direcciones. Por un lado, en sentido amplio, se habla de participación cuando se quiere incluir en dicho concepto todas aquellas formas de intervenir en un ilícito penal (autoría, autoría mediata, coautoría, complicidad e inducción, que conforman el *numerus clausus* de las formas de intervención punible en un delito). Por otro lado, desde una perspectiva estricta del término, se alude a aquellas formas de intervenir en un ilícito penal distintas a las formas de autoría<sup>3</sup>. Esta última consideración es la que se tomará en cuenta a lo largo del presente trabajo. Luego, por participación entenderemos a las conductas de motivación (seducción) o apoyo (reforzamiento) del hecho punible típico cometido por otro sujeto.

Como quiera que el objetivo final de este trabajo, tiende a proporcionar soluciones dogmática y metodológicamente acertadas al problema de las conductas neutrales, no vamos a referirnos a la inducción, sino exclusivamente a la *complicidad* en el delito; en

---

<sup>3</sup> Vid., MAURACH, Reinhart – GÖSSEL, Karl Heinz – ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte General 2*. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch. Astrea. Buenos Aires. 1995. Pg. 400 §50 n° 1, en donde se afirma que “*la participación representa una subcategoría de la intervención*”.

tanto, según como se presentan los grupos de casos de intervención en el delito mediante aportaciones neutrales, el sujeto que pretende cometer el delito o lo comete, ya estuvo previamente determinado hacia tal finalidad; mientras que en la conducta de los sujetos de quienes se pregona la neutralidad de sus conductas, éstos no hacen surgir la resolución delictiva del autor principal, elemento esencial de la instigación (artículo 24° Código Penal peruano).

Ahora bien, al hacer referencia a la participación criminal -en sentido estricto a los conceptos de complicidad (primaria y secundaria) y de inducción- es preciso señalar que las conductas que se engloban bajo dicho instituto jurídico-penal, tradicionalmente se caracterizan de forma negativa por el hecho de que el partícipe no ejecuta la acción típica; pues de otro modo sería justamente autor. Esta afirmación, se ve corroborada con la adopción en las legislaciones penales como la nuestra de un *concepto restrictivo de autor*<sup>4</sup>, y la caracterización de la participación delictiva como una *extensión de la punibilidad*<sup>5</sup>.

No obstante, estos criterios no logran dar una respuesta válida a la pregunta de por qué tiene que responder el partícipe, por el contrario parecería que con ellos se llega a la inaceptable consecuencia de evitar todo castigo por participación (inducción y complicidad), y optar por una responsabilidad -a partir de la existencia de dos deberes- a título de autor; ya sea por la defraudación de una norma principal en el caso del autor y de una norma derivada en el caso de la participación. Tales criterios no tienen en cuenta que

---

<sup>4</sup> Cfr., JESCHECK, Hans Heinrich - WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª edición, renovada y ampliada. Granada. 2002. Pg. 698, este autor señala que *“hay que aceptar el concepto restrictivo de autor como punto de partida, puesto que descansa sobre la descripción de la acción por el tipo legal y, con ello, conecta con el punto de vista que el propio legislador ha dado a conocer, esto es, comprender bajo el concepto de autoría la conducta contenida en los tipos delictivos concretos”*. (Con negritas en el original)

<sup>5</sup> Así, ROXIN, Claus. “La delimitación entre autoría y participación según el Derecho alemán”. En *Dogmática penal y política criminal*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Idemsa. Lima. 1998. Pg. 351; quien afirma que, de acuerdo con el concepto restrictivo de autor, *“la inducción y la complicidad son causas de extensión de la punición que van más allá del núcleo básico de punibilidad caracterizado por la autoría. Con ello se ha encontrado simultáneamente la concepción correcta para la delimitación entre autoría y participación: ella radica en la realización del tipo y no en la causación”*. Esta conclusión se distancia de lo que en su momento propuso la *teoría unitaria de autor*, para la que el tipo se reducía al cumplimiento de la causalidad, obligando a una extensión insostenible de la punibilidad; o también el *concepto extensivo de autor* que reemplaza al tipo, como categoría central de la autoría, por la causación. Vid., también JAKOBS, Günther. *Derecho Penal - Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras - José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. 2ª edición. Marcial Pons. Madrid. 1997. Pg. 794 Párrafo 1; quien precisa que el fundamento de la participación se ha de determinar de modo distinto a lo que ocurre con la autoría, en tanto, la participación es una forma de *autoría menguada*.

de lo que se trata es de la intervención en “algo”, y ese “algo” es un hecho del cual deben responder varios sujetos<sup>6</sup>.

De esta manera, la punibilidad del cómplice y del inductor precisan de una fundamentación especial, de tal forma que al responder a la pregunta acerca de cuál es el motivo por el cual se sanciona al cómplice o al inductor, encontraremos también la respuesta al papel que desempeña el principio de accesoriadad de la participación.

El punto central de la discusión acerca del fundamento del castigo de los partícipes se encuentra en saber si el injusto de la participación deriva del injusto del hecho del autor o es independiente<sup>7</sup>. Por lo general, en el plano de la justificación de la sanción que se le impone al partícipe, se ha observado una especie de tensión entre el principio de responsabilidad por el propio injusto y una pretendida naturaleza accesoria de la participación. Si se pretende tomar al primero de ellos como el eje fundamental al momento de justificar el castigo de los partícipes, lo que hay que definir es la manera cómo opera este principio en cada uno de los intervinientes en un delito. Esto es, habrá que determinar si la pena con la cual se sanciona al partícipe obedece a que se le imputa el injusto del autor<sup>8</sup>, o a que se le responsabiliza por un injusto independiente al de aquel; o es que, a partir de una interpretación funcionalista de las formas de responsabilidad penal (competencia en virtud a organización y en virtud a institución) se entiende que en el hecho delictivo, se encuentra el motivo de la sanción del partícipe; en tanto, con su conducta el sujeto ha puesto un motivo para que el delito también le sea imputado. De acuerdo con este último punto de vista, la accesoriadad no estaría vinculada ya a la conducta del autor, sino al delito que se ha cometido.

Ahora bien, resulta claro que las mayores dudas acerca de si nos encontramos o no ante un caso de participación, se presentan respecto de aquellas conductas de colaboración que se presentan *momentos previos* al inicio de la ejecución de un delito y que *per se* carecen de relevancia jurídico-penal<sup>9</sup>. Sin embargo, si se sostiene que la razón del castigo

---

<sup>6</sup> Cfr., ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Atelier. Barcelona. 2007. Pgs. 14-15; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en Derecho penal*. B de F. Montevideo–Buenos Aires. 2006. Pg. 74; quien ha señalado que “Tomar parte presupone, primero, un todo; segundo, que a la realización del todo contribuya más de una persona”.

<sup>7</sup> Vid., ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. Beck. München. 2003. Pg. 130 § 26 n° 11.

<sup>8</sup> No es posible admitir que el injusto del partícipe derive del injusto del autor, sin resultar incompatible a la vez con el principio de responsabilidad por el propio injusto.

<sup>9</sup> Similar, ROBLES PLANAS, Ricardo. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2003. Pg. 139, para quien “Dado que la intervención puede tener lugar antes del inicio

del partícipe se encuentra en relación con el hecho cometido, se refuerza el argumento; según el cual, toda aportación realizada antes del inicio de los actos ejecutivos no puede constituir una conducta injusta en sí misma, sino tan sólo una razón para imputar la ejecución típica<sup>10</sup>. De esta manera, puedo sostener que el objeto de la imputación es la realización del tipo, y que si tanto el autor como el partícipe lesionan la misma prohibición; la diferencia entre ellos radicará simplemente en el modo cómo lo hacen. La respuesta a la pregunta acerca de ¿cómo se ha de imputar? no lo determinan las normas de la Parte Especial de los Códigos Penales, sino de la Parte General. Por consiguiente, la conducta del partícipe no se imputa por constituir un injusto en sí misma, sino porque constituye - junto al comportamiento del autor- una razón para imputarle el hecho típico.

## II. PROPUESTAS DOCTRINALES ACERCA DEL FUNDAMENTO DEL INJUSTO DEL PARTÍCIPE.

### II.1 Teorías que intentan justificar el injusto de la participación.

Por lo general, las teorías que han intentado presentar una justificación acertada para la punición de la conducta del partícipe se han preocupado más por aclarar *en qué* momento se configura una participación punible, en lugar de resolver la pregunta de *por qué* deben castigarse las conductas de participación criminal. Conforme se ha venido sosteniendo, ese fundamento no puede ser el mismo por el que se justifica la punibilidad del autor, en tanto prima un concepto *restrictivo de autor*<sup>11</sup>. Si bien el injusto de esta forma

---

*de la realización del tipo, el injusto del partícipe no puede definirse como tal sin considerar el tipo de la parte especial, a no ser que se sacrifique la perspectiva del hecho”.*

<sup>10</sup> *Ibidem*, Pg. 135.

<sup>11</sup> A favor de la consolidación de un concepto restrictivo de participación, se ha expresado GÓMEZ GONZÁLEZ, Orlando. *Participación criminal: Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Dykinson. Madrid. 2001. Pg. 160; quien opina que: “Para sostener un correcto fundamento de la participación criminal que sea respetuoso con el principio de que nadie puede ser hecho responsable de un injusto ajeno es preciso defender, no sólo el concepto restrictivo de autor, sino un concepto restrictivo de todas las formas de participación. Si se tiene en cuenta que las reglas de la participación son reglas que extienden la responsabilidad penal y si no se interpretan de forma restrictiva todo el mundo puede acabar siendo partícipe de cualquier delito”.

En contra de la adopción de un concepto restrictivo de autor en el ámbito de una dogmática normativista de la imputación objetiva, LESCH, Heiko Hartmut. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Traducción de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trelles. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995. Pgs. 58-59; quien sostiene que las descripciones que se hacen en los tipos de la Parte Especial de los Códigos Penales, no diferencian entre autor y partícipe, por el contrario “los tipos no describen -al menos en principio- al autor, sino que simplemente fijan en qué consiste una perturbación social (hecho penal) -que en

principal de intervención en el delito, puede justificarse por sí solo, no sucede lo mismo con la participación; en tanto, supone una *extensión de la punibilidad*, de manera que, en principio, aquella carece de un déficit de legitimación<sup>12</sup>, a cuya búsqueda me abocaré en este trabajo.

La indagación por una fundamentación del por qué del castigo de la participación criminal, obedece a que tal y como se configuran las conductas de los sujetos en sociedad - la complejidad y el anonimato de los procesos de comunicación social-, sobrepasan el marco que tradicionalmente han venido representando un grupo de casos que pertenecen a lo que se puede denominar el “núcleo duro” de las formas de participación<sup>13</sup>. Las nuevas formas en las que actualmente se presentan las conductas de participación, se alejan de ese núcleo y se convierten en generadores de discusión a nivel doctrinal, *v. gr.*, a nadie le parecería extremadamente dudoso que nos hallamos ante una complicidad, en el supuesto en que alguien entrega una pistola a otro para que este cometa el delito; cuestión distinta es lo que sucede cuando alguien paga una deuda a su acreedor, aun sabiendo que con ese pago aquél cometerá un delito de tráfico de armas (artículo 279° del Código Penal peruano). Ahora bien, la determinación del fundamento jurídico del castigo de la participación criminal -esto es, la razón que permita otorgarle legitimidad a la ampliación de la punibilidad a conductas que no directamente realizan el tipo penal- nos servirá para poder establecer los límites de la imputación al partícipe<sup>14</sup>.

En líneas generales, entonces, puedo sostener que si el partícipe, con su conducta, hace posible el delito del autor, es necesario fundamentar por qué aquél debe de responder de que el autor *aproveche* la oportunidad<sup>15</sup>. A continuación, expondré algunas de las teorías tradicionales que han intentado fundamentar el injusto de la participación; pero que tienen como rasgo común que para ellas (a excepción de la teoría de la corrupción o de la culpabilidad, que a decir de algunos autores ya está completamente abandonada), el bien afectado por todos los intervinientes es el mismo. Posteriormente, presentaré las diversas

---

*su caso también puede ser realizado por varios intervinientes”*; vid., en el mismo sentido, ROBLES PLANAS. *Garantes y cómplices*. Pgs. 21-22.

<sup>12</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 118.

<sup>13</sup> *Ibidem*, Pg. 119.

<sup>14</sup> Vid., MAURACH – GÖSSEL – ZIPF. *Derecho penal. Parte General 2*. Pg. 412 §50 n° 50; señalan que si bien el fundamento jurídico de la punibilidad de la participación implica la búsqueda por aquella razón que justifica la aplicación de sanciones jurídico-penales por parte del Estado, no obstante “*el fundamento de la pena de la participación no ha sido prácticamente investigado en este sentido; todas las concepciones existentes en la materia se esfuerzan en lo esencial por demostrar el contenido del comportamiento punible del partícipe*”.

<sup>15</sup> Cfr., JAKOBS. *Derecho Penal - Parte General*. Pg. 794 Párrafo 2.

concepciones mantenidas doctrinalmente en torno a la fundamentación de la punibilidad de la participación para adoptar finalmente, un punto de partida que nos sirva como soporte sobre el cual se ha de erigir nuestra propuesta de solución a los supuestos de intervención en el delito a través de conductas neutrales.

### II.1.1 Teoría de la participación en la culpabilidad.

De acuerdo con este planteamiento, el partícipe es castigado porque con su conducta *convierte* a otra persona en un *delincuente* o contribuye a hacerlo. Esta “corrupción” por medio de la cual es conducido el autor por parte del partícipe, se puede configurar de dos maneras: por un lado está el hecho de que aquél seduzca al autor a delinquir, conduciéndole a la culpabilidad y la pena (inducción); o bien que la prestación del aporte material implique apoyar la idea pecadora del autor, además de contribuir en la ejecución del hecho delictivo (complicidad)<sup>16</sup>. Entonces, lo esencial para esta postura radica en que el partícipe haga o contribuya a hacer al autor “*culpable*” del hecho<sup>17</sup>.

El abandono de esta concepción por la doctrina<sup>18</sup> se produjo cuando, tanto a nivel doctrinal como legislativo, se empezó a entender que para determinar la participación en un delito, era suficiente que el autor cometiera un hecho antijurídico aunque no tuviese capacidad de culpa; es decir, que personalmente no sea imputable (lo que se suele denominar como *accesoriedad limitada*<sup>19</sup>). Ello obedece a que la imputación personal o culpabilidad es una cuestión propia de cada individuo: su sentido se agota en permitir la atribución al sujeto del hecho antijurídico. Que falte esta atribuibilidad respecto de uno de los sujetos intervinientes en un hecho antijurídico sólo puede afectarle a él; y no rompe la

---

<sup>16</sup> Cfr., GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> del Carmen. *La inducción a cometer el delito*. Tirant lo blanch. Valencia. 1995. Pg. 42.

<sup>17</sup> Cfr., MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 7<sup>a</sup> edición. Reimpresión. B de F. Montevideo–Buenos Aires. 2005. Pg. 397 Párrafo 29; GÓMEZ GONZÁLEZ. *Participación criminal: Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Pgs. 97-98; quien expresa que con esta teoría se hacía expresa mención al inductor como el que *contaminaba* al autor con sus propósitos de delinquir; y que por otro lado, el sujeto era visto como un mero instrumento u objeto en “manos” del inductor, pues según el pensamiento de la corrupción, el partícipe *arrastraba* al autor a cometer el delito.

<sup>18</sup> Cfr., GÓMEZ RIVERO. *La inducción a cometer el delito*. Pg. 43; LÓPEZ PEREGRIN, M<sup>a</sup> Carmen. *La complicidad en el delito*. Tirant lo blanch. Valencia. 1997.

<sup>19</sup> Cfr., WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte General*. 11<sup>a</sup> edición. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1970. Pg. 164, ha señalado que “*la accesoriedad limitada constituyó un gran progreso frente a la accesoriedad extrema y de ningún modo fue «una figura desgraciada que por saldo ha traído más daño que provecho»*”; vid., también, ROXIN, Claus. “Acerca del fundamento penal de la participación”. En: *Dogmática penal y política criminal*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Idemsa. Lima. 1998. Pg. 373, para quien esta teoría atenta claramente contra el principio de la accesoriedad limitada. También, LÓPEZ PEREGRIN. *La complicidad en el delito*. Pg. 115.

relación entre dicho hecho y los demás sujetos contribuyentes a su realización, si a tales sujetos sí se les es atribuible tal relación<sup>20</sup>. Por otro lado, en contra de esta teoría, se señala que los supuestos de participación en el delito cometidos por sujetos sin capacidad de culpa (inculpable) son poco frecuentes en la práctica, siendo lo más acertado reconducirlos hacia la autoría mediata<sup>21</sup>.

Finalmente debo precisar que el fundamento interno para la punición del partícipe no reside en que él haga recaer sobre el autor culpabilidad y pena, sino en que ha inducido o favorecido un hecho socialmente intolerable; por consiguiente típico y antijurídico<sup>22</sup>. Luego, si se le puede imputar personalmente tal contribución, por qué razón habría de decaer la imputación cuando no se le puede atribuir personalmente al autor su hecho si con ello en nada se afecta a la antijuridicidad del ilícito cometido<sup>23</sup>. La Teoría de la participación en la culpabilidad no explica aquello que se propuso explicar, es decir, el injusto de la participación.

### **II.1.2 Teoría de la corrupción.**

Esta teoría es denominada también *teoría modificada de la participación en la culpabilidad* o *teoría de la desintegración*, y fue fundamentada por STEFAN TRECHSEL. En esencia, esta concepción precisa que al partícipe se le sanciona penalmente porque expone al autor a la desintegración social que también trae consigo un actuar injusto<sup>24</sup>.

Esta propuesta está dirigida; sin embargo, a abarcar básicamente los supuestos de punibilidad de la inducción, encontrándose lo injusto relacionado con el hecho de colocar al autor en un conflicto agudo con la sociedad. Respecto a la complicidad, desde esta

---

<sup>20</sup> Cfr., MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General*. Pg. 397 Párrafo 31; BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte general*. 4ª edición. Akal. Madrid. 1997. Pg. 378; este autor manifiesta que esta teoría: “es comúnmente rechazada en la medida en que no se compagina con un sistema legislativo en el que la culpabilidad del partícipe es independiente de la del autor”. En el mismo sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “La participación y los delitos especiales”. En: *Problemas de Autoría*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1994. Pg. 138, quien sostiene: “un derecho penal basado en el principio de culpabilidad no puede admitir esta teoría que considera que la culpabilidad de una persona se puede derivar de la culpabilidad de otra”.

<sup>21</sup> Cfr., JESCHECK - WEIGEND. *Tratado de Derecho penal*. Pg. 737; MAURACH – GÖSSEL – ZIPF. *Derecho penal. Parte General 2*. Pg. 413 §50 n° 53, para quienes la teoría de la participación en la culpabilidad tiene vigencia en el ámbito de la delimitación de la autoría mediata respecto de la participación.

<sup>22</sup> Cfr., WELZEL. *Derecho penal alemán*. Pg. 165.

<sup>23</sup> Cfr., MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General*. Pg. 397 Párrafo 31.

<sup>24</sup> Cfr., ROXIN. “Acerca del fundamento penal de la participación”. Pg. 374; ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 120.

postura se sostiene que el fundamento de su punición está en conexión causal con el resultado del hecho principal.

Sin embargo, este diferente tratamiento que se propone para complicidad e inducción, ha de ser rechazado en tanto obliga a una justificación diferente de la punibilidad según la forma de participación de que se trate<sup>25</sup>. Por otro lado, aunque en principio esta teoría parece enmarcarse dentro de aquellas propuestas que pretenden una fundamentación autónoma del injusto de la participación, finalmente no resulta siendo así; en tanto, la punición del inductor precisa el ataque mediato a través del autor al bien jurídico<sup>26</sup>. Como lo señala el mismo TRECHSEL: “lo que caracterizaría a la inducción es precisamente la puesta en contacto del ataque al hecho principal y al autor principal”<sup>27</sup>. Por tal razón, se le reprocha a la Teoría de la corrupción su alcance limitado, pues no puede fundamentar por sí solo la punibilidad del inductor.

En lo que respecta a la idea de la desintegración del autor por medio del partícipe, se ha criticado que según lo estipulado en las legislaciones penales, la pena de la participación está vinculada al marco penal que le corresponde al hecho del autor, sin tomarse en consideración datos como la magnitud de la desintegración ocasionada. Además, si se sigue esta teoría, no se podría dar explicación a los supuestos mediante los cuales la colaboración de un cómplice tiene como destinatario a un autor ya decidido por sí mismo a cometer el hecho; quien por lo tanto, ya no puede ser desintegrado<sup>28</sup>.

### **II.1.3 Teoría pura de la causación o teoría del propio desvalor de la participación.**

Esta teoría se enmarca dentro de aquellas concepciones que postulan la existencia de la participación como tipo autónomo. Sus defensores afirman que junto a los delitos de autor existen otros delitos denominados *delitos de participación*, caracterizados por no hallarse vinculados a un hecho principal.

El punto de partida o la premisa de la Teoría pura de la causación, lo constituye la independencia del injusto de la participación; concluyendo que el partícipe también lesiona

---

<sup>25</sup> Cfr., LÓPEZ PEREGRIN. *La complicidad en el delito*. Pg. 124.

<sup>26</sup> Cfr., LÓPEZ PEREGRIN. *La complicidad en el delito*. Pg. 121; GÓMEZ RIVERO. *La inducción a cometer el delito*. Pg. 45.

<sup>27</sup> Citado por GÓMEZ RIVERO. *La inducción a cometer el delito*. Pg. 45. Nota a pie 39.

<sup>28</sup> Cfr., ROXIN. “Acerca del fundamento penal de la participación”. Pg. 374.

el bien jurídico protegido en el tipo, derivándose el contenido de su injusto de la contribución causal que realiza para lesionar el bien jurídico por el cual se le pretende castigar. Quienes postulan esta postura, concluyen además que la dependencia de la participación respecto del hecho principal es de naturaleza fáctica y se basa en consideraciones de merecimiento de pena<sup>29</sup>. A diferencia de lo planteado por la Teoría de la culpabilidad, en esta concepción no es relevante para la punibilidad del partícipe si el autor actuó o no culpablemente; en tanto resulta irrelevante que el autor haya actuado típica y antijurídicamente o no, pues el injusto del partícipe se configura de manera independiente<sup>30</sup>.

Un partidario de esta propuesta es ROLF DIETRICH HERZBERG, quien propuso en su momento interpretar los preceptos sobre inducción y complicidad como tipos penales independientes; es decir, como verdaderos tipos de delito<sup>31</sup>. Empero, la versión más radical de esta teoría, se encuentra en la concepción de KLAUS LÜDERSSEN, quien renuncia por completo a la accesoriedad, porque aquella pierde toda su razón de ser en cuanto se pueda afirmar que el bien jurídico también está protegido frente a los ataques del partícipe. Si ello es así, no se requiere nada más para castigar la participación que la causalidad entre la aportación del partícipe y la lesión del bien jurídico<sup>32</sup>.

En la misma dirección, se halla la propuesta de EBERHARD SCHMIDHÄUSER, para quien el partícipe toma parte de forma no permitida en un hecho ajeno. Este autor, engloba su posición bajo la denominación de *teoría del propio desvalor de la participación*, sosteniendo que no se trata de que sólo el autor lesione el bien jurídico y que el partícipe tome parte en ello, sino más bien de que este último lesione por sí mismo el bien jurídico; es decir, se parte de la independencia del injusto típico del partícipe<sup>33</sup>. Por consiguiente, la accesoriedad no sería más que una condición de punibilidad, es decir, cumpliría una función limitadora de la pena.

Por su parte, JOACHIM RENZIKOWSKI señala que el partícipe responde por su propio injusto y no se le imputa uno ajeno. Este autor, concibe a la participación como

---

<sup>29</sup> Cfr., BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en Derecho penal*. Tirant lo blanch. Valencia. 2000. Pg. 39.

<sup>30</sup> Cfr., LÓPEZ PEREGRIN. *La complicidad en el delito*. Pg. 126; GÓMEZ RIVERO. *La inducción a cometer el delito*. Pg. 47.

<sup>31</sup> Cfr., BOLEA BARDON. *Autoría mediata en Derecho penal*. Pg. 40.

<sup>32</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pgs. 120-121.

<sup>33</sup> Cfr., BOLEA BARDON. *Autoría mediata en Derecho penal*. Pg. 41.

*tipos de peligro concreto*<sup>34</sup>; es decir tipos independientes; salvo en lo que se refiere a la punibilidad, donde se admite la dependencia del hecho principal. Postula una defensa abnegada del concepto restrictivo de autor y por ello sostiene que autoría y participación son dos formas diferentes de conducta abarcadas por distintas normas de conducta<sup>35</sup>.

La Teoría pura de la causación o del propio desvalor de la participación, es criticada desde concepciones no partidarias de desvincular el injusto del partícipe del injusto del hecho principal<sup>36</sup>, pues ello nos conduciría a tener como posible una participación punible incluso sin un hecho principal típico y antijurídico<sup>37</sup>, con lo cual, el principio del hecho resultaría quebrantado<sup>38</sup>. Además, tomar partido por esta concepción implicaría renunciar a la estructura de la inducción y la complicidad, así como nos conduciría a la insostenible conclusión de declarar sancionable la participación en el suicidio. Por otro lado, la adopción de una postura como la que se viene describiendo, significaría construir la participación criminal sobre bases nada sólidas, en tanto la participación se extraería directamente de los tipos de la Parte Especial sin tomar en consideración la regulación establecida sobre ella en la Parte General de los ordenamientos jurídico-penales<sup>39</sup>. La adopción del “delito autónomo de participación”, implicaría, en

---

<sup>34</sup> *Ídem*.

<sup>35</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 126.

<sup>36</sup> En contra, la opinión doctrinal que sostiene que el partícipe no transgrede el mismo tipo principal de la Parte Especial que quebranta el autor, sino que su infracción lo es de un tipo dependiente de aquel, v. gr., el cómplice de un homicidio no mata, no realiza el tipo de homicidio, sino sólo el tipo de complicidad a un homicidio, que consiste en cooperar con el autor del homicidio. A partir de ello, se puede concluir que el juicio de valor negativo de la conducta del partícipe proviene del desvalor del hecho principal o del hecho del autor, por lo que, al juzgar a las acciones de los partícipes, no se está haciendo referencia a un desvalor autónomo del comportamiento de aquellos. Así, MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General*. Pg. 396 Párrafo 27; quien señala que la “Participación es intervención en un hecho ajeno. El partícipe se halla en una posición secundaria respecto del autor. El hecho principal pertenece al autor, no al partícipe. Éste no realiza el tipo principal, sino un tipo dependiente de aquél. (...) El desvalor de la participación procede del desvalor del hecho principal, no es un desvalor autónomo”; vid., también, BACIGALUPO. *Principios de derecho penal*. Pg. 378, quien afirma que: “También esta teoría es insostenible en el derecho vigente porque choca con el requisito de la dependencia o accesoriedad del hecho del partícipe de otro principal”; también, SANCINETTI, Marcelo. “El ilícito propio de participar en el hecho ajeno. Sobre la posibilidad de la autonomía interna y externa de la participación”. En: *Ilícito personal y participación*. 2ª edición. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2001. Pg. 69. A pesar que este autor, a través de la subjetivización total del injusto, se muestra como un defensor del injusto propio del partícipe y de la no accesoriedad de la participación, declara que: “Tomar partido por una visión autónoma del ilícito de la participación, implica un adelantamiento exagerado de la punibilidad”.

<sup>37</sup> Cfr., ROXIN. “Acerca del fundamento penal de la participación”. Pg. 371.

<sup>38</sup> Cfr., LESCH. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Pg. 56.

<sup>39</sup> En este sentido, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal. Parte General*. 1ª reimpresión de la 4ª edición. PPU. Barcelona. 1994. Pg. 473; quien señala que con posiciones como las defendidas por KLAUS LÜDERSSEN, “La participación deja de ser una cuestión de la Parte General, de punibilidad por extensión, en referencia a los tipos legales de la Parte Especial. Se convierte exclusivamente en una cuestión de la Parte Especial, en que el jurista o el juez puede crear cuantos tipos legales estime adecuados. Se

contra de un Derecho penal mínimo, ampliar la punibilidad de la participación; en tanto, se prescinda de la exigencia de un hecho principal para afirmar la responsabilidad de los partícipes<sup>40</sup>. Por lo tanto, desde nuestro punto de vista, las conductas de participación criminal no poseen ninguna relevancia penal autónoma, sino que son dependientes del delito en el que toman parte. Como lo ha precisado ROXIN, impedir una fundamentación autónoma de la participación criminal debe ser el objetivo político-criminal legítimo de la vinculación establecida por la accesoriedad<sup>41</sup>.

No obstante, a pesar de sostener que esta teoría es incompatible con el Derecho vigente y se rechace su imposición; tal concepción ha contribuido a poner de manifiesto la existencia de elementos de la participación que no dependen del hecho principal. La idea de hacer responder al partícipe por su propio delito, condujo con mayor frecuencia a la doctrina a plantear la delimitación entre autoría y participación como un problema de injusto, partiendo de la base de que autor y partícipe realizan conductas distintas, y que al desvalor de la conducta propia de la participación le corresponden normas también propias, concebidas como prohibiciones de peligro<sup>42</sup>.

#### II.1.4 Teoría de la participación en el injusto<sup>43</sup>.

---

*destruye la función de garantía, ningún ciudadano puede saber a ciencia cierta lo que está prohibido y, por otra parte, se aumenta indeterminadamente el número de las prohibiciones”.*

<sup>40</sup> Cfr., ROXIN. “Acerca del fundamento penal de la participación”. Pg. 372; LÓPEZ PEREGRIN. *La complicidad en el delito*. Pg. 130; GÓMEZ RIVERO. *La inducción a cometer el delito*. Pg. 49.

<sup>41</sup> Cfr., ROXIN. “Acerca del fundamento penal de la participación”. Pg. 372.

<sup>42</sup> Cfr., BOLEA BARDON. *Autoría mediata en Derecho penal*. Pg. 42; PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Tecnos. Madrid. 1990. Pg. 330; este autor, resalta que con esta teoría “se toma la idea de que el injusto de la participación no puede ser completamente explicado como una derivación del injusto del autor”. En la misma línea, SANCINETTI. “El ilícito propio de participar en el hecho ajeno. Sobre la posibilidad de la autonomía interna y externa de la participación”. Pg. 90; para este autor, la comprobación de la existencia de tipos penales autónomos de participación se podrá llevar a cabo mediante el recurso a la prohibición de regreso, en tanto posee “una capacidad de rendimiento mucho mayor a la que se le atribuye: ella demuestra justamente la autonomía del ilícito de la participación, tanto en su dimensión interna como en la externa”.

Esta solución a la que arriba SANCINETTI es criticable, en tanto, no resulta razonable emplear la prohibición de regreso para poder fundamentar una teoría del delito autónoma de la participación, debido a que, en los supuestos de ejecución dividida de un hecho (coautoría), el aporte de uno de los intervinientes no produce la totalidad, sino tan sólo una parte del injusto típico, por lo que si se renuncia a la accesoriedad no se podría fundamentar la responsabilidad por la parte ejecutiva que fue realizada de propia mano por otro interviniente.

<sup>43</sup> Esta teoría no tiene una denominación reconocida de manera unitaria en doctrina, por ejemplo JESCHECK – WEIGEND. *Tratado de Derecho penal*. Pg. 737, se refieren a la *teoría del favorecimiento o de la causación*; MAURACH – GÖSSEL – ZIPF. *Derecho penal. Parte General 2*. Pg. 414 §50 n° 57 hablan de la *teoría modificada de la participación en el ilícito*.

Esta teoría es dominante en la doctrina y algunas legislaciones como la alemana<sup>44</sup>. Bajo esta propuesta, se engloban todas aquellas concepciones para las que el desvalor de la participación, radica en que al partícipe se le sanciona porque causa o favorece (motiva o apoya) la lesión no justificada de un bien jurídico por parte del autor<sup>45</sup>. A partir de ello, se puede sostener que en esta elaboración dogmática, el pensamiento de la accesoriedad pasa a un primer plano<sup>46</sup>. Así, esta teoría considera que el partícipe no infringe la norma del tipo de la parte especial; sino, las específicas de la participación establecidas en la parte general, por lo que su punición se deriva de la colaboración con otra persona: el autor. Por consiguiente, el bien jurídico es lesionado por el autor, mientras que el partícipe sólo afectará a dicho instituto socio-jurídico a través de la conducta de aquél<sup>47</sup>.

La Teoría de la participación en el injusto, podría enmarcarse dentro de las propuestas doctrinales que toman en consideración la relación causal entre la conducta de un sujeto y la lesión del bien jurídico; e intenta superar las imprecisiones a las que conduce la teoría pura de la causación; en particular, aquella por la cual se defendía que tanto el autor como el partícipe lesionaban directamente el mismo bien jurídico. Desde el punto de vista de la teoría que ahora exponemos, el partícipe *cocausa* el hecho principal mediante la obtención de la decisión del autor (inducción) o a través del favorecimiento de la realización del hecho del autor (complicidad). A partir de esta idea, se sostiene que la accesoriedad es la esencia de la participación, en tanto al partícipe se le va a reprochar que con su conducta lesiona de manera mediata o indirecta el mismo bien que el autor; es por ello que según esta teoría, el injusto del partícipe se encuentra totalmente dependiente y está totalmente derivado de el del autor<sup>48</sup>. Por otro lado, siguiendo con lo planteado por

---

<sup>44</sup> En la doctrina peruana comparten esta postura: HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte General I*. 3ª edición. Grijley. Lima. 2005. Pg. 886 Párrafos 2267-2268; PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Estudio Programático de la Parte General*. 1ª reimpresión de la 3ª edición. Grijley. Lima. 1999. Pgs. 350-351; VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal. Parte General*. 2ª edición. Editorial San Marcos. Lima. 2001. Pg. 327; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte General*. Grijley. Lima. 2006. Pg. 496 Párrafo 1099.

<sup>45</sup> Cfr., MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General*. Pg. 397 Párrafo 29; GÓMEZ GONZÁLEZ. *Participación criminal: Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Pgs. 110-112; BLANCO CORDERO. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Pg. 13; WELZEL. *Derecho penal alemán*. Pg. 161; JAKOBS. *Derecho Penal - Parte General*. Pg. 795 Párrafo 3.

<sup>46</sup> Así, JESCHECK - WEIGEND. *Tratado de Derecho penal*. Pg. 737; LÓPEZ PEREGRIN. *La complicidad en el delito*. Pg. 146.

<sup>47</sup> Cfr., LÓPEZ BARJA DE QUIROGA. “La participación y los delitos especiales”. Pg. 139; DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*. 2ª edición. Rubinzal-Culzoni editores. Buenos Aires. 2002. Pg. 92, quien señala que “Determinar a otro a matar a un tercero –instigar- no es matar a otro; prestar ayuda a otro para que robe no es robar, sino cooperar en un robo. De ahí que no sea posible la participación si no se la conecta a un hecho punible cuyo autor es otro, distinto del partícipe”.

<sup>48</sup> Cfr., GÓMEZ GONZÁLEZ. *Participación criminal: Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Pg. 113.

esta posición, no es necesario que el autor obre o no con capacidad de culpabilidad, pues basta que se cause o favorezca el hecho antijurídico del autor por parte de un partícipe, quien actúa culpablemente. El criterio central de esta teoría podría ubicarse en el plano de la *causalidad*, debido a que tanto el inductor como el cómplice primario aportan una condición causal importante al delito a través del autor.

Se puede plantear que esta concepción acerca del fundamento de la participación parecería la más cercana a lo regulado en el Derecho penal peruano, toda vez que nuestro Código Penal considera autores tanto a los inductores como a los cómplices primarios. Ello puede demostrarse acudiendo a la jurisprudencia penal nacional<sup>49</sup>; en tanto recoge la fórmula de la accesoriedad limitada. Otra de las ventajas que ofrece el tomar partido por esta postura, es el reconocimiento de que el partícipe no infringe por sí mismo la norma contenida en el tipo delictivo, sino que su injusto consiste en intervenir en la infracción de la norma del autor<sup>50</sup>.

Sin embargo, la teoría de la participación en el injusto tampoco ha estado al margen de las críticas; así de acuerdo con esta posición, la relación propia del partícipe con el resultado del hecho principal tendría que ser irrelevante, teniendo como resultado la punición del agente provocador. Aún más delicada sería la situación en la coautoría, pues como se sabe, todo coautor hace posible con su contribución el injusto de los otros, de esta manera junto a la autoría tendría que aparecer en concurso la participación, teniendo como resultado un sujeto responsable como coautor y partícipe al mismo tiempo<sup>51</sup>.

### **II.1.5 Teoría del ataque accesorio al bien jurídico.**

Esta formulación doctrinal tiene su origen en GÜNTER STRATENWERTH<sup>52</sup>, y - en tanto tiene un origen ecléctico- comparte algunas ideas con la teoría pura de la

---

<sup>49</sup> Vid., Ejecutoria Suprema del 04/11/99, R. N. N° 2924-99 Lima. En: ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal y procesal penal*. Idemsa. Lima. 2002. Pg. 524; Ejecutoria Suprema del 15/05/02, Exp. N° 293-2002 Lima. En: FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Jurisprudencia penal y constitucional*. RAO. Lima. 2004. Pg. 43; Ejecutoria Suprema del 27/04/00, R. N. N° 168-2000 Huánuco. En: URQUIZO OLAECHEA, José – CASTILLO ALVA, José – SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Jurisprudencia penal*. Jurista editores. Lima. 2005. Pg. 217.

<sup>50</sup> Cfr., JESCHECK - WEIGEND. *Tratado de Derecho penal*. Pg. 738.

<sup>51</sup> Cfr., JAKOBS. *Derecho Penal - Parte General*. Pg. 795 Párrafo 3.

<sup>52</sup> Cfr., STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Aranzadi. Navarra. 2005. Pg. 348 Párrafo 121. Entre sus partidarios se encuentran también ROXIN. “Acerca del fundamento penal de la participación”. Pgs. 397;

causación y la concepción de la participación en el injusto; pero tiene matices que la hacen distinta, tratando de evitar los inconvenientes que presenta aquellas.

De acuerdo con esta idea, la participación también podrá ser definida a partir del injusto del hecho principal; no obstante, sus defensores consideran indispensable poner el bien jurídico lesionado en relación no sólo con la conducta del autor, sino también con la del partícipe<sup>53</sup>. Éste sólo será responsable jurídico-penalmente mientras lesione o menoscabe indirectamente un bien jurídico que también esté protegido frente a él. De esta manera, la accesoriadad ya no va a tener un simple carácter fáctico o conceptual, sino que es jurídicamente decisiva para la configuración de la responsabilidad del partícipe; ya que no ataca diferente bien jurídico que el autor<sup>54</sup>.

El principal defensor de esta concepción es CLAUS ROXIN<sup>55</sup>, para quien el fundamento penal de la participación puede ser caracterizado como el *ataque al bien jurídico mediante causación accesoria*. Se trata de una teoría mixta, la cual justifica el injusto del partícipe por una parte de la imputación del injusto del autor (por consiguiente accesoriadad), y por otra, de elementos independientes de aquel injusto<sup>56</sup>. Es decir, en esta propuesta, los elementos son derivados debido a que proceden del hecho del autor; mientras que en la elaboración de los llamados elementos independientes, de lo que se trata es de hacer fructífera para la imputación a la participación, la teoría de la imputación objetiva<sup>57</sup>. El requisito necesario para tal imputación lo constituye la causación accesoria de un hecho del autor típico y antijurídico (consumado o intentado). De manera tal que aquella es el criterio general y está configurada por la creación de un peligro desaprobado; mientras que su accesoriadad se erige como el criterio de imputación de la participación criminal<sup>58</sup>.

De acuerdo a lo manifestado por ROXIN, la imputación objetiva de la conducta del partícipe no se configurará -por falta de la creación o el incremento de un peligro para los

---

LÓPEZ PEREGRIN. *La complicidad en el delito*. Pg. 161; GÓMEZ RIVERO. *La inducción a cometer el delito*. Pgs. 53 ss.

<sup>53</sup> Así, LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *La complicidad delictiva en la actividad laboral "cotidiana" (Contribución al "límite mínimo" de la participación frente a los "actos neutros")*. Comares. Granada. 2002. Pgs. 220-221; quien se manifiesta partidario de esta postura, a la cual caracteriza por ocupar una posición intermedia entre quienes defienden una total autonomía del injusto del partícipe y, quienes propugnan que aquél debe extraerse del injusto del autor.

<sup>54</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 122.

<sup>55</sup> Cfr., ROXIN. "Acerca del fundamento penal de la participación". Pgs. 397 ss.

<sup>56</sup> Vid., ROXIN. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II*. Pg. 131 § 26 n° 11.

<sup>57</sup> Cfr., ROXIN. "Acerca del fundamento penal de la participación". Pg. 398.

<sup>58</sup> *Ídem*.

bienes jurídicos- en los siguientes supuestos: a) donde no se protege un bien jurídico frente al partícipe; b) en supuestos en los que si bien el partícipe puede lesionar el bien jurídico, sin embargo no quiere hacerlo o despliega medidas tendentes a eliminar una potencial vulneración; c) donde pese a una causación dolosa del resultado típico falta una incitación dirigida al fin; o d) falta una relación delictiva de sentido<sup>59</sup>.

A esta concepción de ROXIN, que opta por una fundamentación ecléctica, se le puede criticar que tiene como consecuencia flexibilizar la accesoriedad y de esta manera no se sabría hasta qué punto la responsabilidad del partícipe depende de la del autor. Lo único que se pretende es dejar fuera los inconvenientes que traen consigo los dos extremos: ni se defiende una accesoriedad absoluta con un fundamentación de la responsabilidad del partícipe basada en el hecho de favorecer el delito de un tercero, ni se renuncia por completo a la accesoriedad con una fundamentación centrada en el ataque independiente sobre el bien jurídico<sup>60</sup>. Además, a esta postura intermedia se le ha criticado la excesiva importancia que también en ella se le habría dado al pensamiento de la causación<sup>61</sup>.

## **II.2 Modernas tendencias.**

Hay un grupo de propuestas doctrinales sobre el fundamento de la participación criminal, que por el contenido de sus ideas no pueden ser encuadrados en las teorías descritas anteriormente; no obstante, lo interesante de sus planteamientos y de sus ideas generales amerita que sean expuestas.

### **II.2.1 La solidarización con el injusto ajeno.**

Bajo esta denominación se engloba la propuesta de HERIBERT SCHUMANN<sup>62</sup>, quien intenta renovar la idea de la independencia del injusto de la participación aunque con distintos matices<sup>63</sup>. Tomando como eje fundamental de su propuesta el *principio de autorresponsabilidad*, señala que si cada persona es responsable por su propia conducta, se

---

<sup>59</sup> *Ídem*.

<sup>60</sup> MARAVER GÓMEZ, Mario. "Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad". En: *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*. Idemsa. Lima. 2007. Pg. 470; PEÑARANDA RAMOS. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Pgs. 329-330.

<sup>61</sup> Cfr., PEÑARANDA RAMOS. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Pg. 331.

<sup>62</sup> Vid., SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. JCB Mohr. Tübingen. 1986.

<sup>63</sup> Cfr., ROXIN. "Acerca del fundamento penal de la participación". Pgs. 375-376.

ha de concluir que un individuo no puede responder por lo que otro haga, si éste ha obrado de forma responsable. El motivo del castigo del partícipe no puede hallarse, por tanto, en la responsabilidad por el resultado del autor<sup>64</sup>, sino en la *solidarización* del partícipe con el injusto ajeno<sup>65</sup>.

Por resultar extraño a los intereses de su propuesta, SCHUMANN descarta todo intento por fundamentar la punibilidad de los partícipes desde las teorías de la causalidad, porque de esta manera, aquellos serían hechos responsables por una actuación ajena; lo que entraría en contradicción con el principio de autorresponsabilidad. Para SCHUMANN la razón por la cual se justifica la punición del partícipe ha de buscarse desde otra perspectiva, en este caso, a partir del campo del *desvalor de la acción*; pues a su entender, el partícipe con su comportamiento expresa que se solidariza, se familiariza o hace causa común con el hecho ajeno, y por consiguiente, conmociona la paz jurídica.

En esta misma dirección, para este autor, la lesión o puesta en peligro abstracta o concreta de un bien jurídico no es el criterio único ni necesario para el juicio de una acción como socialmente lesiva. Los intereses sociales resultan lesionados desde el momento en el cual una acción “comporta un desprecio hacia los valores fundamentales del sentir jurídico”, conforma un peligro desde el punto de vista psicológico-social para la vigencia del Derecho y es adecuada para quebrantar el sentimiento de paz y seguridad jurídica, de manera que representa un “ejemplo insoportable” para la comunidad<sup>66</sup>. Luego, la razón por la que se puede hacer responsable al partícipe radica en el desvalor de su acto, esto es, en que el partícipe se solidariza con el injusto del autor.

Para determinar si se configura o no dicha solidaridad del cómplice con el injusto ajeno, SCHUMANN ha propuesto una serie de criterios que posibilitan llegar a establecer la existencia de tal relación de solidaridad. Por un lado, sostiene el criterio de la “proximidad al hecho”<sup>67</sup>, según el cual, se precisa que la contribución al hecho criminal se

---

<sup>64</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 102.

<sup>65</sup> *Ibidem*, Pg. 104. ROBLES PLANAS ha resaltado los aciertos de la propuesta de SCHUMANN cuando señala que es mérito de este autor “*el haber puesto de manifiesto que la participación significa ante todo asociar dos ámbitos de responsabilidad en un mismo contexto de ataque al bien protegido. En este sentido, la asociación se produce a pesar del principio de autorresponsabilidad. El Derecho garantiza y presume la separación de esferas de responsabilidad excepto cuando exista un motivo para afirmar lo contrario. En este sentido, si se pone el acento en el desvalor de la acción, un criterio para destruir la separación entre esferas de responsabilidad puede hallarse en la «solidarización con el injusto ajeno»*”.

<sup>66</sup> Cfr., SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. Pgs. 49-50.

<sup>67</sup> *Ibidem*, Pg. 54.

presente tras el comienzo del estadio de la tentativa, en tanto aquí ya existe una impresión social-psicológica peligrosa a causa de la solidarización, situación que no se presenta si la contribución es prestada durante los actos preparatorios. Un segundo elemento que se ha de tomar en consideración, es el precisar si la acción del potencial favorecedor se da o transcurre dentro de la rutina diaria profesional<sup>68</sup>, pues si este el caso, no se podría hablar de solidaridad. Ahora bien, al interior de este criterio se incluyen otros aspectos a tomar en cuenta, como por ejemplo, determinar si el agente tuvo o no conocimiento del plan delictivo del autor o la constatación de si el sujeto se desvía de una decisión tomada antes del conocimiento de dicho proyecto. Un tercer elemento tiene que ver con el contenido material de la acción<sup>69</sup>. Aquí, se trata de determinar si la prestación que se hace a favor del autor de un delito se enmarca dentro de la satisfacción de necesidades básicas, y se presta con total independencia respecto del proyecto delictivo del autor.

Sin embargo, a pesar de lo interesante del planteamiento de SCHUMANN, éste no ha sido ajeno a una serie de críticas<sup>70</sup>. Por un lado se sostiene que resulta ser un tanto difuso o ambiguo, pues con la sola expresión de que una conducta se solidariza con otra, no se dice nada acerca de cuáles son las condiciones por las que el aporte de un sujeto deja de ser una conducta *per se* inocua y, por el contrario, constituye una conducta peligrosa. Además, la terminología empleada evoca inevitablemente contenidos intencionales o incluso emocionales, donde en realidad operan más bien criterios objetivos de imputación, como los planteados por JAKOBS en la prohibición de regreso<sup>71</sup>.

Esta propuesta no logra convencer totalmente, en tanto como el mismo SCHUMANN señala, el solidarizarse implica la configuración de un “peligro socio-psicológico para la vigencia del Derecho”, y por el cual se podría “conmover el sentimiento de una segura paz jurídica”, concretizándose como un “ejemplo insoportable”. Ello significa que la participación criminal sería vista como una forma de delito de turbación de la paz. Empero, como claramente ha expresado ROXIN, dicha turbación que se originaria de la participación no radica en la caída de los valores fundamentales de la actitud jurídica interna, sino en la producción del resultado; pues en caso contrario, la participación tentada tendría que ser equiparada a la consumada<sup>72</sup>. Por ejemplo, de acuerdo

---

<sup>68</sup> *Ibidem*, Pg. 62.

<sup>69</sup> *Ibidem*, Pg. 67.

<sup>70</sup> Cfr., GÓMEZ RIVERO. *La inducción a cometer el delito*. Pg. 47.

<sup>71</sup> Cfr., PEÑARANDA RAMOS. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Pg. 332.

<sup>72</sup> Cfr., ROXIN. “Acerca del fundamento penal de la participación”. Pg. 377.

con la propuesta de SCHUMANN debería considerarse cómplice a quien vende un arma a un asesino, pero no a quien vende un destornillador al sujeto que planea robar en una casa, ello en atención al criterio del significado expresivo de las conductas.

Por otro lado, si con la propuesta de este autor se sostiene que el Derecho garantiza y presume la separación de esferas de organización, salvo cuando exista un motivo para afirmar lo contrario, el criterio para destruir dicha separación sería el de la solidaridad con el injusto ajeno. Luego, participación se podría interpretar como el asociar dos ámbitos de responsabilidad en un mismo contexto de ataque a un bien protegido. Mas, si el injusto del partícipe se materializa en la solidarización con el hecho del autor principal, la ejecución de éste no desempeña papel alguno; esto es, el ataque a la vigencia del Derecho como desvalor de la acción tendría lugar con independencia de si el autor lleva el hecho principal hasta el inicio de la ejecución. Por consiguiente, el fundamento penal de la participación no puede descansar sólo en la solidarización, porque ello supondría renunciar a la necesidad de una relación de causalidad entre la acción del partícipe y el resultado del autor<sup>73</sup>.

### **II.2.2 Teoría de la participación en el injusto referida al resultado.**

Esta teoría desarrollada por GÜNTHER JAKOBS, si bien es similar a las concepciones postuladas bajo el epígrafe de la teoría de la participación en el injusto, no obstante presenta divergencias esenciales en el plano de la fundamentación. La idea general que defiende el profesor alemán, es aquella según la cual “el injusto de la participación consiste en el ataque propio -mas no en concepto de autor- a un bien por medio de la causación imputable de un hecho en concepto de autor: *la causación imputable de un hecho de autor con dolo propio de consumación*”<sup>74</sup>.

Para llegar a esta conclusión, JAKOBS toma en consideración tres pasos: en primer lugar, justifica el castigo de la participación a partir de que la concibe como una forma de extensión o de ampliación de la punibilidad; en tanto el partícipe posee asimismo una parte del hecho (si bien *cuantitativamente* reducida). De manera tal que la realización del hecho principal también es ejecución para el partícipe y su aportación en la fase previa constituye el motivo por el cual esa ejecución puede imputársele como obra suya, esto es lo que se

---

<sup>73</sup> Cfr., BLANCO CORDERO. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Pg. 58.

<sup>74</sup> JAKOBS. *Derecho Penal - Parte General*. Pg. 798 Párrafo 9.

denomina la *accesoriedad cuantitativa*<sup>75</sup>. La importancia para la participación criminal de que se configure el hecho principal radica en que, tomadas aisladamente de aquél, las conductas de participación no son más que actos internos entre los intervinientes; pero sin llegar a constituir una perturbación exteriorizada, en tanto, “sólo el hecho principal exterioriza (también) el comportamiento del partícipe”<sup>76</sup>.

En segundo lugar, JAKOBS demanda tomar en consideración, ¿cuáles son las normas que vulneran las conductas de los partícipes? Para este autor, lo que aquellos infringen no son las prohibiciones de realizar el tipo penal tal y como está descrito en la Parte Especial de los Códigos Penales, sino sólo la prohibición ampliada por medio de las regulaciones de la participación contenidas en la Parte General.

En tercer lugar, el partícipe no responde porque favorece la realización de un hecho típico por parte del autor principal, sino porque la ejecución de éste también se le puede imputar a él: la ejecución es también obra *suya*, debido a la causa común que lleva a cabo con el autor principal<sup>77</sup>.

Para JAKOBS, la participación es reparto de trabajo en una organización común dirigida a una obra única: el delito. Pero, en Derecho penal lo punible no es el reparto, sino el hecho. Por eso, sólo será autor quien comete el delito directamente, mientras que quien no lo hace así, únicamente puede responder porque el hecho resultante también le pertenece y le puede ser imputado en base a una razón: la aportación en la fase previa. Luego, destinatario de la imputación no es solamente el que ejecuta sino también el colectivo al que pertenece el delito. En resumen, se trata de un solo injusto aunque sea propio de varias personas.

Las críticas a esta postura, se han centrado en que con ella se llega al establecimiento de un concepto extensivo o unitario de autor, debido a que al momento de fundamentarse la responsabilidad penal de los distintos intervinientes, no se establece ningún tipo de diferencia cualitativa entre autores y partícipes. En tanto se toma en consideración que éstos actúan en un hecho colectivo, se sostiene que tienen una igual relación directa con el tipo, y por tanto la diferencia entre ellos sólo se establecerá desde un punto de vista cuantitativo al momento de proceder a la determinación de la pena. Además,

---

<sup>75</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 129.

<sup>76</sup> JAKOBS. *Derecho Penal - Parte General*. Pg. 797 Párrafo 6. (Con cursivas en el original).

<sup>77</sup> *Ibidem*, Pg. 797 Párrafo 8.

se le crítica a lo postulado por JAKOBS, que flexibiliza la importancia de la accesoriedad como criterio limitador de la responsabilidad de los partícipes, debido a que aquella se ha de desprender de la relación de éstos con el tipo y no de la responsabilidad de los demás. También se le ha criticado, el escaso valor que se le otorga a la delimitación de ámbitos de responsabilidad en el momento de fundamentar la responsabilidad de los distintos intervinientes. Es decir, con esta clase de concepciones, casi ni se tiene en cuenta de que intervenga un tercero autorresponsable. Así, se manifiesta que “si el sujeto puede llegar a ser considerado competente del riesgo desaprobado con independencia de que medie la conducta de un tercero autorresponsable, es porque el tercero recibe una consideración semejante a la que recibiría cualquier factor de carácter natural”<sup>78</sup>.

### III. VALORACIÓN.

Una vez que he expuesto descriptivamente, las posiciones más resaltantes que intentan otorgar una respuesta válida a la pregunta de *por qué* se sanciona al partícipe, se puede arribar a la conclusión de que el injusto de la participación debe ser entendido, por un lado de forma autónoma y; por otro, de manera armonizada con la idea según la cual el partícipe interviene en un hecho típico. Ello, en tanto conforme se presenta en el grupo de casos reunidos bajo la denominación de *conductas neutrales* -como problema de límites a la participación en el delito-, la intervención puede tener lugar antes del inicio de la realización del delito (inicio de la tentativa), de manera que no puede hablarse del injusto de la participación sin tomar en consideración el tipo de la parte especial; en caso contrario, se vulneraría el principio de la responsabilidad por el hecho.

Como en esta tesis parto de la idea de que, solamente estableciendo de forma acertada el fundamento por el que puede ser sancionado el partícipe es que se llegará a responder a la pregunta acerca de los límites de su responsabilidad, en el siguiente capítulo desarrollaré mi concepción personal para poder justificar razonablemente el castigo de la participación criminal, exclusivamente en los así llamados *delitos en virtud de organización*.

---

<sup>78</sup> MARAVER GÓMEZ. “Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad”. Pg. 477.

# CAPITULO III

## CONCEPCIÓN PERSONAL SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LOS PARTÍCIPES EN LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN PERSONAL

**SUMARIO:** *I. PLANTEAMIENTO. II. BASES FILOSÓFICAS PARA FUNDAMENTAR LA AUTODETERMINACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD POR EL PROPIO INJUSTO. II.1 Generalidades. II.2 Persona como construcción normativa-social. II.3 La persona y la libertad individual. II.3.1 La persona y la libertad desde la filosofía moderna. II.3.1.1 La filosofía política. II.3.1.2 El empirismo. II.3.1.3 La filosofía de la ilustración. II.3.1.4 La filosofía utilitarista. II.3.1.5 La filosofía idealista alemana. II.3.1.5.1 El concepto de libertad en KANT. II.3.1.5.2 El concepto de libertad en HEGEL. II.3.2 La libertad individual III. FUNDAMENTO JURÍDICO-PENAL DE LA LIBERTAD Y DEL CASTIGO POR LA INTERVENCIÓN EN UN DELITO. III.1 Introducción. III.2 Objeto de referencia del principio de responsabilidad por el propio injusto. III.3 El principio de responsabilidad por el propio injusto. IV. VALORACIÓN.*

### **I. PLANTEAMIENTO.**

El objetivo de esta tesis es encontrar una solución al problema que plantean los denominados comportamientos neutrales o estándar cuando concurren junto con otras conductas en una infracción criminal. Más allá de la búsqueda por una solución *ad hoc*, nuestra intención es encontrar, en primer lugar, las líneas fundamentales que nos permitan conocer la razón por la cual se sanciona penalmente a los partícipes y, a partir de ello, poder determinar con acierto, cuáles son los límites de su responsabilidad. Posteriormente, estaremos en la capacidad de aplicar aquellos criterios para poder solucionar el problema de las conductas neutrales de favorecimiento al delito<sup>79</sup>. En este marco de análisis,

---

<sup>79</sup> El empleo de este método se observa ya en la obra del filósofo griego PLATÓN. *República*. Traducción directa del griego por Antonio Camarero. 24ª edición, 4ª reimpresión. Eudeba. Buenos Aires. 2005. Pgs. 188

debemos fijar previamente, conforme a nuestro modo de ver, que la ejecución del hecho típico es el objeto de la imputación, tanto para el autor como para el partícipe<sup>80</sup>.

Ahora bien, la propuesta por la formación de un modelo de alcance global para solucionar los problemas de la participación criminal tiene que asentarse sobre bases firmes. El punto de partida de toda construcción dogmática ha de ser la consideración del sujeto como “persona con una especial cualidad normativa en lo que se refiere al trato con sus propios bienes”<sup>81</sup>; esta consideración hace referencia al principio de autorresponsabilidad por el propio injusto<sup>82</sup>, pues para que la conducta de un sujeto adquiera relevancia jurídico-penal, el actuar del sujeto ha de ser autorresponsable<sup>83</sup>. Si tomamos en consideración que dicho principio se apoya sobre la base de un principio general de autorresponsabilidad<sup>84</sup>, comenzaré por mostrar el contenido que tiene este último; en tanto, es necesario indagar acerca de la funcionalidad de este concepto en el tema que desarrollamos.

## II. BASES FILOSÓFICAS PARA FUNDAMENTAR LA AUTODETERMINACIÓN Y LA RESPONSABILIDAD POR EL PROPIO INJUSTO.

---

y 189. Libro II. Párrafos 368d -369b. Dicho método es denominado por los estudiosos de los textos de este filósofo como el *Principio de analogía*, en tanto, de lo que se trata es de establecer una relación de correspondencia entre dos elementos que comparten elementos comunes. Señala PLATÓN -en su búsqueda por conocer la naturaleza de la justicia y de la injusticia- por medio del personaje principal de sus textos, su maestro SÓCRATES, que: “(...) lo mejor será seguir un procedimiento análogo al de esas personas que no gozan de buena vista, a quienes se les ordena leer desde lejos ciertas letras escritas en caracteres pequeños. Si una de esas personas observara que esas mismas letras se encuentran escritas en otra parte, en grandes caracteres y en una superficie más amplia, creo que lo más ventajoso les sería leerlas antes en los caracteres grandes y compararlas luego con los pequeños para ver si son las mismas”.

<sup>80</sup> Vid., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 161.

<sup>81</sup> CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. 2ª edición. Bosch. Barcelona. 2001. Pg. 259.

<sup>82</sup> *Ibidem*, Pg. 262. CANCIO ha criticado el desmedido uso que se hace de esta figura en la doctrina penal, señalando que es frecuente que en los distintos tratamientos dogmáticos se utilice la figura de la autorresponsabilidad, más como un eslogan que como un principio adecuadamente fundamentado, lo que ha conllevado a que invocando dicho principio aparezcan soluciones dogmáticas del más variado corte.

<sup>83</sup> Cfr., BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Bosch. Barcelona. 1994. Pg. 54; este autor resalta la concepción del principio de autorresponsabilidad por el propio comportamiento organizador, como uno de los principios básicos de la imputación penal; en tanto “*comporta que de él puedan extraerse consecuencias, tanto para la teoría de la comisión como para la teoría de la omisión, para la teoría de la autoría, para la teoría de las causas de justificación, etcétera*”.

<sup>84</sup> La terminología empleada para hacer referencia a esta capacidad de los sujetos es variada, por ejemplo, se emplean las expresiones “autorresponsabilidad”, “propia responsabilidad”, “libre responsabilidad”, “autodeterminación” y también se hace uso del término “autonomía”.

## II. 1 Generalidades.

Es ya clásico sostener en la doctrina penal que sólo una persona (en tanto ser con capacidad racional y razonable) puede ser sujeto de imputación. Si el Derecho penal le atribuye a un sujeto una conducta antijurídica y como consecuencia de aquella le impone una sanción penal; dicho proceso de imputación -en un Estado respetuoso de las garantías erigidas a favor del ciudadano- ha de realizarse sin violentar la manera cómo son vistos los ciudadanos por el ordenamiento jurídico<sup>85</sup>. Como lo sostuvo HENKEL: “el hombre no es, ciertamente, la medida de *todas* las cosas, pero sí *una* medida a la que se orienta la conformación del Derecho, un factor *decisivo* para el Derecho”<sup>86</sup>.

La base del juicio de imputación penal radica en que todo hombre ha de ser concebido como un ser que es libre y tiene la capacidad de autodeterminarse. Esta libertad, es la que le permite administrar su propio ámbito de competencia y de responsabilidad, de manera tal que, cada hombre libre, debe de ser responsable por las consecuencias de su actuar autónomo<sup>87</sup>. La fuente de la cual emana esta capacidad de autorresponsabilidad se encuentra tanto en la noción de la dignidad humana<sup>88</sup> como del libre desarrollo de la

---

<sup>85</sup> Vid., RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el Derecho*. Traducción de Aníbal Del Campo. Depalma. Buenos Aires. 1980. Pg. 17. Este autor ha señalado que: “*el cambio de la imagen del hombre propuesta al derecho, es el que «hace época» en su historia. Nada es tan definitivo para el estilo de una época jurídica como la concepción del hombre por la cual ésta se rige*”. En el mismo sentido, vid., HENKEL, Heinrich. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Taurus ediciones. Madrid. 1968. Pg. 278; cuando afirma que: “*las exigencias jurídicas dirigidas al hombre en su hacer u omitir concuerdan con las ideas sobre el hombre que tiene el dador de la norma. La determinación del contenido de los mandatos y prohibiciones jurídicos presupone, necesariamente, un acto de autocomprensión del hombre*”.

<sup>86</sup> HENKEL, Heinrich. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Pg. 278.

<sup>87</sup> Cfr., SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. “Cuestiones filosóficas, dogmáticas y político-criminales del delito de instigación al suicidio”. En: *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*. IDEMSA. Lima. 2007. Pg. 953.

Sobre este mismo punto, vid., HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y M<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita. Tirant lo blanch. Valencia. 1999. Pg. 164, para este autor el “*Dominio humano del mundo y responsabilidad de las personas por las consecuencias de sus acciones son, pues, los principios básicos de cualquier idea sobre la imputación. Y a la vez son también los principios básicos de cualquier forma de interacción entre personas*”.

<sup>88</sup> Desde nuestra perspectiva, la dignidad humana se podrá expresar a través de la libertad y la autonomía individual. Una postura similar en FEIJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Pg. 42; quien afirma: “*La dignidad, en sentido normativo, conlleva el principio de autonomía o autodeterminación de los ciudadanos. El ciudadano se define como tal cuando detenta la competencia exclusiva sobre sus decisiones. Este principio presupone el respeto de los ciudadanos al Derecho. Sin esa adscripción de respeto a las normas no sería posible que el Estado respetara esa competencia privativa del ciudadano para tomar decisiones y actuar de acuerdo con ellas. No es comprensible la libertad sin esa atribución de responsabilidad en virtud de un deber irrenunciable como ciudadano, como persona en el Derecho. Hasta donde llega el reconocimiento de autodeterminación llega la responsabilidad*”.

personalidad<sup>89</sup>. Además, tomando en consideración que nos desenvolvemos en un Estado social y democrático de Derecho, se entiende que al interior de éste, la idea rectora de los distintos cuerpos normativos, en particular el penal, va a estar orientado por la noción de autonomía de los individuos, la cual presupone la separación entre las distintas esferas de organización o de intereses. Conforme a esta idea reguladora, en todo sistema social hay que reconocer una división o separación entre espacios jurídicos de intereses autónomos, en los cuales cada individuo ejerce su *libertad organizativa*, su *propia autodeterminación*<sup>90</sup>. Sin dejar de lado, claro está, que la autonomía individual no sólo significa autodeterminación del individuo en su propio ámbito, sino que bajo dicha definición se incluye la noción de responsabilidad por la propia organización, pues como afirma HEIKO LESCH, “libertad sin responsabilidad no es libertad *personal*, sino pura arbitrariedad”<sup>91</sup>.

En consecuencia, una determinación adecuada de la idea de autorresponsabilidad - asociada con otras instituciones dogmáticas- nos posibilitará elaborar adecuadamente el marco sistemático-dogmático en el cual se buscará una acertada solución a los problemas que surgen al momento de fijar los límites de la participación criminal.

## II.2 Persona como construcción normativa-social.

A lo largo del desarrollo del Derecho, y en particular del Derecho penal, la persona ha sido concebida de distintas formas dependiendo de la escuela y el método que estas empleaban para construir y fundamentar los diferentes institutos penales. Así, por ejemplo,

---

<sup>89</sup> La Constitución Política del Perú de 1993, le otorga reconocimiento tanto a la dignidad como al libre desarrollo de la personalidad. Así, en su artículo 1° señala: “*La defensa de la persona humana y el respeto de su **dignidad** son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”. Y, en el inciso 1 del artículo 2° menciona: “*Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su **libre desarrollo** y bienestar (...)*”. (Las negritas son nuestras).

FEIJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Pg. 41; resalta que el reconocimiento de la dignidad como fundamento de un orden jurídico y político trae consigo el reconocimiento recíproco de un ámbito de autodeterminación, que varía en función de la manera cómo se ha configurado y ha evolucionado la realidad social: “*Alguien es persona cuando es reconocido como un igual en un determinado orden social. Se le reconoce la capacidad de determinarse conforme a valores, lo cual comporta el reconocimiento del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Ese reconocimiento por parte de los otros, esa «dignificación», conlleva el reconocer a los otros como integrantes del orden social también como iguales; es decir, como sujetos que tienen los mismos deberes y derechos que uno mismo*”.

<sup>90</sup> Cfr., BALDÓ LAVILLA. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Pg. 47 ss. Este autor distingue al interior de la idea de autonomía individual tres principios operativos que van a concretar el contenido de aquella. Estos principios son: a) el principio de autodefinición de intereses propios; b) el principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador, y c) el principio de asunción personal de riesgos no imputables a esferas organizativas ajenas.

<sup>91</sup> LESCH. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Pg. 32.

durante el auge de la escuela clásica de FRANZ VON LISZT, ERNST VON BELING y GUSTAV RADBRUCH, conocida como el positivismo naturalista, la persona era concebida como un mero proceso mecánico y biológico. Luego, con la irrupción de la escuela finalista de HANS WELZEL, la persona era entendida como una “unidad psicofísica”. Pero, desde el momento en que el Derecho penal ha venido siendo formulado e interpretado a partir de una perspectiva teleológica-funcional, se ha adoptado un *concepto normativo de persona*.

En clave teleológico-funcional, la configuración de la sociedad ya no se plasma en naturalismos o estructuras lógico-objetivas, sino en instituciones. El delito es concebido como la vulneración de una norma penal -en cuanto se trata de una expectativa socialmente institucionalizada- por parte de una persona, quien al ser competente de dicha infracción ha de ser hecha responsable jurídico-penalmente.

Todo este proceso, explicado normativamente, tiene como eje central a la persona, a cuya conducta se le ha de imputar la realización de un suceso delictivo. Lo mismo vale, para el caso que frente a un mismo hecho criminal concurren, ya no una, sino varias personas; esto es, los supuestos de “codelinuencia”. Por ello, resulta imprescindible desarrollar todo aquello que trasciende tras el empleo de la idea de *persona*. El origen etimológico de esta palabra es latino, y con ella se hace alusión al *disfraz* que un hombre utiliza para representar, de manera ficticia, a alguien o a algo en un escenario. En particular, con esta palabra, se hace referencia a la parte que cubre el rostro; esto es, a una máscara o careta. En este sentido, la persona vendría a ser la *máscara*, y no la expresión de la subjetividad de quien se encuentra detrás de ella. Esto último, es decir, la distinción entre persona y sujeto, ha sido tomada en consideración para postular una serie de concepciones que tratan de constituir los elementos jurídicos desde planos normativos alejados de una fundamentación de corte ontológico o naturalista.

De acuerdo con lo defendido en el Derecho penal por GÜNTHER JAKOBS<sup>92</sup>, son los procesos de comunicación desarrollados al interior de un sistema social los que van a definir a la persona. Por consiguiente, la interpretación del delincuente como una persona que, como igual, expresa un sentido con validez general, el mismo que se ve contradicho con la pena, está vinculada a una concepción de la sociedad como “comunicación que

---

<sup>92</sup> Cfr., JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Civitas. Madrid. 1996. Pgs. 69-85.

reconoce”<sup>93</sup>. Esta comunicación, denominada también *personal*, implica en el plano del Derecho, el reconocimiento del otro como igual; y se diferencia de otro proceso comunicativo denominado *instrumental*. Precisaré el contenido de este último.

La comunicación instrumental hace referencia a la presencia de un sujeto que se desenvuelve de acuerdo a un código: *satisfacción / insatisfacción*<sup>94</sup>. Éste, implica la traducción de las necesidades corporales del individuo, lo que le permitirá administrar el mundo exterior, buscando eliminar sus estados de insatisfacción. Además, en este mismo marco, el sujeto se ve como el administrador absoluto de todo su entorno, y todo lo que ocurra a su alrededor está determinado por su psique. Sin embargo, en esta referencia que el sujeto tiene de su mundo, no puede verse así mismo, en tanto la presencia de otros sujetos parecidos a él, no deja de estar dominado por el código antes mencionado. De esta manera, el individuo que se encuentra con otros semejantes a él, y que reconoce en ellos una constitución distinta a la de las plantas o una piedra, por ejemplo, intentará domesticarlos o *máxime* establecer una colaboración útil según las relaciones simbióticas. Pero aquí, aún no es posible hablar de la existencia de un mundo objetivo común ni de un reconocimiento racional del otro como igual (es decir de la existencia de un sujeto interpretado socialmente), esto es, de una *persona*.

Sobre la base de este conocimiento de la existencia de otros individuos iguales o centros preferenciales -aunque referido básicamente a una composición física- es que surge un *nuevo mundo*. En términos de JAKOBS, la relación con al menos otro individuo no se basa solamente en las propias preferencias, sino que se define mínimamente mediante una regla independiente de ellas; de tal manera que el otro puede invocar esa regla. Aquella, es una norma social en sentido estricto; puesto que si se infringe, ello significa elegir una configuración del mundo de cuya toma en consideración había sido precisamente exonerado el otro<sup>95</sup>. Esto implica que el sujeto ya no se ve como un centro de administración de sus propias referencias, sino que va a emprender actividades que solamente tienen sentido en relación con los demás<sup>96</sup>. En este proceso de comunicación, el

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, Pg. 69.

<sup>94</sup> Cfr., JAKOBS, Günther. *Sobre la génesis de la obligación jurídica*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1999. Pg. 8: “O conforme a un esquema subordinado a éste, como estímulo muscular / inacción”.

<sup>95</sup> Cfr., JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Pg. 79.

<sup>96</sup> En este sentido, RADBRUCH. *El hombre en el Derecho*. Pg. 25; afirma que: “El hombre en el derecho no es ya en lo sucesivo el Robinson o Adán, no es ya el individuo aislado, sino el hombre en sociedad, el hombre colectivo”.

sujeto ya reconoce a los otros como iguales a sí mismo y, a partir de ello ya puede verse a sí mismo.

Ahora bien, tal como lo he señalado, el contexto social en el cual nos desenvolvemos, se caracteriza por la existencia de procesos de interrelación altamente dinámicos y complejos, en los que resulta imposible un *reconocimiento individualizado* entre los sujetos. A diferencia de lo que podía haber sucedido en los centros urbanos de la antigüedad, caracterizados por la presencia de un pequeño número de pobladores; y en el que el comportamiento del otro solamente podía ser interpretado en atención a su sentido subjetivo -el cual en aquél contexto sí se podía conocer- hoy, en una sociedad pluralista, resulta muy complicado poder acceder, de modo directo, a la subjetividad de un ser humano, pues el modo masivo en que se desenvuelven los contactos sociales hace que éstos sean en su mayoría anónimos; haciendo casi imposible acceder a la configuración individual de la vida de cada uno.

En el entorno social actual, la eventual inviabilidad de este reconocimiento individual podrá ser subsanada y por ende se posibilitará el desarrollo social, si sobre la base de aquél se tiene como fuente a las *normas* según las cuales se constituyen las personas y que se encuentran en el medio de sus relaciones, a manera de su mundo vinculante<sup>97</sup>. Estas normas son el mundo objetivo. Objetivo porque determinan la comunicación y lo hacen con independencia de las preferencias actuales de cada individuo<sup>98</sup>: su subjetividad. Así, desde el punto de vista de la sociedad, no son las personas las que fundamentan la comunicación personal a partir de sí mismas; sino es la comunicación personal la que pasa a definir a los individuos como personas<sup>99</sup>. Si en un Derecho penal funcional la persona se define a través de lo colectivo, es decir, a través de las normas; no se está haciendo referencia a la persona en cuanto naturaleza<sup>100</sup>, sino por el contrario, en referencia a su significado para el Derecho<sup>101</sup>. Por lo tanto, en una vida social en la que los contactos anónimos son absolutamente frecuentes, disponemos de poco más datos de las otras personas que su deber de respetar las normas jurídicas. Ello no significa

---

<sup>97</sup> Cfr., FEIJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Pg. 41.

<sup>98</sup> Cfr., JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Pg. 80.

<sup>99</sup> *Ibidem*, Pg. 81.

<sup>100</sup> Vid., RADBRUCH. *El hombre en el Derecho*. Pg. 17; este autor apunta que: “Un ordenamiento jurídico no puede ser recortado sobre el hombre real, individual, que transita por la tierra, sobre todos sus caprichos, humores, spleens, sobre el vasto herbario de plantas raras que llamamos humanidad”.

<sup>101</sup> Cfr., MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo - PERDOMO TORRES, Jorge. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006. Pg. 21.

que desaparezcan como individuos, sino que sólo tenemos en cuenta su dimensión social como personas<sup>102</sup>.

Ahora bien, una vez que se ha creado un mundo objetivo se puede hablar de sociedad y, los partícipes de ésta, es decir, los individuos representados comunicativamente como relevantes, se definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo; es decir, al menos *una* norma<sup>103</sup>. Esto significa que los partícipes, siguiendo la metáfora de la “máscara”, ya tienen un papel que desempeñar. Como se ha venido afirmando: los actores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: *personas*. Es entre éstas, donde se determina a quién le compete un curso lesivo: a un autor, a un tercero, o a la víctima<sup>104</sup>, en tanto, las expectativas garantizadas jurídicamente sólo se ven defraudadas por una conducta objetivamente defectuosa, sin tener en cuenta aspectos individuales. Asimismo, como estas expectativas (como todas) se dirigen a personas (portadoras de un rol), el requisito mínimo de una defraudación es el quebrantamiento de un rol<sup>105</sup>.

En definitiva, el proceso de imputación de un hecho a un sujeto tiene como base la consideración de las personas como constituidas normativamente a partir de roles o funciones que desempeñan en la sociedad (y no definidas en consideración a su naturaleza individual). De tal manera que, en un primer momento, cuando se configure la defraudación de un rol, esto es, en el momento en que un sujeto falta a sus deberes, surgirá como segundo momento un juicio de imputación jurídico-penal, en el cual se buscará atribuir el suceso delictivo a la conducta de la persona.

En la concepción de persona, hacia la que me inclino, debemos entender que se toma en cuenta una orientación funcionalista del Derecho, lo cual significa que si la misión del Derecho penal consiste en mantener la configuración normativa de la sociedad, a la persona, en tanto definido desde lo social, se le ha de asignar el deber de fidelidad al Derecho, esto es, el deber de no delinquir<sup>106</sup>. En contrapartida con éste, a las personas se

---

<sup>102</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, José Bernardo. “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas”. En: *Imputación objetiva en Derecho penal*. Grijley. Lima. 2002. Pg. 285.

<sup>103</sup> Cfr., JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Pg. 51.

<sup>104</sup> *Ibidem*, Pg. 53.

<sup>105</sup> *Ibidem*, Pgs. 54-55.

<sup>106</sup> Cfr., MONTEALEGRE LYNETT - PERDOMO TORRES. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Pg. 27.

les reconoce el derecho de poder conducirse en libertad, dentro de un ámbito de organización que le reconoce la sociedad, es decir, que del cumplimiento de su deber, la persona es beneficiada con un derecho a la libertad de actuación, todo ello, en el marco de un reconocimiento recíproco entre los sujetos como personas en Derecho con determinadas expectativas. La responsabilidad jurídico-penal no se desencadena por un accionar en el sentido naturalista, sino por la lesión de los deberes que resultan de la competencia por organización: las expectativas de los demás no están dirigidas a lo que un hombre capaz de organizar algo determinado haría o no, sino a cómo debería comportarse una persona dentro de su ámbito de organización. Con JAKOBS, conciso y breve, “nadie responde en su condición de Hombre, sino todos en la de Personas”<sup>107</sup>.

### **II.3 La persona y la libertad individual.**

#### **II.3.1 La persona y la libertad desde la filosofía moderna.**

Tradicionalmente, la libertad se ha venido constituyendo en el punto de partida de las elucubraciones formuladas a partir de la filosofía práctica. Ésta, busca elevar al individuo (considerado como ente físico) a la categoría de sujeto práctico que se define a través de la idea de libertad, aportándole así el material con el cual éste puede interactuar. De esta manera, la libertad cobra su mayor expresión en el actuar de un sujeto que sabe como *debe* relacionarse con los demás<sup>108</sup>.

El punto más resaltante de coincidencia al cual han arribado las posturas filosóficas prácticas, se puede sintetizar en la concepción del individuo como sujeto que se autodetermina; esto es, que la idea de autonomía hace referencia a que a todo ciudadano le incumbe un ámbito propio de organización. Dentro de los límites de dicho espacio, el sujeto -en sentido positivo- es libre de hacer o dejar de hacer lo que considere necesario; sin embargo, debe evitar -en sentido negativo- que su organización salga de esas fronteras y entre en colisión con el ámbito de administración de otro sujeto. La irrupción en el

---

<sup>107</sup> JAKOBS, Günther. *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1996. Pgs. 51-52.

<sup>108</sup> Cfr., MONTEALEGRE LYNETT - PERDOMO TORRES. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Pg. 28.

espacio de libertad de otro, implica la infracción del *neminem laede* y nos conduce a hablar de una responsabilidad por la infracción de deberes negativos de carácter general<sup>109</sup>.

Filósofos tales como LOCKE o ADAM SMITH y en algunos aspectos MILL, creían que la armonía social y el progreso eran compatibles con la reserva de un ámbito amplio de vida privada, al que no había que permitir que lo violase ni el Estado ni ninguna otra autoridad<sup>110</sup>. Estas ideas han sido tomadas por la dogmática penal, para poder fundamentar y formular instituciones jurídicas de la misma, tales como la imputación objetiva y dentro de ella: las acciones a propio riesgo. Es por esta razón que resulta necesario, a efectos de una adecuada fundamentación de nuestra propuesta sobre la participación delictiva, hacer un breve recorrido por parte del proceso evolutivo de la filosofía práctica; en este sentido, abordaré el pensamiento de las teorías contractualistas y su fructífera evolución con la filosofía idealista alemana, destacando aquí, la exposición de HEGEL con su idea normativa de libertad, que ha sido tomada por las corrientes funcionalistas del Derecho penal para formular la génesis de la obligación jurídica.

En definitiva, lo que pretendo explicar recurriendo a estas posiciones filosóficas son dos cosas. La primera, demostrar que tras el surgimiento del Estado (sociedad civil) se encuentra una manifestación libre y voluntaria de los ciudadanos, que tiene como finalidad salir del estado natural en el que predomina la ley del más fuerte; y pasar a otro en el que se le garantice su seguridad frente a los demás. En segundo lugar, en este nuevo entorno conocido como *sociedad civil* (en el cual la libertad natural de las personas se ha transformado en libertad civil), las personas se han de conducir libremente (capacidad de autodeterminación) dentro de los espacios que el Estado les reconoce; siempre y cuando no se extralimiten y terminen vulnerando espacios de organización pertenecientes a otras. De configurarse este último supuesto, los responsables deberán asumir las consecuencias de aquel suceso.

### **II.3.1.1 La filosofía política.**

---

<sup>109</sup> Sobre este punto, ver el interesante estudio de SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. “Fundamento filosófico de los delitos de dominio del hecho [delitos de organización] y de los delitos de infracción de deber”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 18. Idemsa. Lima. 2006. Pgs. 297-334.

<sup>110</sup> Cfr., BERLIN, Isaiah. “Dos conceptos de libertad”. Traducción de Julio Bayón. En: *Cuatro ensayos sobre la libertad*. 1ª reimpresión de la 1ª edición. Alianza Editorial. Madrid. 1993. Pg. 196.

El punto de partida de la idea del individuo caracterizado como ser libre y soberano, lo hallamos en la filosofía política, esto es, en el contexto del nacimiento de la filosofía individualista que se concretiza o expresa mediante la figura del *contrato social*. De acuerdo con el cual, “el estado natural se transforma en estado jurídico renunciando el ciudadano adulto -capaz de conocimiento- a una parte de su libertad natural para así poder convivir en libertad con los otros ciudadanos que igualmente renuncian a una parte de su libertad”<sup>111</sup>. El significado que trae consigo este contrato social, se puede observar desde un *plano horizontal* y un *plano vertical*. Desde el primero, dicho acuerdo “imaginario” implica la formulación de un orden jurídico vinculante para todos; mientras que desde el segundo plano, se alude a que la vigencia del contrato ha de ser garantizada institucionalmente; para ello se instituirá una autoridad encargada de velar por el cumplimiento del acuerdo. En consecuencia, para que este contrato pueda obtener los fines que impulsaron su nacimiento, es necesario que las personas realmente renuncien (libremente) a una parte de su libertad tal como fue estipulado, de manera que quien se extralimite en el uso de aquella en perjuicio de otro, estará vulnerando el acuerdo.

El punto de partida de la concepción de un individuo libre, soberano y no ligado a un orden preestablecido; se halla en la filosofía política de THOMAS HOBBES. Este filósofo defendía la idea por la cual si había que evitar que los hombres se destruyesen los unos a los otros, e hicieran de la vida social una jungla o una selva; había que instituir mayores salvaguardias para mantenerlos en su sitio y, por tanto, se precisaba aumentar el ámbito del poder central y disminuir el poder del individuo. No obstante, para este filósofo era imprescindible que una cierta parte de la vida humana debería quedar ajena a la esfera de control social<sup>112</sup>.

En su obra *Leviatán*, el hombre de HOBBES tiene por Derecho natural la libertad de poder usar su poder con la finalidad de preservar su vida. En este sentido, y de acuerdo

---

<sup>111</sup> HASSEMER. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Pg. 23.

Es necesario precisar que esta idea ya se hallaba en los planteamientos de los antiguos filósofos griegos como PLATÓN. *República*. Pgs. 172-173 Párrafos 359a y b. Aquí, al analizar la naturaleza y el origen de la justicia, este filósofo sostiene (por intermedio de SÓCRATES interlocutor principal en sus Diálogos) que: “*Los hombres fueron mutuamente injustos y padecieron la injusticia, y al cabo de conocer la una y la otra, considerándose impotentes para evitar la segunda alternativa y no pudiendo tampoco, impunemente, hacer víctimas de injusticia a los demás, convinieron en que era preferible no cometer ni padecer injusticias. Esta decisión dio origen a las leyes y a las convenciones, y se calificó de legítimo y de justo lo que estaba ordenado por la ley (...)*”.

Es decir, desde el tiempo de PLATÓN, el origen de la ciudad y la génesis mínima de la socialización estaban asociadas con la idea de **necesidad**.

<sup>112</sup> Cfr., BERLIN. “Dos conceptos de libertad”. Pg. 196.

con este autor, la libertad es entendida como “la ausencia de oposición; por oposición quiero decir impedimentos externos del movimiento”<sup>113</sup>. En consecuencia, un hombre libre “es aquél que, en aquellas cosas que puede hacer en virtud de su propia fuerza e ingenio, no se ve impedido en la realización de lo que tiene voluntad de llevar a cabo”<sup>114</sup>. De ello se deriva que los hombres tendrían derecho a todo sin ningún tipo de restricciones, y la convivencia o las relaciones entre los sujetos en estas condiciones -de primacía del derecho natural y la lucha de todos contra todos- no ofrecería seguridad alguna<sup>115</sup>. Frente a ello, HOBBS propone una suerte de *leyes fundamentales de la naturaleza*, cuya finalidad consiste en sacar a los hombres del estado de naturaleza o estado de guerra; de manera que puedan convivir en paz como medio para su conservación, por lo que estas leyes sólo conciernen a la sociedad civil. La segunda de éstas, es la que permitirá una convivencia armónica entre los hombres, en tanto establece que: “un hombre debe estar deseoso, cuando los otros lo están también, y a fin de conseguir la paz y la defensa personal hasta donde le parezca necesario, de no hacer uso de su derecho a todo, y de contentarse con tanta libertad en su relación con los otros hombres, como la que el permitiría a los otros en su trato con él”<sup>116</sup>. Ello se podría resumir de la siguiente manera: *obra con el otro conforme quieres que el otro obre contigo*.

Se puede criticar a HOBBS, que su concepto de libertad se desenvuelve en paralelo con la idea de posibilidad o no posibilidad de movimiento, es decir, se trata de un concepto *físico* de libertad; pues como el mismo ha señalado: “de todas las criaturas vivientes cuando están encarceladas o limitadas por muros o cadenas (...) decimos que no están en libertad de moverse del modo que lo harían sin esos impedimentos externos”<sup>117</sup>. Esta forma de entender la libertad es difícilmente conciliable con la idea de la misma que en este trabajo defiende. Además, desde la posición de HOBBS, la libertad no tiene un punto de referencia externo, por fuera de la idea del sujeto que la detenta. Ésta es concebida de modo instrumental, en tanto para la búsqueda de sus objetivos; el sujeto se puede imponer ante cualquier obstáculo, pues el individuo tiene derecho a todo; y para ello

---

<sup>113</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Traducción de Carlos Mellizo. 3ª reimpresión en Alianza Universidad. Madrid. 1995. Pg. 173.

<sup>114</sup> *Ídem*.

<sup>115</sup> Al respecto, señala ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Traducción de Mauro Armíño. 5ª reimpresión de la 1ª edición. Alianza Editorial. Madrid. 1988. Pg. 212; que “Hobbes pretende que el hombre es naturalmente intrépido y que no busca más que atacar y combatir”.

<sup>116</sup> HOBBS. *Leviatán*. Pg. 111.

<sup>117</sup> *Ibidem*, Pg. 173.

se vale de su libertad. La idea del contrato social, como un estadio superior de evolución respecto del estado de naturaleza, implica que en el nuevo Estado (que surge a partir de dicho pacto de la sociedad), quien domine las relaciones de poder tendrá el control del orden social. Por tal razón, se reprocha a HOBBS, que con el contrato social solamente se “suspende” el estado de naturaleza, pero no se ha sobrepasado de forma normativa<sup>118</sup>. Si todos los individuos se encuentran en un estricto vínculo externo respecto de las relaciones sociales, éstas son tenidas en cuenta solamente en la medida en que tienen utilidad para los intereses egocéntricos de los hombres. De tal suerte que, la sociedad se muestra como una unión de egoístas racionales que -como si todavía estuviesen en el estado natural- se encuentran los unos junto a los otros aisladamente, tan sólo en una forma exterior<sup>119</sup>. En este contexto, sostener que los individuos, se determinen por las relaciones sociales, o que la sociedad genere identidad sobre ellos o que los sujetos no puedan entenderse con independencia de su pertenencia al grupo; resultan supuestos totalmente inimaginables.

Esta forma de entender la relación entre los sujetos, hizo que el funcionalismo penal no acoja la idea de libertad expresa en el Leviatán. Si de lo que se trata con el Derecho penal es de proteger las formas de comunicación entre las personas al interior del sistema social, éstas han de ser concebidas como iguales; conclusión a la que no se puede arribar con la propuesta de HOBBS, en tanto, aquí los procesos de comunicación se caracterizan por ser instrumentales: el otro es tratado como instrumento para la consecución de los propios objetivos. Esta comunicación es comparable al trato con una máquina: la máquina no tiene derecho a ser utilizada de forma correcta<sup>120</sup>.

Por último, desde el punto de vista del reconocimiento por un respeto absoluto hacia la dignidad de las personas, se le puede criticar a HOBBS, que fundamente al nuevo Estado o *Leviatán* como un poder visible que se encuentre en la capacidad de mantener a los hombres aterrorizados, y que amenazándolos con inflingirles castigos los obligue a cumplir los convenios del contrato; así como observar las leyes de la naturaleza<sup>121</sup>. A partir de ello, se puede sostener que el paso del estado de naturaleza en el que se configura un insufrible estado de guerra hacia la sociedad civil, no se completa aún

---

<sup>118</sup> Cfr., MONTEALEGRE LYNETT - PERDOMO TORRES. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Pgs. 29-30.

<sup>119</sup> Cfr., LESCH. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Pg. 16.

<sup>120</sup> Cfr., JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Pg. 70.

<sup>121</sup> Cfr., HOBBS. *Leviatán*. Pg. 141.

en la propuesta de HOBBS, no obstante hay que reconocer que esta propuesta constituye un paso fundamental en la comprensión de la relación entre Estado y libertad.

### **II.3.1.2 El empirismo.**

En su búsqueda por el origen del contrato social, JOHN LOCKE distingue entre la existencia de un estado de naturaleza y un estado de guerra. De acuerdo con este filósofo, en el estado de naturaleza los hombres son libres e iguales; toda vez que se rigen por la *razón* que es la ley de la naturaleza y que, al caracterizarse por su inviolabilidad, obliga a todos. Este estado de naturaleza es “un estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la ley de la naturaleza, sin pedir permiso ni depender de la voluntad de ningún otro hombre. Es también un estado de igualdad, en el que todo poder y jurisdicción son recíprocos, y donde nadie los disfruta en mayor medida que los demás”<sup>122</sup>. Frente a este estado de naturaleza, está uno de guerra, que se identifica por la primacía de enemistad, malicia, violencia y mutua destrucción entre los hombres<sup>123</sup>.

Ante esta concepción, por la que se postula la existencia de una natural armonía en la convivencia entre los sujetos, y que es anterior o pre-social al establecimiento de una sociedad civil; se le puede criticar que no es una situación permanente entre los hombres vivir en concordia. Además, si la convivencia pacífica fuese todo lo posible en el estado de naturaleza, surge la interrogante acerca de cuál sería la necesidad de un pacto social o del surgimiento de una sociedad civil. Desde nuestro modo de entender el proceso de formación de las sociedades y las características de los procesos de relación interpersonales, creemos que en un estado de naturaleza en tanto no exista un juez superior y cada uno sea juez de sí mismo, quien es agredido o ve sus derechos vulnerados, puede responder a la agresión con agresión.

Por esta necesidad de buscar un equilibrio, orden y normalidad en la convivencia, es que se hace necesario un abandono del estado de naturaleza-guerra, para pasar a organizarse en una sociedad civil. En este proceso, a diferencia de HOBBS que postulaba la renuncia a una parte de la libertad de cada uno y entregársela a un soberano absoluto con

---

<sup>122</sup> LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Traducción de Carlos Mellizo. 2ª reimpresión. Alianza Editorial. Madrid. 1996. Pg. 36. Cap. II. Párrafo 4.

<sup>123</sup> *Ibidem*, Pg. 48. Cap. III. Párrafo 16.

autoridad ilimitada; en LOCKE esta renuncia que se hace en acuerdo con otros hombres deriva en una comunidad, y de ella en un cuerpo político en donde la mayoría tiene derecho de actuar y decidir en nombre de todos. La privación de libertad natural y el sometimiento de los hombres a la sociedad civil por el pacto social, implica la resolución por la formación de un grupo social, a fin de lograr una convivencia segura y pacífica. La consecuencia más expresiva de esta decisión, se halla en que el hombre verá limitada el amplio campo de libertad del que gozaba en el estado de naturaleza, pues la incertidumbre y la amenaza de ser invadido por otros, lo obliga a renunciar a su “imperio”, y someterse al control de otro poder; esto es, la sociedad civil<sup>124</sup>.

### **II.3.1.3 La filosofía de la ilustración.**

Asimismo merece ser destacada la propuesta de JEAN-JACQUES ROUSSEAU<sup>125</sup>; para quien, en el origen del pacto social se hallan las necesidades de los hombres por asegurar su supervivencia en el estado de naturaleza en donde se desenvuelven frente a determinadas fuerzas que los amenazan. En ese estado primitivo o de naturaleza, el hombre no puede ya subsistir, y amerita un cambio en su manera de ser. La única forma de hacer frente a estos obstáculos, radica en la unión o la suma de fuerzas de los individuos; uniéndolas y haciéndolas actuar de consuno. Se trata aquí, del paso del estado de naturaleza al estado civil, esto es, de la formulación de un pacto social entre la totalidad de los hombres; de manera tal que cada uno cede parte de su libertad en favor de la generalidad, lográndose una igualdad entre todos los que bajo dicho pacto aceptan convivir. Ello, en tanto, como afirmara ROUSSEAU, solamente “cuando la voz del deber sucede al impulso físico y el derecho al apetito; el hombre, que hasta entonces no había mirado más que a sí mismo, se ve obligado a obrar con arreglo a otros principios, y a consultar su razón antes de escuchar sus inclinaciones”<sup>126</sup>. No obstante, la violación de aquello, implicará el retorno a una libertad natural, perdiendo la libertad convencional que les permitía su conservación y las demás ventajas que le ofrecía.

En resumen, cuando el hombre decide ponerse bajo la dirección de la voluntad general, lo que pierde “es su libertad natural y un derecho ilimitado a todo lo que le tienta y

---

<sup>124</sup> *Ibidem*, Pg. 133. Cap. IX. Párrafo 123.

<sup>125</sup> Cfr., ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*. Traducción de Consuelo Berges. Biblioteca de los Grandes Pensadores. Barcelona. 2002. Pgs. 140 y ss.

<sup>126</sup> *Ibidem*, Pg. 145.

está a su alcance; lo que gana es la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee. Para no engañarse en estas compensaciones, hay que distinguir bien la libertad natural, que no tiene otros límites que las fuerzas del individuo, de la libertad civil, que está limitada por la voluntad general”<sup>127</sup>.

#### **II.3.1.4 La filosofía utilitarista.**

El Utilitarismo, según lo postulado por JOHN STUART MILL, se debía de interpretar como una filosofía política, de acuerdo con la cual, el Estado debe elegir la política que maximice la utilidad total de todos los miembros de la sociedad; es decir, que el Estado trate por todas las circunstancias de fomentar la satisfacción de cada individuo por el método del bienestar. En su ensayo *Sobre la libertad*, MILL hace referencia a la libertad no como libre arbitrio, sino como libertad social o civil; esto es, pretende mostrar cuál es la naturaleza y cuáles son los límites del poder que la sociedad puede, legítimamente, ejercer sobre el individuo. Como lo muestra el autor, las antiguas pugnas entre los gobernantes y sus súbditos implicaron una lucha entre el gobierno y la libertad; es por ello, que la libertad termina entendiéndose como protección contra el poder estatal. Esto, no significa que se haya tenido una concepción negativa del gobierno civil, pues la autoridad de los gobernantes era reconocida como necesaria; no obstante, se requería de mecanismos para que este poder no se extralimite en perjuicio de los ciudadanos. Para ello, fue necesario, por un lado, obtener el reconocimiento de ciertas libertades, las cuales el poder estatal no podía socavar sin que se produzca una resistencia individual o general; y por otro, se tuvo la pretensión de que para poder desarrollar actos gubernamentales de naturaleza importante era preciso el consentimiento de la comunidad<sup>128</sup>.

Ahora bien, tan igual como sucede con las teorías contractualistas, para MILL la necesidad del Estado se halla en la búsqueda de “la propia protección”<sup>129</sup>; de manera que la

---

<sup>127</sup> *Ídem.*

Cabe precisar que aquella no fue siempre la postura que este pensador expresó, pues en su obra *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, del año 1754, y anterior a la publicación de *El contrato social*, ROUSSEAU manifiesta que: “siendo el estado de naturaleza aquél en que el cuidado de nuestra conservación es menos perjudicial para la del prójimo, dicho estado es por consiguiente el más apto para la paz, el más conveniente para el género humano”. Cfr., ROUSSEAU. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Pg. 234.

<sup>128</sup> Cfr., MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Traducción de Pablo de Azcárate. Biblioteca de los Grandes Pensadores. Barcelona. 2004. Pgs. 56-57.

<sup>129</sup> *Ibidem*, Pg. 68.

libertad de los sujetos se encuentra determinada por un dato de carácter netamente instrumental, y pierde su valor y significancia por sí misma. Solamente es justificable la intervención del poder estatal sobre la libertad de los individuos; esto es, sobre su libertad civil, cuando la conducta que se pretende disuadir produce un determinado perjuicio a un tercero. *“La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano”*<sup>130</sup>. Así, se puede sostener que en la concepción de MILL, la libertad civil lleva implícita la idea de que con ella, se les permite a los ciudadanos desarrollarse libremente (capacidad de autodeterminación), siempre y cuando en este proceso no se perjudique; es decir no se prive a los demás de este mismo derecho (responsabilidad por las consecuencias del propio actuar). Aquello sería la consecuencia de vivir en una sociedad, pues esto *“hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás”*<sup>131</sup>.

### **II.3.1.5 La filosofía idealista alemana.**

En las propuestas de los filósofos KANT y HEGEL, a diferencia de lo planteado por las corrientes contractualistas y las utilitaristas (cuyo rasgo común consiste en concebir la libertad de modo meramente instrumental), se va a producir un cambio trascendental en la forma de formular y configurar el concepto de libertad.

#### **II.3.1.5.1 El concepto de libertad en KANT.**

Se le atribuye a IMMANUEL KANT, establecer las bases de un concepto normativo de libertad. En el planteamiento de este filósofo alemán, es clásico reconocer la

---

No obstante, hay que mencionar aquí que MILL no es partidario de estas posturas contractualistas, pues niega no sólo la existencia de la sociedad sobre la base de un contrato, sino sostiene que nada bueno se ha de conseguir inventando un contrato a fin de derivar compromisos sociales de él. Cfr., MILL. *Sobre la libertad*. Pg. 171.

<sup>130</sup> *Ibidem*, Pg. 68. (Las cursivas son nuestras).

<sup>131</sup> *Ibidem*, Pg. 171.

En relación con este punto, MILL. *Sobre la libertad*. Pgs. 201-202; presenta las dos máximas que sostienen el contenido de todo su ensayo: *“Las máximas son: primera, que el individuo no debe cuentas a la sociedad por sus actos, en cuanto éstos no se refieren a los intereses de ninguna otra persona, sino a él mismo. (...) Segunda, que de los actos perjudiciales para los intereses de los demás es responsable el individuo, el cual puede ser sometido a un castigo legal o social, si la sociedad es de la opinión que uno u otro es necesario para su protección”*.

existencia de una razón *teórica* y una *práctica*<sup>132</sup>. Con la primera se formulan *juicios* (proposiciones con la forma “A es B”), mientras que con la segunda se formulan *imperativos* (preceptos con la forma “debes hacer X”)<sup>133</sup>. La ética formal kantiana se va a erigir sobre estos últimos; y se va a caracterizar por ser universal y estar vacía de contenido empírico, en tanto, se sostiene que de la experiencia no se puede extraer ningún tipo de conocimiento universal<sup>134</sup>. Además, debe de ser *a priori*; es decir, ser anterior a la experiencia y autónoma, dicho de otro modo, que la ley le ha de venir dada desde dentro del propio individuo y no desde fuera. Ahí radica pues la esencia de la ética kantiana, al afirmar que sólo las acciones morales son autónomas. Por consiguiente, KANT considera que sólo donde encontramos acción moral hallamos libertad, porque cuando nos conducimos moralmente el fundamento de determinación de nuestra voluntad no nos viene de fuera, sino de nosotros mismos: es nuestra razón la que nos da el criterio de la conducta buena, somos nosotros mismos los que nos determinamos<sup>135</sup>. Y esa ley, que es captada por nuestra razón para determinar a la voluntad y lograr que ésta sea absolutamente buena, es aquella según la cual se sostiene que yo no debo obrar nunca más que de modo *que pueda querer que mi máxima se convierta en ley universal*<sup>136</sup>. Aquí radica el valor moral de la acción.

En la filosofía de KANT, la existencia de la libertad no va a poder ser demostrada desde el plano de la razón teórica. Ello, solamente va a ser posible desde el plano de la razón práctica, en tanto que la libertad es la condición de posibilidad de la acción moral<sup>137</sup>. De manera tal que, las conductas que no se hacen libremente no son ni buenas ni malas, y el sujeto que las realiza no es responsable moralmente de ellas. Entonces, la libertad será definida como la capacidad de los seres racionales para determinarse a obrar según leyes de otra índole que las naturales; esto es, leyes que son dadas por su propia razón, de ahí

---

<sup>132</sup> No se trata de dos razones, sino de dos usos distintos de la misma razón. La razón teórica se ocupa de conocer cómo son las cosas; la razón práctica se ocupa de cómo debe ser la conducta humana; no le interesa el ser sino el deber ser.

<sup>133</sup> Cfr., KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Edición a cargo de Luis Martínez de Velasco. Espasa-Calpe. Madrid. 1990. Pgs. 83-84.

<sup>134</sup> *Ibidem*, Pgs. 78-79.

<sup>135</sup> *Ibidem*, Pg. 107; quien señala que hay que tener la idea de “*la voluntad de todo ser racional como una voluntad universalmente legisladora*”.

<sup>136</sup> KANT. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Pg. 65.; *Crítica de la razón práctica*. Pg. 97, párrafo A55; *La metafísica de las costumbres*. Traducción de Adela Cortina Orts – Jesús Conill Sancho. 4ª edición. Tecnos. Madrid. 2005. Pgs. 31-32, párrafo 225.

<sup>137</sup> Cfr., KANT. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Pg. 138; para quien “*a la idea de libertad, por otro lado, viene a vincularse necesariamente el concepto de autonomía, y con ésta, el principio universal de la moralidad que sirve de fundamento a la idea de todas las acciones de los seres racionales, exactamente igual que la noción de ley natural sirve de fundamento a todos los fenómenos*”.

que libertad equivale a autonomía de la voluntad<sup>138</sup>. A partir de ello, KANT observa que la libertad tiene una doble manifestación: *positiva* y *negativa*. Esta última hace referencia a independizar a la ley universal (principio de la moralidad) de todo elemento proveniente del mundo de la experiencia, mientras que el sentido positivo de la libertad se identifica con la propia legislación de la razón pura, es decir la autonomía<sup>139</sup>.

La libertad en KANT, por consiguiente, va a ser concebida como la realización de la razón (legisladora) del propio sujeto que puede dar normas de comportamiento que tienen validez sobre todos los seres racionales. De manera que la libertad ya no ha de ser vista desde el plano empírico o fenomenológico como libre arbitrio, en tanto el hombre pueda ser definido como un ser inteligible y racional; pues el ordenamiento que surge de la razón es muy diferente de aquel que surge del ordenamiento natural. En definitiva, KANT sobrepone un entendimiento de la libertad como autolegislativo o de normación autónoma<sup>140</sup>, en lugar de una construcción instrumentalista de la libertad. Libertad es obediencia, pero entendida como obediencia a una ley que nos damos nosotros mismos<sup>141</sup>.

Por último, en la filosofía de KANT, la persona es concebida como el sujeto cuyas acciones son imputadas<sup>142</sup>, y dichos comportamientos pueden ser enjuiciados como *meritum*, *debitum* o *demeritum*, según excedan, cumplan o no alcancen lo que exige el deber respectivamente<sup>143</sup>. Entonces, lo que va a constituir objeto de la imputación será la actuación no conforme con las leyes morales que el mismo sujeto, en tanto ser racional, se da. Así, por ejemplo, se puede sostener que si uno roba se roba a sí mismo, toda vez que quien roba no sólo hace insegura la propiedad de todos los demás, sino que también se priva de la seguridad de toda posible propiedad.

No obstante, a pesar de lo interesante de este planteamiento, se le ha criticado a KANT; que si bien construye su concepto de persona a través de la norma, la concibe como un dato previo a lo social. Este filósofo no llegó a explicar como se constituye la

---

<sup>138</sup> Se habla entonces de autonomía de la voluntad, en tanto un sujeto es autónomo cuando tiene la capacidad para darse a sí mismo sus propias leyes y tiene la capacidad para realizarlas.

<sup>139</sup> Cfr., KANT, Immanuel. *Crítica de la razón práctica*. Traducción de Roberto R. Aramayo. 1ª reimpresión de la 1ª edición. Alianza Editorial. Madrid. 2001. Pgs. 101-102, párrafo A59.

<sup>140</sup> Cfr., KANT. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Pg. 114; quien sostiene que “*la autonomía es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional*”.

<sup>141</sup> Cfr., BERLIN. “Dos conceptos de libertad”. Pg. 206.

<sup>142</sup> KANT. *La metafísica de las costumbres*. Pg. 30, párrafo 223.

<sup>143</sup> PÉREZ DEL VALLE, Carlos. “La persona del Derecho penal en la Filosofía del Derecho de Hegel”. En: *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*. Tomo I. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2004. Pg. 626.

persona racional, pues según él, el individuo libre es un ser trascendente que está más allá del ámbito de la causalidad natural<sup>144</sup>.

### II.3.1.5.2 El concepto de libertad en HEGEL.

Es justamente sobre la crítica realizada a KANT que se erige la propuesta de G. W. F. HEGEL acerca de la libertad. En la concepción de éste filósofo, si la idea de la persona es el punto de inicio del Derecho abstracto<sup>145</sup>, debe concluirse que dicha idea está ligada a la de libertad<sup>146</sup>. Ello en tanto: “El campo del derecho es, en general, lo *espiritual* y su lugar próximo y punto de partida la *voluntad*, la cual es *libre*. De modo que la libertad constituye su sustancia y su determinación, y el sistema del derecho es el reino de la libertad realizada, el mundo del espíritu producido desde el mismo como una segunda naturaleza”<sup>147</sup> del hombre.

Según HEGEL, las personas solamente pueden ser libres a partir de dos presupuestos: primero, en tanto tengan conciencia de la libertad, y segundo, cuando se objetivice aquella mediante el Estado. Ello significa que el espíritu subjetivo contiene la conciencia de la libertad, mientras las condiciones objetivas (que son el derecho, la moralidad y la eticidad) que permitan hacer efectivo el ejercicio de la libertad, van a depender del espíritu objetivo. Para este filósofo, el Estado es la única entidad con la capacidad de lograr y realizar plenamente la libertad, debido a que sólo en aquel el hombre posee una existencia racional. De esta manera, en la filosofía hegeliana, la libertad se engarza con la historicidad, es decir, el campo en el cual se halla lo que se denomina *espíritu objetivo*, de manera tal que el sujeto se construye como particularidad de una generalidad. Ésta, a la que aquí se alude, no es algo diferente al resultado del proceso de socialización del individuo en el cual éste asume pautas y valores de la comunidad que

---

<sup>144</sup> Cfr., BERLIN. “Dos conceptos de libertad”. Pg. 208.

<sup>145</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*. Traducido por Eduardo Vásquez. Biblioteca Nueva. Madrid. 2000. Pg. 119 §36; “La personalidad contiene en general la capacidad jurídica y constituye el concepto y el fundamento abstracto del derecho abstracto y, por consiguiente, formal. Por consiguiente, el mandamiento jurídico es: sé una persona y respeta a los otros como personas”.

<sup>146</sup> Cfr., PÉREZ DEL VALLE. “La persona del Derecho penal en la Filosofía del Derecho de Hegel”. Pg. 630.

<sup>147</sup> HEGEL. *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*. Pg. 87 §4. Sin embargo, es preciso señalar aquí que el punto de vista de HEGEL tiene como referencia el concepto abstracto de Derecho, mientras que aquellos postulados funcionalistas, como los de JAKOBS, toman como su punto de remisión las condiciones de subsistencia de una determinada sociedad.

hacen de él un ser histórico impregnado de socialidad. En consecuencia, la configuración de un sujeto que determina lo que es bueno y pretende para ello obtener un reconocimiento general es descartada. Así, la historia y el devenir social, son las condiciones verdaderas para que los sujetos puedan construir su existencia. De forma más precisa: la libertad es algo que deviene y se debe al origen histórico<sup>148</sup>.

De acuerdo con los planteamientos de HEGEL, la libertad en sentido normativo radica en la posibilidad de la que disponen los sujetos para poder configurar sus intereses, tomando en consideración la existencia libre de los otros seres racionales; ésta es la idea del *reconocimiento*<sup>149</sup>. Si lo básico en un sistema social es el respeto a la dignidad humana, el mandato jurídico es “*sé una persona y respeta a los demás como personas*”<sup>150</sup>. En un contexto donde no existía Estado, los ciudadanos podían configurar sus ámbitos de libertad de manera arbitraria, en tanto, los límites de la organización personal estaban sometidos a la libre discrecionalidad de los sujetos. Sin embargo, el *bellum omnium contra omnes* será dejado de lado con el surgimiento de una comunidad jurídica, a partir del reconocimiento del otro como igual. Como FEIJÓO SÁNCHEZ ha sostenido acertadamente, “sólo en un estado natural o presocial se podría comportar uno pensando exclusivamente en sí mismo sin tener nada más en cuenta. Pero, con el reconocimiento de al menos una regla común surge la libertad en sentido normativo”<sup>151</sup>. De esta manera, en la concepción de HEGEL se puede sostener que la persona es aquella que reconoce a otras y que puede ser reconocida en la sociedad civil. Por eso, en Derecho penal -y en todo el ordenamiento jurídico- es persona quien forma la sociedad civil<sup>152</sup>.

---

<sup>148</sup> Cfr., MONTEALEGRE LYNETT - PERDOMO TORRES. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Pg. 33.

<sup>149</sup> Cfr., FEIJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Pgs. 39-40, quien ha señalado que “*A partir de este reconocimiento surge el mundo del Derecho como algo vinculante construido a través de la comunicación. Sin ese reconocimiento no es posible constituir una comunidad jurídica. Esta surge del reconocimiento recíproco de reglas (...). Sólo en un estado natural o presocial se podría comportar uno pensando sólo en sí mismo y sin tener nada más en cuenta. Con el reconocimiento de al menos una regla común, surge la libertad en sentido abstracto o normativo. (...) Sobre esta reciprocidad vinculante se constituye (sic.) el Derecho a través de la comunicación entre iguales. Ese reconocimiento de igualdad se denomina en nuestro ordenamiento jurídico dignidad*”.

<sup>150</sup> HEGEL. *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*. Pg. 119 §36: “*La personalidad contiene en general la capacidad jurídica y constituye el concepto y el fundamento abstracto del derecho abstracto y, por consiguiente, formal. Por consiguiente, el mandamiento jurídico es: sé una persona y respeta a los otros como personas*”.

<sup>151</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ. “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas”. Pgs. 281-282.

<sup>152</sup> PÉREZ DEL VALLE. “La persona del Derecho penal en la Filosofía del Derecho de Hegel”. Pg. 642.

### II.3.2 La libertad individual.

Cuando se pretende abordar la libertad individual, por lo general se la suele relacionar con los planteamientos políticos del liberalismo. Ello no quiere decir que la elaboración sistemática de una propuesta como la nuestra, la misma que engloba la participación criminal, sea hecha atendiendo a los criterios políticos que marca tal postura. Como lo expresa ALCÁCER GUIRAO<sup>153</sup>, la opción política por una fundamentación liberal del Derecho penal o, en su caso, una de naturaleza comunitarista, no implica que tenga que darse una correspondencia estricta, por un lado, entre el liberalismo y la protección de bienes jurídicos; y por otro, entre el comunitarismo con la protección del ordenamiento. Un ejemplo de lo dicho, lo constituye la propuesta de JAKOBS, que si bien parte de presupuestos liberales, postula la protección del ordenamiento jurídico.

Al tratar el tema de la libertad individual, se sostiene que ha de ser entendida en dos sentidos: como libertad *negativa* y como libertad *positiva*<sup>154</sup>. La primera hace referencia a

---

<sup>153</sup> Cfr., ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004. Pg. 153.

<sup>154</sup> El primero en emplear en el ámbito filosófico las expresiones *libertad negativa* y *libertad positiva* ha sido KANT. *Crítica de la razón práctica*. Pgs. 101-102, párrafo A59. Sin embargo, hoy, en el campo de la filosofía política, estos conceptos se asocian al trabajo de Isaiah Berlin. “Dos conceptos de libertad”. Pgs. 191-205. Este autor sostiene que en el marco de la política, la libertad posee dos sentidos: negativo y positivo. El primero “es el que está implicado en la respuesta que contesta a la pregunta «cuál es el ámbito en que al sujeto -una persona o un grupo de personas- se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas»”. En este sentido, la libertad política se configurará como el espacio donde un hombre puede desenvolverse sin ser obstaculizado por otros. Por lo tanto, cuanto más este ausente la intromisión de otros individuos en la actividad de una persona, más amplia será la libertad. Mientras que el sentido positivo, “es el que está implicado en la respuesta que contesta a la pregunta de «qué o quien es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra»”.

Tanto la libertad negativa como la libertad positiva, a decir de VIVES ANTÓN, Tomás. *La libertad como pretexto*. Tirant lo blanch. Valencia. 1995. Pg. 394, son dos aspectos necesarios de cierto modo de entender al hombre. Para ALCÁCER GUIRAO. *Los fines del Derecho penal*. Pgs. 159-160; la interacción de estas dos formas de libertad, la negativa y la positiva, tiene como resultado la aparición del *contrato social*, y -siguiendo lo postulado por JOHN RAWLS- sostiene que “no debe entenderse, como alguna vez se hizo, como un momento histórico por el que, saliendo de un estado de naturaleza, se conforma, accediendo a otorgar por cada individuo una parte de su libertad, la sociedad y el Estado. Por el contrario, dicha figura ha de concebirse como un criterio de legitimación de instituciones públicas, consistente en un procedimiento de decisión imparcial bajo el que puede fundamentarse racionalmente que todos los intervinientes consentirían, bajo un acuerdo hipotético, en una serie de principios de justicia, por los cuales habrán de regirse los poderes públicos”.

Vid., también SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. “El principio de legalidad en un estado democrático de derecho (Garantía del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal)”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 14. Idemsa. Lima. 2004. Pgs. 461-469; quien expresa que “el liberalismo político emana de las capacidades *racional* y *razonable*; sobre la primera se construye **la libertad negativa o autonomía privada**, sobre la segunda **la libertad positiva o autonomía política**, logrando de esta manera la superposición de las libertades individuales por encima de cualquier exigencia social o estatal”. (Con negrita en el original).

Por su parte RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. 6ª reimpresión. Fondo de Cultura Económica. México. 2006. Pg. 193; sostiene que la libertad esta determinada por instituciones y reglas públicas que definen derechos y deberes llamados restricciones, de esta manera “las personas se encuentran en libertad de

la libertad de las personas para poder elegir sin interferencias ajenas, mientras que la segunda, a la libertad consistente en ser dueño o propietario de las propias decisiones.

La libertad negativa es denominada también *autonomía privada* del individuo, y con ella se hace referencia al espacio del que dispone todo sujeto para poder hacer o dejar de hacer algo, y que debe de estar exento de cualquier tipo de interferencias por terceras personas o incluso el Estado. Ello implica, que de esa libertad negativa surge *la prioridad de los derechos individuales* sobre cualquier pretensión colectiva de bien común y sobre cualquier decisión por mayoría<sup>155</sup>. Por otro lado, esta libertad halla su límite tan pronto como se encuentra con el marco de libertad de otra persona. Únicamente en este supuesto, el Estado está legitimado para intervenir restringiendo la libertad individual. Ello, en tanto el pensamiento liberal ha considerado desde sus orígenes, como un postulado inalienable la necesidad de mantener una esfera más o menos amplia de la vida del individuo libre de toda interferencia estatal; esto es, de dejar a salvo, en cualquier caso, un núcleo de *libertad negativa* (tradicionalmente conocido como “el sagrado de los derechos individuales”)<sup>156</sup>.

Como se ha podido comprender, el contenido de la libertad negativa hace referencia al ámbito y la forma en la que se ha de establecer cualquier tipo de control externo sobre el individuo. La *libertad positiva* no nace, en cambio, del deseo de salvaguardar un ámbito de *no interferencia*, sino del de *regirse a sí mismo, de ser el propio dueño*<sup>157</sup>. Esto implica que la persona ha de ser concebida como un sujeto y no un objeto (cosa o esclavo), como un ser que se autodirige<sup>158</sup>. Con la libertad positiva se hace referencia a la *autonomía política*,

---

*hacer algo cuando están libres de ciertas restricciones para hacerlo o no hacerlo y cuando su hacerlo o no, está protegido frente a la interferencia de otras personas. Si, por ejemplo, consideramos la libertad de conciencia definida por el derecho, entonces los individuos tienen esta libertad básica cuando están en libertad de promover sus intereses morales, filosóficos o religiosos, sin que existan restricciones legales que les exijan participar o no, en cualquier forma de prácticas religiosas o de otro tipo, y cuando los demás tienen un deber jurídico de no interferir”.* Por lo tanto, una libertad negativa “*está caracterizada mediante una estructura muy complicada de derechos y deberes. No sólo tiene que estar permitido que los individuos hagan algo o no lo hagan, sino que el gobierno y las demás personas tienen que tener el deber jurídico de no obstaculizar”* el hacer o no hacer del individuo.

<sup>155</sup> Cfr., ALCÁCER GUIRAO. *Los fines del Derecho penal*. Pg. 155. (Con cursivas en el original).

Además, este manifiesta sostiene que los derechos individuales tienen una doble importancia como *derecho de defensa*, pues actúan frente a otros individuos, asimismo, frente a las potenciales intervenciones ilegítimas de los Estados.

<sup>156</sup> Cfr., VIVES ANTÓN. *La libertad como pretexto*. Pg. 392.

<sup>157</sup> *Ibidem*, Pg. 393.

<sup>158</sup> El punto de partida es la *dignidad del hombre*. Y esa idea, aunque se proyecta sobre la comunidad de hombres empíricos, se define en términos parecidos a los que KANT usaba para hablar del *homo noumenon*: se dice que esa dignidad *exige* tratar al hombre *como fin* y proscribía considerarlo como un simple *objeto*. La dignidad así concebida sólo puede predicarse de un ser capaz de regirse a sí mismo, de sustraerse a las determinaciones de la naturaleza y guiarse por la razón: en suma, de un ser dotado de la libertad de elegir,

pues de lo que se trata es de la facultad de todo individuo de poder decidir a qué control externo se ha de someter, esto es, bajo que leyes decide vivir. Por lo tanto, dicho *principio democrático* forma parte sustancial del acervo del liberalismo<sup>159</sup>.

### III. FUNDAMENTO JURÍDICO-PENAL DE LA LIBERTAD Y DEL CASTIGO POR LA INTERVENCIÓN EN UN DELITO.

#### III.1 Introducción.

A pesar de lo expresado hasta este punto, es necesario señalar que la sola presencia de la capacidad de autodeterminación y de la responsabilidad por el actuar propio, no fundamentan por sí la existencia de participación criminal, por las siguientes razones: a) se requiere la presencia de otros elementos de carácter normativo, por ejemplo que se presente un hecho punible; b) no siempre la actuación en libertad y la consiguiente responsabilidad generan imputaciones penales, y; c) la presencia de una actuación autorresponsable no decide el título de imputación.

En este contexto, se erige la propuesta de RAINER ZACZYK<sup>160</sup>, quien parte de una elaboración *a priori* del concepto de libertad; esto es, como principio pre-jurídico y que pretende hallar en esta determinación previa el funcionamiento del sistema dogmático de imputación jurídico-penal. Para ello, ZACZYK propone tres pasos previos en el proceso de incorporación en términos jurídico-penales del principio de autorresponsabilidad: a) debe formularse el fundamento de la idea de autorresponsabilidad constitutivo del ámbito jurídico de la persona (desvinculando la libertad del Derecho positivo); b) trasladar dicha idea al ámbito interpersonal<sup>161</sup> y; c) por último, las conclusiones se deberán trasladar al ordenamiento jurídico-penal. Ello en tanto respecto de este último criterio, se sostiene que la creación del ordenamiento jurídico aparece como generalización de la razón, el Estado es un elemento “para cerciorarse y asegurar” las esferas jurídicas (fundamentadas

---

que en la vida diaria y en el uso común del lenguaje atribuimos al hombre. Cfr., KANT. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Pg. 102; VIVES ANTÓN. *La libertad como pretexto*. Pgs. 411-412.

<sup>159</sup> Cfr., ALCÁCER GUIRAO. *Los fines del Derecho penal*. Pg. 158. (Con cursivas en el original).

<sup>160</sup> Cfr., ZACZYK, Rainer. *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*. Müller. Heidelberg. 1993. Pgs. 1-20.

<sup>161</sup> En este ámbito, ZACZYK encuadra al sujeto actuante como sujeto libre (autorresponsable), frente al cual ubica a otro sujeto (también autorresponsable), con la finalidad de observar si el actuar del primero respeta la libertad del otro, y si la respuesta es positiva, posteriormente calificar dicho comportamiento como correcto.

previamente) de los individuos por medio de la ley general<sup>162</sup>. Ulteriormente a la superación de estos tres escalones, se puede plantear el principio de autorresponsabilidad como elemento del injusto en el campo dogmático-penal<sup>163</sup>.

De esta manera, una vez que el sinalagma: *capacidad de autodeterminación / responsabilidad por las consecuencias del actuar* es trasladado al ámbito jurídico-penal como *principio de responsabilidad por el propio injusto*, adquiere una doble manifestación: en sentido *positivo*, se traducirá en el hecho de que cada sujeto responde únicamente de aquello que él ha configurado, es decir, de su propio injusto (fundamentación de la responsabilidad)<sup>164</sup>. Mientras que, con la manifestación *negativa* de dicho principio, se hace alusión a la exclusión de responsabilidad, es decir, a garantizar la separación entre los ámbitos de responsabilidad individuales<sup>165</sup>.

El reconocimiento del principio de autonomía de las personas es base necesaria y fundamental para poder imputar algún tipo de responsabilidad, pues el Derecho no puede sancionar a quien no pudo organizarse de manera libre. No se puede imputar un hecho que no constituye expresión de la capacidad de autodeterminación de un sujeto. La capacidad de organización conlleva responsabilidad por las consecuencias de aquella, y los límites de toda imputación jurídica abarcan hasta donde alcanza el ámbito de responsabilidad por el actuar de una persona. “Las distintas regulaciones nacionales de nuestro entorno jurídico-político, reconocen al *individuo* como sujeto autónomo, principal y constituyente del Estado. En ellas, toda regulación de la convivencia, a través de un «orden social justo», *parte* del reconocimiento jurídico de una *esfera de intereses*, agregada al individuo, que le permita su desarrollo personal”<sup>166</sup>.

---

<sup>162</sup> Cfr., ZACZYK. *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*. Pgs. 24 y ss.

<sup>163</sup> *Ibidem*, Pg. 19.

<sup>164</sup> Cfr., SALAZAR SÁNCHEZ. “Cuestiones filosóficas, dogmáticas y político-criminales del delito de instigación al suicidio”. Pg. 959.

<sup>165</sup> En sentido similar, lo ha advertido CANCIO MELIÁ. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Pg. 264. A la autorresponsabilidad, suelen atribuírsele dos acepciones de naturaleza distinta. Por un lado, se hace referencia a las bases normativas que permiten fundamentar un ámbito de responsabilidad. Por otro lado, se alude con dicho concepto, a la determinación de los criterios concretos para decidir si una persona concreta en una situación concreta reúne las características personales necesarias para que pueda afirmarse que su conducta ha sido responsable y que debe por ello influir en la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor, es decir, se hace referencia al carácter responsable o no de un sujeto. Entonces, la autorresponsabilidad se debe determinar en “*la atribución objetivo-normativo de un ámbito de administración y responsabilidad*” a un sujeto.

<sup>166</sup> BALDÓ LAVILLA. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Pg. 45.

Estas ideas redundan también en la existencia del Estado y del Derecho, pues ambos dependen del sinalagma *capacidad de autodeterminación / responsabilidad por las consecuencias*. Si una persona se arroga un ámbito de libertad ajeno y, no obstante, no es hecha responsable de aquello; esto significará para los demás miembros del grupo social que no existe obligación alguna de respetar las esferas ajenas, generándose y promoviéndose organizaciones arbitrarias que conllevarían afecciones a otras esferas, poniendo en tela de juicio la existencia misma del Estado y del Derecho.

En tanto hoy vivimos en el marco de un Estado constitucional y social, éste junto con el Derecho, están en la obligación de garantizar que las personas al organizar sus ámbitos de competencia no se irroguen los de otras personas, ni tampoco -en tanto nos hallamos ante un Estado social- se pueden irrogar competencias institucionales de la sociedad<sup>167</sup>. De esta manera, desde el plano del Estado, la sociedad y el Derecho; éstos han de fundamentarse sobre la base de la capacidad de organización de las personas. Como lo expresa CANCIO MELIÁ, “el modelo social diseñado en nuestro ordenamiento parte de la imagen de un sujeto autónomo”<sup>168</sup>. Y en sentido contrario, desde el plano subjetivo con respecto a las instituciones sociales, las personas que se desarrollan en el seno de una comunidad, no deben pasar por alto el hecho de que el fundamento y límite de su responsabilidad penal se ha de configurar teniendo en cuenta al sistema social; toda vez que la capacidad de autodeterminación y autorresponsabilidad adquiere materialidad sólo en este contexto.

### **III.2 Objeto de referencia del principio de responsabilidad por el propio injusto.**

No obstante parece que se ha llegado al objetivo trazado, es decir, a la indagación acerca del significado que el principio de autorresponsabilidad tiene para la imputación penal, resta aún por resaltar un punto sin el cual lo hasta ahora planteado podría no otorgar las soluciones esperadas en los supuestos en los que respecto de un mismo hecho concurren una pluralidad de sujetos. Es preciso determinar cuál es el objeto de referencia del principio de responsabilidad por el propio injusto, esto es, si se sitúa el referente de

---

<sup>167</sup> Cfr., SALAZAR SÁNCHEZ. “Cuestiones filosóficas, dogmáticas y político-criminales del delito de instigación al suicidio”. Pg. 954.

<sup>168</sup> CANCIO MELIÁ. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. Pg. 278.

dicho principio en la idea una sola persona, o puede incluirse bajo aquellas conductas que puedan desplegar un grupo de personas.

Como he venido sosteniendo, el principio de responsabilidad por el propio injusto debe ser entendido de manera normativa, esto es, que “comporta el establecimiento de esferas de organización jurídicamente reconocidas de cada persona”<sup>169</sup>. Ello en desmedro de consideraciones cargadas de ontologismo, de manera que la responsabilidad por las consecuencias del actuar injusto no implica *necesariamente* el actuar de propia mano, pues el “actuar responsable” de un sujeto puede también manifestarse indirectamente; por un lado, mediante la exteriorización por parte de un tercero, o por otro lado, que esa exteriorización puede ser la única manifestación relevante del actuar<sup>170</sup>. Respecto de la primera forma de exteriorización, puedo proponer el siguiente ejemplo: un compositor que ha elaborado una sonata para un afamado pianista quien lo ejecuta magistralmente, también es responsable de aquella interpretación, porque en la ejecución del pianista se exterioriza su trabajo. Lo mismo sucede con el ayudante de una panadería que prepara la masa que el panadero convertirá en un delicioso pan; debido a que en el pan se manifestará parte del trabajo del ayudante. En relación con la segunda forma de manifestación indirecta, el trabajo del compositor o del ayudante de panadería se presentará como relevante cuando el pianista ejecuta la composición en un concierto o cuando el panadero vende el pan a un cliente. Como lo apunta ROBLES PLANAS, “sólo un entendimiento no exclusivamente naturalístico, sino esencialmente normativo logra armonizar la noción de responsabilidad por las consecuencias de la propia conducta con la conducta de otros sujetos igualmente autorresponsables: la presencia de un sujeto que actúa de manera autorresponsable no lleva siempre a negar la posibilidad de que responda el sujeto de detrás, ni como autor ni como partícipe. Que fenomenológicamente sea ésta la situación normal no implica que deba ser siempre así”<sup>171</sup>.

Normativamente comprendido, este principio sólo afirma que alguien responde única y exclusivamente por aquello que jurídicamente se le atribuye a su propia esfera de organización, y no a una ajena. Pero, no comporta la asunción por la idea de que alguien responde siempre, y en todo caso, por obrar en situación de libertad<sup>172</sup>. Tampoco el hecho de hallarnos ante un actuar autorresponsable implica que ya se haya determinado el título

---

<sup>169</sup> ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 165.

<sup>170</sup> *Ibidem*, Pg. 164.

<sup>171</sup> *Ídem*.

<sup>172</sup> *Ídem*.

de la responsabilidad penal (autoría, participación, inducción). Puede ser que pese a la actuación del segundo sujeto autorresponsable, la responsabilidad jurídico-penal recaiga en la conducta del primer sujeto quien ostentaba una determinada posición de garante, de modo que la actuación del segundo solamente es un dato fáctico sin relevancia normativa. Siguiendo a ROBLES PLANAS, la responsabilidad por el propio injusto debe ser interpretada normativamente en el sentido de que “cada sujeto responde por aquello que el Derecho le atribuye como propio. La decisión sobre lo que es propio y lo que es ajeno es una decisión que depende de cada sistema normativo y no ontológica”<sup>173</sup>. Esto implica que dicho principio se basa en el quebrantamiento de los límites de la libertad jurídicamente garantizada.

Ahora bien, si hemos llegado a comprender normativamente el principio de autorresponsabilidad como responsabilidad de cada sujeto por lo que él haya configurado, y no es ajeno a nuestra comprensión que el ámbito de la imputación a título de autoría o de participación se caracteriza por atribuir al partícipe el hecho del autor también como su obra, la problemática que surge, cuando respecto de un mismo hecho, tras una primera conducta surge una segunda autorresponsable, se trataría exclusivamente de un problema de articulación de la imputación. El punto entonces radica en “determinar qué es lo que ha llevado a cabo el sujeto que obra en primer lugar que pueda fundamentar su responsabilidad *jurídico-penal* por las consecuencias”<sup>174</sup>. Precisamente, ello implica la respuesta a la pregunta acerca del fundamento del injusto del partícipe.

### **III.3 El principio de responsabilidad por el propio injusto.**

Toda la fundamentación previa realizada (también en el capítulo anterior) a partir de criterios filosóficos, jurídicos y políticos, tiene una fuerte influencia en el campo del Derecho penal, pues nos va a permitir interpretar desde otra óptica el *por qué* de la sanción a aquellos sujetos involucrados en la realización de un ilícito penal; en tanto, una comprensión normativa del principio de responsabilidad por el propio injusto<sup>175</sup> nos obliga

---

<sup>173</sup> *Ibidem*, Pg. 165.

<sup>174</sup> *Ibidem*, Pg. 166.

<sup>175</sup> Cfr., FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de la edición alemana (Heidelberg, 1988) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2004. Pg. 259; denomina a esta posición como la “*teoría de los ámbitos de responsabilidad*”, sosteniendo que se trata de una idea “*de gran plasticidad y también coherente, desde el punto de vista pedagógico-social, como modelo expositivo de la conducta jurídicamente exigida que apela a*

a admitir un injusto como propio pese a que (en el plano físico-natural) no se ejecute de propia mano<sup>176</sup>. Además, aquél nos sirve como pauta de solución para fundamentar la impunidad de la intervención de aquellos entre varios sujetos que contribuyen causalmente a la comisión de una infracción penal y que no cumplen los requisitos de la participación o autoría delictivas.

Tal como lo he venido exponiendo, en el sistema social -como objeto sobre el cual va a actuar el Derecho y en especial el Derecho penal- las personas están en constantes procesos de interacción, los mismos que se configuran dejando de lado los ámbitos subjetivos de los intervinientes; y por el contrario se enmarcan en el reconocimiento del otro como igual para que a partir de ello se les reconozca una personalidad en el Derecho. Aquí, lo normativo va a determinar las pautas de comportamiento. Ahora bien, cuando se construye el concepto de persona, a ésta se le asignan determinados derechos y deberes, que van a permitirle su desarrollo en la sociedad para la consecución de sus fines; siempre y cuando, el sujeto mantenga su actuación dentro del ámbito asignado por el ordenamiento jurídico. La persona podrá ser libre y participar en los procesos de comunicación sociales, esto es *interactuar*, organizándose al interior de su ámbito de libertad (el mismo que le ha sido reconocido normativamente) sin que invada o intente irrogarse esferas de organización ajenas; es decir, en tanto la persona no dañe a nadie. Esta idea se concretiza en la máxima *neminem laede*<sup>177</sup>, la que refleja una concepción liberal de la responsabilidad en virtud de la cual el principal deber de toda persona es no lesionar a los demás. Esto significa, por regla general, que las personas son responsables de sus propios ataques a los bienes jurídicos ajenos: sólo son garantes de los riesgos que surgen dentro de su propio ámbito de actuación o de organización. Salvo en casos excepcionales, la no evitación de riesgos que no surgen del ámbito de administración propia únicamente puede dar lugar a una responsabilidad reducida basada en la infracción de un deber de solidaridad mínima, tal y como ocurre en el delito de omisión de socorro<sup>178</sup>.

---

*la responsabilidad del individuo*”; sin embargo, critica su inidoneidad en tanto se trata del empleo de un criterio sumamente difuso, y que todavía necesita de la aplicación de pautas de índole normativo. Según lo entiende FRISCH, este *topos* de los “ámbitos de responsabilidad” resulta siendo infructuoso, pues al no tratarse de un fenómeno social perceptible no le abre la posibilidad a los encargados de aplicar el Derecho de conocer los límites de la conducta desaprobada.

<sup>176</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *Garantes y cómplices*. Pg. 18.

<sup>177</sup> En la filosofía de KANT. *La metafísica de las costumbres*. Pg. 47, párrafo 237; este *neminem laede* implica el deber jurídico de no dañar a nadie, “*aunque para ello debieras desprenderte de toda relación con otro y evitar toda sociedad*”.

<sup>178</sup> MARAVER GÓMEZ. “Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad”. Pgs. 449-450.

En este punto, se materializa la función del Derecho penal<sup>179</sup>, en tanto su tarea será la de establecer las fronteras del ejercicio de libertad de cada una de las personas, es decir, precisar hasta dónde pueden ejercitar sus derechos libremente, y señalar el límite a partir del cual tienen el deber de respetar los ámbitos de administración de los demás. De esta manera, el Derecho penal va a poder facilitar la comunicación entre las personas, en base al principio elaborado por HEGEL, de acuerdo con el cual el mandato jurídico es “*sé una persona y respeta a los otros como personas*”<sup>180</sup>. Esta frase tiene implícito un doble reconocimiento: *reconoce a los demás como igual a ti para que se te reconozca a ti como persona*<sup>181</sup>. Tal reconocimiento recíproco de los hombres como personas posee un contenido de carácter negativo que *prohíbe* el ataque a las pretensiones racionales del otro<sup>182</sup>. A partir de ello, se puede sostener que la prohibición de interferir en ámbitos de organización ajenos deriva del mandato que orienta el reconocer al otro como sujeto autorresponsable, y ello deviene del respeto por la dignidad que ostenta el titular del interés que se protege. Por otro lado, la competencia por lo organizado, se presenta también en aquellos procesos de interacción en los que las personas viven unas para otras, debiendo hacer determinadas prestaciones para mantener un mundo en común. Es el campo de la *competencia en virtud de la pertenencia a instituciones especiales*. Empero no me referiré en el presente trabajo a este tópico, centrando nuestra atención en el campo de la *competencia en virtud de organización* de manera general.

Entonces, en el marco de una concepción de la responsabilidad penal basada en la idea de libertad normativizada<sup>183</sup>, podemos sostener que la imputación a una persona por

---

<sup>179</sup> Sobre la función del Derecho penal, vid., FEIJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Pgs. 27-28: “*la interpretación funcional del Derecho positivo debe ser siempre una «interpretación constitucional»*. Es decir, se debe partir metodológicamente de la existencia de un sistema político y social con una mínima legitimidad constitucional y en el marco de ese sistema constitucional es donde se debe tener en cuenta la función del Derecho penal. La legitimidad del Derecho penal depende de la del orden constitucional al que sirve y no puede ser más legítimo el Derecho penal que el sistema al que sirve. (...) En la Constitución y en su papel constitucional es donde ha de encontrar el Derecho penal su legitimación. (...) Así, es un sistema de libertades como el nuestro el Derecho penal no puede desempeñar la misma función que desempeñaba en el Estado totalitario y teocrático propio del siglo XVI”.

<sup>180</sup> HEGEL. *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*. Pg. 119 § 36.

<sup>181</sup> Vid., LESCH. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Pg. 17; señala este autor que “*el individuo se constituye en «persona real» mediante la «relación con otras personas», esto es, mediante el contacto social con el alter ego; por medio de la comunicación con sus semejantes, la existencia humana supera el subjetivo ser para-sí característico del animal, en tanto tal existencia llega a una individualidad reflectora*”.

<sup>182</sup> Cfr., MONTEALEGRE LYNETT - PERDOMO TORRES. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Pg. 35.

<sup>183</sup> Cfr., MANTOVANI, Ferrando. “Libertad, responsabilidad jurídica y genes”. En: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Vol. I. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha y Salamanca. Cuenca. 2001.

un injusto penal -siguiendo a JAKOBS- obedece a que ésta es competente del hecho por su organización<sup>184</sup>, o en virtud de una competencia institucional<sup>185</sup>. En un Derecho penal de tendencia normativista, como aquí se defiende, la responsabilidad jurídico-penal no puede ser fundamentada a partir de un sistema que tiene criterios de índole ontológico o naturalista<sup>186</sup> (causalidad y evitabilidad), sino a partir de la *delimitación de ámbitos de competencia*<sup>187</sup>. Una persona deberá responder sólo de aquellas conductas y resultados que debió desarrollar o evitar en virtud de los deberes que surgen de su ámbito de organización<sup>188</sup> y, como se verá más adelante, atendiendo a los datos que ofrece el *contexto*

---

Pg. 1138, quien ha precisado que una concepción normativa de la libertad ha de ser tomada como un “*principio regulador jurídico, como «postulado normativo», en base al cual, a los fines penales, los hombre (sic.) deben ser tratados como hombres libres y responsables»*”. También, FEIJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Pg. 40, este autor expresa que “*La libertad en sentido normativo tiene límites de los que carece la «libertad salvaje» del estado natural*”.

<sup>184</sup> En la interacción social, a los sujetos se les reconoce un ámbito propio de administración, de configuración del mundo, y en el que la generación de riesgos para lograr sus objetivos (construir viviendas, la conducción de automóviles, la explotación minera, etc.) es consentida; en tanto, surge el deber para que las personas desplieguen medidas tendentes a evitar que el peligro creado produzca daños a terceros. Esta competencia por la organización puede surgir de la existencia de: a) deberes de aseguramiento; b) deberes de salvamento en virtud de asunción y; c) deberes de salvamento por ingerencia. Cfr., JAKOBS, Günther. “La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión”. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos. En: *Estudios de Derecho penal*. Civitas. Madrid. 1997. Pgs. 348-358.

<sup>185</sup> Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos, y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de *deberes positivos*, porque contrario a los negativos, en los cuales no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos. Cfr., MONTEALEGRE LYNETT - PERDOMO TORRES. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Pg. 57.

<sup>186</sup> Cfr., SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch. Barcelona. 1992. Pgs. 367-368. Este autor ha puesto de manifiesto que los sistemas ontológicos “*son, casi por necesidad, sistemas cerrados. En efecto, se elaboran «a priori» a partir de una idea rectora -que no se cuestiona- y de la que se extraen por vía deductiva todas (sic.) los enunciados de rango inferior, cuyo contenido no puede modificarse en atención a las consecuencias jurídicas que produce. De ahí que, por otro lado, aparezcan como sistemas meramente clasificatorios, que abstraen hasta la obtención de la idea más general como categoría básica y luego la van concretando por la adición de sucesivas características; de ellos se ha señalado que reproducen el modelo de clasificación botánica ideado por LINNEO*”.

<sup>187</sup> En la doctrina nacional ha desarrollado esta idea URQUIZO OLAECHEA, José. “El concepto de autor de los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el Código penal peruano”. En: AAVV. *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*. Idemsa. Lima. 2007. Pg. 586, resaltando el respaldo constitucional del principio de autorresponsabilidad. Así, señala este autor que “*De lo consagrado por los artículos 1 y 2 [inciso 1º] de la Constitución surge la exigencia que la connotación jurídica de los injustos de autoría pasan por reconocer al individuo un ámbito de libertad en el que pueda organizar sus comportamientos. Dicho de otro modo, en nuestro acervo cultural, la configuración de los injustos penales -de autores y partícipes- implica reconocer a cada persona un ámbito de autodeterminación, porque sólo así se puede exigir, como contrapartida, que cada cual debe responder por su propia conducta*”.

<sup>188</sup> HEGEL sostuvo en su obra, haciendo referencia al Derecho abstracto, que “*la necesidad de este derecho se limita, por el fundamento mismo de su abstracción, a lo negativo: no perjudicar a la personalidad y a lo que se sigue de ella. Por tanto, sólo hay prohibiciones jurídicas, y la forma positiva de los preceptos jurídicos, conforme a su contenido último, ha de encontrar como fundamento la prohibición*”.

Es común en la doctrina, sostener que una prohibición busca impedir la formación de un motivo que conduzca a una determinada actividad; y por su parte, un mandato, debe motivar precisamente a una actividad. La prohibición, si es que surte efecto, también impide, junto con el motivo determinado, una

en el cual se lleva a cabo una determinada conducta. A excepción de los *deberes generales de solidaridad*<sup>189</sup>, todo lo demás que sea ajeno al ámbito de competencia personal, no le podrá ser imputado.

El procedimiento para poder determinar si una persona es responsable de la producción de un injusto penal, empieza por determinar si el sujeto tiene competencia (la que se origina en base a la creación de un riesgo no permitido o por la existencia de deberes institucionales), esto es si tiene una posición de garante<sup>190</sup> para ejercitar los deberes de seguridad o de protección frente a la configuración de un riesgo jurídico-penalmente relevante. Ciertamente, la libertad organizativa en la propia esfera se torna en responsabilidad cuando es ésta el origen de peligros para la libertad organizativa de otros

---

actividad corporal; mientras que al contrario, un mandato causa, junto con el motivo determinado, una determinada actividad corporal. Aquello deriva en un fundamento: la facultad de la persona de administrar su ámbito de organización, esto es, la libre disposición de su cuerpo, objetos materiales y el uso de derechos, tiene como implicancia que esta persona no lesione ámbitos de organización ajenos (prohibición), de tal modo que en el caso de una configuración peligrosa, el sujeto debe eliminar aquella mediante medidas apropiadas (mandato). Si el sujeto no actúa de esta forma, deberá responder por el daño ocasionado. Esto significa que junto a la obligación de no dañar, aparece pues un mandato para eliminar peligros que surjan del ámbito de organización autónomo. De esta manera, en la base del sinalagma *libertad del comportamiento / responsabilidad por las consecuencias del actuar*, no se halla única y exclusivamente una obligación de contenido negativo -como lo propone toda fundamentación liberal- en el sentido de no perturbar la esfera de organización de los otros, sino que también resulta necesaria la incorporación de mandatos de contenido positivo, esto es, que tengan como contenido impedir peligros para bienes ajenos que puedan proceder del propio espacio de administración. La existencia de estos mandatos, tan igual como de las prohibiciones, es el resultado de la libertad de organizar; y como afirma JAKOBS, no necesitan ningún “fundamento jurídico especial”. En consecuencia, no es la prohibición el supraconcepto normativo adecuado, sino la competencia (el ser-competente) en virtud de una organización. Ésta se desdobla en institutos de fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal (deberes del tráfico, injerencia y asunción) y de exclusión de dicha responsabilidad (riesgo permitido, prohibición de regreso, principio de confianza y actuación a propio riesgo).

<sup>189</sup> Aquellos que sirven de base a los delitos de omisión de socorro. Su fundamento radica en quebrantar el deber de solidaridad para con los demás que tiene todo ciudadano.

<sup>190</sup> La posición de garante tradicionalmente ha sido concebida como una institución propia de los delitos de omisión, esto es, de la problemática del deber jurídico. A partir de los planteamientos de JAKOBS, se ha convertido en el núcleo del Derecho penal moderno. Al tomarse al deber jurídico como base de la responsabilidad jurídico-penal, ya sea que nazca de la creación de un riesgo jurídico-penal relevante o de la asunción de deberes institucionales, permite que la posición de garante se convierta en el mecanismo general de interacción, en tanto permite proyectar la identidad normativa de la sociedad. De esta manera, tal posición deja de tener un uso exclusivo en el campo de los delitos de comisión por omisión y se convierte en la base de toda teoría de la imputación jurídico-penal.

Para MARAVER GÓMEZ. “Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad”. Pg. 450; al fundamentar la posición de garante “*se puede atender, por una parte, a la injerencia o libre organización del sujeto (posición de garante por organización) y, por otra parte, a la existencia de una determinada posición social o institucional (posición de garante por institución). La posición de garante se fundamentará, en el primer caso, en una relación negativa basada en un deber general de no lesionar o no interferir en ámbitos de responsabilidad ajenos y, en el segundo caso, en una relación positiva basada en un deber de solidaridad cualificado con respecto al deber general de socorro. Más allá de la concreta fundamentación de la posición de garante, su contenido, por otra parte, podrá consistir o bien en un deber de control del riesgo o bien en un deber de protección del bien jurídico*”.

sujetos igualmente legitimados a su desarrollo<sup>191</sup>. De ahí que, “en general, todo comportamiento organizador de un sujeto que «origina activamente» peligros para intereses ajenos, o que «no-asegure» aquellas fuentes de peligro que perteneciendo a la propia esfera amenazan intereses de terceros, queda sometido al principio de responsabilidad por el propio comportamiento originador de peligros para terceros”<sup>192</sup>.

En efecto, si el sujeto no dispone de la posición de garante, en tanto no haya creado el riesgo prohibido o no posea la obligación institucional para actuar, no se le atribuirá el resultado. Solamente podrá responder en virtud de la omisión de un deber de solidaridad. En caso contrario, si se demuestra que el sujeto tiene dicha posición, será necesario concretar el juicio de imputación valiéndose de los criterios que han sido desarrollados para ello (riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso, actuación a propio riesgo, fin de protección de la norma, incremento del riesgo, etc.). Lo importante no se encuentra en la configuración fáctica del suceso criminal, sino en comprobar que una persona ha cumplido los deberes por los que es competente. Por consiguiente, en los supuestos en los que tras la intervención de un primer actuante se configura el favorecimiento para la actuación delictiva de un segundo sujeto, como ha planteado FRISCH, la sola remisión a la responsabilidad de este último ya no es de utilidad para exonerar de responsabilidad penal al que se limita a favorecer, ocasionar o posibilitar el suceso delictivo, pues se puede estar ante la presencia de determinadas posiciones de garantes y que pueden tener tres manifestaciones puntuales: a) la clásica posición de garante, por la cual se pretende que no tengan lugar determinados comportamientos que

---

<sup>191</sup> Vid., ROBLES PLANAS. *Garantes y cómplices*. Pgs. 26-27; quien ha señalado que el ordenamiento jurídico ha fijado unas determinadas *posiciones jurídicas* (o posiciones de garantes) para “evitar que determinados bienes o determinadas actividades pasen a formar parte de proyectos delictivos ajenos. Quien se coloca en esa posición jurídica está también especialmente obligado a velar por la conducta de los demás”.

Existe cierto grupo de casos en los que la posición de garante se encuentra fundamentada y deben responder por ello los garantes como infractores. En el primer grupo, se ubica la posición de garante respecto de la actuación de personas responsables que deberían estar bajo vigilancia, encerradas con el uso de la fuerza y no en el lugar del delito (el juez que deja en libertad a un recluso), o que no deberían estar realizando determinadas actividades por no estar capacitadas. Un segundo grupo, lo constituye la posición de garante fundada con respecto a objetos o sustancias para cuyo uso, manipulación, tenencia o tráfico hace falta una autorización estatal especial, y por ello, no se encuentran al alcance de cualquier ciudadano (por ejemplo: armas de fuego, explosivos, sustancias asfixiantes, ciertas sustancias tóxicas, venenosas o perjudiciales para la salud, material radioactivo, etc.). Al respecto FEIJÓO SÁNCHEZ. *Límites de la participación criminal*. Pg. 92; ha señalado que “La posición de garante no tiene nada que ver con la mayor o menor peligrosidad de los objetos que se transmiten o que no se custodian, sino que depende de la constitución de una determinada sociedad o de los deberes que se derivan de un determinado ordenamiento jurídico”. Así, por ejemplo en algunos países no hay límites para vender vehículos de motor a personas que no tienen licencia.

<sup>192</sup> BALDÓ LAVILLA. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Pg. 53.

menoscaben bienes jurídicos; b) los supuestos en los que sobre un sujeto se confía determinados objetos que entrañan el cumplimiento de determinados requisitos y en el que el deber radica en no dejar que esos objetos caigan en manos indebidas y; c) posiciones de garantes construidas a partir de la función de determinados sujetos de cuidar de que no tengan lugar la vulneración de bienes jurídicos aun cuando se trata del obrar delictivo de una persona plenamente responsable<sup>193</sup>.

Por lo tanto, la idea normativizada de libertad a la que he hecho alusión y constituye la base principal de esta tesis, se configura como el principal fundamento teórico en la propuesta por un Derecho penal de características funcionalistas, en el que los procesos de imputación se determinan por la correlación entre los ámbitos de organización (competencia por la organización) y la responsabilidad. Por lo tanto, el *principio de autorresponsabilidad* de las personas, se consolida como uno de los elementos más importantes del Derecho penal moderno, pues adquiere un valor muy importante, como institución elemental de cualquier sociedad de libertades a la hora de fundamentar el castigo tanto de autores como de partícipes. Tal principio “constituye una configuración básica y asentada de la sociedad que abarca a *todas* las personas, y, en este sentido, una institución social que abarca a todos”<sup>194</sup>.

#### IV. VALORACIÓN.

A partir de todo lo dicho, se puede señalar que cada interviniente debe responder *sólo en la medida en que su propia conducta* suponga una intromisión en una esfera de organización ajena. Y a la inversa, no deberá responder en la medida en que tal intromisión no sea expresión de su propia conducta, sino de la de un tercero<sup>195</sup>. Ello en tanto se tenga la plena convicción de que todo Estado de Derecho queda configurado sobre la base del principio de autorresponsabilidad de los ciudadanos<sup>196</sup>. Entonces, lo decisivo se encuentra en la *competencia*: en los delitos en virtud de organización, aquella proviene del

---

<sup>193</sup> Cfr., FRISCH. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Pgs. 262-263.

<sup>194</sup> JAKOBS, Günther. “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. En: JAKOBS, Günther – CANCIO MELIÁ Manuel. *El sistema funcionalista del derecho penal*. Grijley. Lima. 2000. Pg. 168.

<sup>195</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 177.

<sup>196</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ. “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas”. Pg. 283.

empeoramiento de otra esfera de administración (infracción de un deber negativo), y en los delitos de deber, deviene de una incumbencia por no mejorar la situación (infracción de un deber positivo, lo que -desde luego- abarca el empeoramiento)<sup>197</sup>.

Como lo señala JAKOBS, la libertad tiene como presupuesto la separación de roles, es decir, la interrupción de la responsabilidad en el límite del rol propio de cada uno<sup>198</sup>. Sin embargo, en el Derecho penal de hoy, ya no resulta posible que la responsabilidad por las consecuencias del propio actuar, sea entendida en clave físico-natural o eminentemente causalista. Esta perspectiva ha de ser abandonada y reemplazada por una visión normativista, desde la cual se entienda que los hechos propios no son sólo aquellos que se ejecutan de propia mano, como lo sostiene una interpretación naturalista o causalista del principio de responsabilidad por el propio injusto, que nos conduciría a afirmar que es imposible la intervención en el hecho delictivo de otro.

En cambio, desde una comprensión normativa de dicho principio, el injusto típico no sólo le ha de pertenecer al autor, de manera inmediata, sino que también se le ha de atribuir como propio, aunque de manera mediata al partícipe. La competencia de éste por la intervención en el delito no surge ni de la responsabilidad del autor ni de la aportación aisladamente considerada, sino de la puesta en relación de su conducta con el único suceso por el que hay que responder: el hecho típico<sup>199</sup>.

Luego, el fundamento del por qué se castiga a aquellos sujetos denominados partícipes, que concurren en la comisión de un delito junto a otros denominados autores, ha de ser elaborado desde una visión normativista, respetuosa con el principio de responsabilidad por el propio injusto. Así, el suceso típico pertenece además del autor también al partícipe, en la medida que éste con su conducta ha dispuesto de una razón para que se le impute el injusto penal como propio. Como lo desarrollaré más adelante, sólo cuando la lesión de una norma se objetiviza como hecho (como suceso social con unidad de sentido) es posible hablar de participación. El partícipe con su aporte, dispone una razón para *acceder* al hecho típico<sup>200</sup>, el mismo que también pertenece al autor; no obstante, la diferencia se encontrará en la manera cómo cada uno de ellos ha de responder por dicho injusto. En definitiva, de lo que se trata es de establecer una relación de sentido -de

---

<sup>197</sup> Cfr., JAKOBS. “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. Pg. 193.

<sup>198</sup> *Ibidem*, Pg. 173.

<sup>199</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *Garantes y cómplices*. Pg. 17.

<sup>200</sup> *Ibidem*, Pg. 180.

carácter normativo- necesaria para entender el injusto del autor como propio del partícipe<sup>201</sup>. Ello implica una distinta manera de comprender el principio de accesoriedad de la participación, como lo veremos más adelante, pero que fundamentalmente consiste en dejar de lado aquella comprensión que veía en la conducta del partícipe una intervención en un “injusto ajeno” y, reinterpretándola en clave normativa; sostener que la accesoriedad opera trasladando el injusto típico a la conducta de participación, en tanto con su conducta el partícipe ha dispuesto una razón para “reclamar” dicho injusto también como suyo.

De esta manera, puedo sostener que el fundamento del castigo penal tanto del autor como del partícipe es el mismo<sup>202</sup> -no obstante las cuotas de responsabilidad son diferentes- en tanto se trata de conductas que comportan una unidad de acción o que poseen un solo sentido delictivo, el mismo que se manifiesta en una negación de la pretensión de respeto para con la norma penal, y con ello, ambos reclaman la pertenencia por el todo del hecho. El hecho principal tiene el significado de ser tan propio del autor como del partícipe, quedando de esta manera salvaguardado el principio de autorresponsabilidad por el propio injusto.

---

<sup>201</sup> *Ídem.*

<sup>202</sup> Vid., LESCH. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Pg. 73; ROBLES PLANAS. *Garantes y cómplices*. Pg. 19.

## CAPITULO IV

### COMPETENCIA POR LA ORGANIZACIÓN Y PARTICIPACIÓN CRIMINAL

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO. II. COMPETENCIA POR LA ORGANIZACIÓN EN SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE INTERVINIENTES. III. VALORACIÓN.

#### I. PLANTEAMIENTO.

Desde una interpretación del sistema penal en clave teleológico-funcional, como la que propone JAKOBS, se puede sostener que la misión del Derecho penal (a partir de la cual obtiene su legitimación) es mantener la vigencia de las normas penales, procurando de esta manera resguardar la identidad social<sup>203</sup>. Ello obedece a que el universo de los conceptos jurídico-penales tiene que ajustarse a la función social del Derecho penal y no a fenómenos naturales o, de otro modo, ajenos a lo social. En este marco, el hecho punible alejado de una interpretación naturalista, es concebido “simbólicamente” como la aportación comunicativa<sup>204</sup>, esto es, una *expresión de sentido* de un sujeto por la que ha de ser hecho responsable sobre la base del principio de autorresponsabilidad. Por medio de su conducta, el autor se aferra a la afirmación de que aquella, en tanto conlleva la defraudación de una expectativa normativa<sup>205</sup>, se encuadraría dentro de los

---

<sup>203</sup> La interrelación en sociedad supone la existencia de expectativas respecto al comportamiento de los otros (v. gr., todo conductor de un vehículo tiene la esperanza que en un cruce de vías se respetará la luz verde y su derecho de paso). Éstas deben de ser aseguradas normativamente por el Derecho, toda vez que no existe otra alternativa: “o interrelación y expectativas, o «estado natural» y caos”. Cfr., MONTEALEGRE LYNETT - PERDOMO TORRES. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Pg. 15.

<sup>204</sup> Cfr., PEÑARANDA RAMOS, Enrique – SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos – CANCIO MELIÁ, Manuel. “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”. En: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*. Civitas. Madrid. 1997. Pg. 21; en donde se afirma que: “el dato decisivo de la conducta penalmente relevante no consiste, por tanto, a su juicio, en constituir un desencadenante de procesos causales nocivos, sino en su capacidad para expresar un determinado sentido: al sujeto que actúa de un modo contrario a la norma mediante una conducta evitable se le imputa la formulación de una máxima de comportamiento incompatible con aquella, que la desautoriza como modelo general de orientación en el contacto social”.

<sup>205</sup> Desde la propuesta funcionalista de JAKOBS, se reconoce la existencia de dos tipos de expectativas: *cognitivas* y *normativas*. Las primeras hacen referencia a las relaciones del hombre con los sucesos de la naturaleza, y su quebrantamiento conlleva a que la persona no pueda mantener la expectativa y deba optar

comportamientos que son válidos, y así pues, la expectativa normativa en cuestión sería para la sociedad un accesorio no relevante<sup>206</sup>. En este proceso, la pena serviría a la finalidad de reestablecer la vigencia de la norma vulnerada. Con ella se le comunica al autor del hecho punible, que su comportamiento no pertenece a la configuración social vigente y válida. De esta manera, se reafirma la existencia de la norma, y se refuta al autor del hecho el que haya cuestionado tal existencia. Luego, cuando la sociedad, a través de los responsables de aplicar las sanciones jurídico-penales castiga a un sujeto, se niega a concebir un cambio de su configuración, y se mantiene firme en el *statu quo*<sup>207</sup>. Empero, esta reacción no es un suceso natural entre seres humanos, sino que responde a un proceso de comunicación (lo que se denomina: expresión de sentido) entre personas<sup>208</sup>.

Todo lo dicho previamente se enmarca en la configuración de la sociedad actual, la misma que deja al descubierto un sinnúmero de procesos de interacción complejos, dinámicos y extremadamente anónimos, que obligan al Derecho a generar mecanismos que permitan a los miembros de la sociedad interactuar y desarrollar una vida acorde con sus necesidades<sup>209</sup>. El Derecho penal con orientación funcionalista garantiza, de la mano de expectativas normativas, que la intervención de los sujetos en la convivencia diaria se

---

por cambiar de conducta, *v. gr.*, un sujeto decide contruir su casa en las cercanías de un río, confiado que en la temporada en que éste aumente su caudal, un posible desborde no afectará su vivienda. Sin embargo, una vez que se produce aquella situación, la casa del sujeto se inunda y queda inutilizable. Aquí, se ha quebrantado una *expectativa cognitiva*, ¿de qué manera actuará entonces el sujeto? En definitiva, al decaer la esperanza que tenía, deberá decidir construir su casa en un lugar alejado del cauce del río. Distinto es lo que sucede en los casos de *expectativas normativas*. A diferencia de la anterior, éstas se dan en la relación que existe entre las personas en sociedad. Cuando una de ellas se quebranta, *v. gr.*, alguien roba en una vivienda, el sujeto víctima de tal acción puede seguir confiando en que los otros miembros de la sociedad se comportarán conforme a lo esperado; en tanto, el sistema social posee a la pena como mecanismo para que se siga manteniendo a la norma como modelo de orientación social. Esto significa, que el Estado comunica a los ciudadanos que la configuración del mundo que el sujeto infractor proponía con su conducta (*voluntad particular*), negando la concepción general del mundo (*voluntad general*), no tiene validez; que mediante la pena se “niega esta negación”, y por lo tanto, las personas pueden seguir orientando su conducta conforme a las expectativas generales.

<sup>206</sup> Cfr., JAKOBS, Günther. “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma”. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. En: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Civitas. Madrid. 2004. Pg. 75.

<sup>207</sup> *Ibidem*, Pgs. 75-76.

<sup>208</sup> Cfr., JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Pg. 11; para este autor, la confirmación de la identidad normativa que realiza el Derecho penal resuelve un problema social, en tanto, la constitución de la sociedad, así como de las personas tiene lugar a través de normas.

<sup>209</sup> Lo señala muy bien SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Reimpresión de la 2ª edición. B de F. Montevideo–Buenos Aires. 2006. Pgs. 17-18, cuando afirma que: “La creciente interdependencia de los individuos en la vida social da lugar (...) a que cada vez en mayor medida, la indemnidad de los bienes jurídicos de un sujeto dependa de la realización de conductas positivas (de control de riesgos) por parte de terceros. Expresado de otro modo, las esferas individuales de organización ya no son autónomas, sino que se producen de modo continuado fenómenos -recíprocos- de transferencia y asunción de funciones de aseguramiento de esferas ajenas”.

produzca de tal forma que ninguno de ellos se vea impedido en el desarrollo y desenvolvimiento de sus actividades. En pocas palabras, de facilitar la orientación en sociedad<sup>210</sup>.

Una norma puede ser quebrantada, y una expectativa defraudada, por medio de una organización defectuosa individual, o también puede configurarse en el ámbito de organizar conjuntamente con otros. Como se ha afirmado antes, esto significa que lo relevante a la hora de determinar la imputación de un suceso a una persona radica fundamentalmente en la *competencia*; es decir en los deberes que a aquél le corresponden en su posición de garante. Ahora bien, una organización conjunta puede darse de manera que cada interviniente lleve a cabo su propia obra, como sucede por ejemplo en un almuerzo común, o puede darse de tal manera que todos los intervinientes se junten en *una sola obra*<sup>211</sup>, tal es el caso de una obra musical interpretada por una orquesta sinfónica<sup>212</sup> o; desde un plano negativo, la actividad de bandas del crimen organizado<sup>213</sup>. Varias personas pueden por tanto, armonizar entre sí sus organizaciones de comportamientos, de tal forma que, conduciéndose como una unidad organizativa colectiva asuman una administración común; y también conjuntamente como colectivo respondan<sup>214</sup>.

Cuando se aborda el tema de la intervención de los sujetos en la realización de un hecho delictivo, una interpretación de corte pre-jurídico resulta dudosa en cuanto a las soluciones que arriba. Es por eso que hoy se discute la utilidad de las posturas agrupadas bajo la denominación de: *teoría del dominio del hecho*, la cual goza de una acogida mayoritaria en la doctrina, y es reconocida como uno de los más interesantes aportes del profesor CLAUD ROXIN a la dogmática penal. Las críticas de la doctrina a esta propuesta, se han agrupado principalmente bajo la idea de que este autor alemán formula su

---

<sup>210</sup> Cfr., MONTEALEGRE LYNETT - PERDOMO TORRES. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Pg. 14.

<sup>211</sup> Cfr., JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Civitas. Madrid. 1996. Pg. 149.

<sup>212</sup> Cfr., GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y cómplice en Derecho penal*. Pg. 74; ha expresado que “*para que de una actividad se pueda decir que consiste en tomar parte en algo, es preciso que exista un todo y que la actividad no sea la de realizar el todo*”. Por ejemplo del pianista que ejecuta una pieza musical de Bach, no se puede decir que toma parte en la ejecución de la pieza, toda vez que es el único que actúa (el que hace todo). Podrá recién decirse que su actividad ha sido la de tomar parte en la ejecución de un todo, cuando aparte de él haya algún otro instrumentalista que lo acompañe. En ese caso, el todo ha sido la interpretación de la pieza, de la que el pianista ha tenido sólo una parte, mientras que la otra parte ha sido ejecutada por el otro músico.

<sup>213</sup> De acuerdo con JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 149; la participación consiste exactamente en aquello que en los demás casos 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.

<sup>214</sup> Vid., LESCH. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Pg. 68.

concepción de dominio sobre la base de consideraciones fácticas<sup>215</sup>. Para contrarrestar esta falencia, han emprendido la tarea de armonizar esta contribución de ROXIN con criterios de carácter normativo. En este sentido, los delitos que este autor intentó agrupar bajo su teoría del dominio del hecho son concebidos, según una visión normativa, como *delitos de organización*; de acuerdo con el cual, la imputación no radica en un dominio fáctico del suceso, sino en el sinalagma *libertad de organización / responsabilidad por las consecuencias del actuar*. Como se ha señalado antes, estos delitos surgen a partir del quebrantamiento del deber negativo; según el cual, las personas no pueden irrogarse ámbitos de organización ajena, sin que ello no pueda dejar de ser catalogado como la administración defectuosa de su campo autónomo de administración. Aquí, el dato de si se trata de una acción o de una omisión no puede constituirse en dato relevante de la imputación jurídico-penal<sup>216</sup>, v. gr., valorativamente resulta siendo indiferente si el conductor atropelló a un sujeto porque aceleró más de lo debido o no frenó para evitar el atropello.

Para fundamentar la propuesta por la cual me inclino, iniciaré colocando un ejemplo: cuando una orquesta sinfónica interpreta de modo magistral un tema de un conocido compositor, de este resultado son responsables; claro está, los músicos de la orquesta. Sin embargo, no parecería del todo incoherente sostener que también merecen ser felicitados: el director de la orquesta, el compositor del tema, el ingeniero de sonidos, los afinadores de los instrumentos musicales, entre otros<sup>217</sup>. Pero, ¿merecerían las felicitaciones también el chofer del bus que traslado a los músicos o llevó los instrumentos

---

<sup>215</sup> Aún más, se ha puesto en duda si es que los planteamientos elaborados para explicar los sucesos en los que existe un autor único, pueden ser aplicados para los casos en los que estamos ante la presencia de una multitud de sujetos intervinientes. Esta pregunta, creemos que puede ser respondida ubicando el actuar de los sujetos dentro de una sociedad, en la que aquellos, en tanto aceptan las reglas de participación social; esto es, se deciden a configurar su actuar según normas legítimamente establecidas, han de responder por la competencia que tienen respecto a la configuración de sus esferas de organización; las mismas que deben ser reconocidas y protegidas por el Estado y el ordenamiento jurídico, en particular, el penal. Esto quiere decir, que una vez más, el sinalagma: *capacidad de autodeterminación / responsabilidad por las consecuencias del actuar*, nos servirá para determinar los límites de la participación punible y los límites de la prohibición de regreso, como factores de determinación de la participación criminal.

<sup>216</sup> Al respecto, JAKOBS, Günther. “El concepto jurídico-penal de acción”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. En: *Estudios de Derecho penal*. Civitas. Madrid. 1997. Pg. 116; ha señalado que “*la gracia tanto de la acción como de la omisión no está en el hecho que en un caso hay actividad corporal y en el otro no la hay, sino en algo que no pertenece al ámbito de lo fáctico-naturalista, esto es, en la atribución de determinados resultados a una persona. (...) en ambos casos la cuestión es la adscripción a determinados garantes, y no algo perteneciente al ámbito de la naturaleza*”.

<sup>217</sup> Si tal repartición de responsabilidades por la obra final es válida para aquellos actos que son elogiados, también lo sería para los casos en los que la finalidad de la pluralidad de intervinientes está marcada por la realización de un hecho criminal.

musicales al lugar donde se realizó el concierto, o los fabricantes de los instrumentos, o el arquitecto que diseñó la acústica de la sala donde se dio el concierto; y así retrocediendo sin límite alguno hasta llegar incluso a felicitar a Adán y Eva? Este regreso *ad infinitum* - tan absurdo como desacertado- es propio de la teoría de la equivalencia de condiciones<sup>218</sup>, e hija del pensamiento causalista que tuvo como finalidad explicar el Derecho penal a partir del recurso a criterios netamente naturalistas o empíricos.

A partir del proceso de reformulación del tipo penal y su normativización, y con el empleo por parte del Derecho penal moderno de la *Teoría de la Imputación Objetiva*<sup>219</sup>, dicha fundamentación de corte naturalista fue dejada de lado; y hoy ya no tiene más vigencia que la de ser un mero dato histórico. En la actualidad tiene plena validez la imputación objetiva, como criterio general para delimitar los ámbitos de responsabilidad o de competencia de las personas involucradas en un suceso delictivo<sup>220</sup>. Como consecuencia de ello, se tiene que en el marco de una *Teoría de la conducta típica*<sup>221</sup>, no sólo ha variado la forma de determinar el hecho típico, sino que también ha tenido repercusión en el ámbito de la autoría y de la participación criminal; de manera que hoy ya no se puede hablar de una autonomía e independencia entre ambas, sino que se desenvuelven en un marco de estricta interdependencia; o por decirlo de manera mucho más contundente, el

---

<sup>218</sup> Conforme a esta teoría, es causa de un resultado toda condición que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto. Esta concepción fue asumida en el ámbito del Derecho penal en el contexto de la irrupción del pensamiento naturalista-positivista que se desplegó a finales del siglo XIX. Este positivismo propugnaba el traslado de conceptos científico-naturales al Derecho.

<sup>219</sup> La teoría de la imputación objetiva fue creada en el Derecho civil por KARL LARENZ, y luego introducida en el Derecho penal por RICHARD HONIG.

A decir de JAKOBS. “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma”. Pg. 85; la imputación objetiva implica la interpretación del contexto social del comportamiento junto con sus consecuencias, y tiene el sentido de determinar la responsabilidad de cada uno de los ámbitos de organización. No obstante, debe quedar claro que por sí sola, la imputación objetiva, no fundamenta la responsabilidad penal, sino que determina a quien de entre varias personas le incumbe un suceso. Además, JAKOBS ha justificado la existencia de la imputación objetiva, señalando que cuando se produce un determinado daño, éste puede ser imputado al comportamiento incorrecto de una persona, de la propia víctima, o puede que el suceso obedezca a un infortunio. En esta multitud de posibles causas del resultado se deben separar aquellos que tengan el significado de ser gestores de daños.

Como antecedente contextual de la Teoría de la Imputación Objetiva, podemos señalar que ésta se desarrolla dentro de un contexto de normativización de los distintos elementos de la teoría del tipo penal, “*en un contexto en el que los elementos de la construcción dogmática se configuran de acuerdo con la función que deben cumplir*”. Cfr., CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza. 2001. Pg. 25.

<sup>220</sup> El criterio clave es la competencia (el “ser-competente”), ya sea a consecuencia de un *status* negativo (el deber de no dañar a los demás), o de un *status* positivo (el deber de configurar plena o parcialmente un mundo en común).

<sup>221</sup> El objetivo de esta teoría radica en que hace una separación entre los espacios de libertad de actuación garantizados penalmente, frente a aquellos otros afectados por prohibiciones de conductas.

tratamiento de la participación criminal se haya inmerso en el campo de lo propuesto por la teoría de la imputación objetiva<sup>222</sup>.

En este mismo marco de reflexión, si entendemos a la imputación objetiva como un juicio de atribución no solamente del resultado, sino esencialmente de adscripción de relevancia jurídico-penal a la conducta, tendríamos que sostener que es necesario que la conducta de los intervinientes haya sobrepasado el riesgo social y penalmente admitido; ya que si la creación de un peligro no permitido, ya sea de forma inmediata, mediata o conjunta, fundamenta la existencia de autoría, los demás intervinientes en el delito sólo responderán de forma accesoria con su favorecimiento, motivación o ayuda a la aparición de un riesgo; en la medida que con dicha conducta las posibilidades de éxito del autor se acrecienten<sup>223</sup>.

## II. COMPETENCIA POR LA ORGANIZACIÓN EN SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE INTERVINIENTES.

Del numeroso grupo de personas que tienen algún tipo de relación causal con la producción de un hecho criminal, es necesario distinguir y delimitar normativa y valorativamente a quién o a quiénes incumbe el hecho; en tanto: *no todos son competentes por todos los resultados acontecidos*. En un Derecho penal garantista, lo que hay que buscar es que el círculo de sujetos al cual se le podría imputar un delito, se reduzca. Para ello, es preciso determinar ámbitos de responsabilidad<sup>224</sup> valiéndonos de la ayuda de la imputación objetiva. En lo que sigue, me voy a referir a un grupo de casos que se caracterizan por la presencia de un primer sujeto, que con su conducta posibilita la

---

<sup>222</sup> En este mismo sentido, vid., MARAVER GÓMEZ. “Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad”. Pgs. 481-482. Este autor resalta la importancia y necesidad de la teoría de la imputación objetiva para valorar la conducta del autor y la del partícipe.

<sup>223</sup> Cfr., GÓMEZ GONZÁLEZ. Participación criminal: Análisis doctrinal y jurisprudencial. Pg. 141; FEIJÓO SÁNCHEZ, José Bernardo. *Límites de la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?* Editorial Comares. Granada. 1999. Pg. 2; BLANCO CORDERO. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Pg. 148; señala este autor que “Frente a las posturas que ponen el acento de forma casi exclusiva el resultado (sic.), es preciso, tal y como se recalca desde las modernas tendencias en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva, reforzar el desvalor de la acción. La cuestión a resolver en el tipo objetivo es, por tanto, si el comportamiento del contribuyente ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y este peligro realmente se ha realizado en el resultado”.

<sup>224</sup> El problema al cual esta teoría debe afrontar, viene dado por aquellas conductas que se presentan con anterioridad al inicio de la fase ejecutiva (tentativa), y en el que el obstáculo a superar viene dada por la intervención de un segundo sujeto que lleva a cabo la ejecución del delito.

intervención de un segundo actor, el mismo que es autorresponsable y que actuando dolosamente lleva a cabo un delito.

Como ha puesto de relieve FRISCH, “la posibilidad de que un tercero pueda cometer un delito con cualesquiera objetos que se dejen a su alcance, no se guarden debidamente o se le entreguen, o bien basándose en informaciones o en prestaciones que se le den, casi siempre existe en el terreno puramente teórico. Si, para prevenir estos riesgos, se pretendiera prohibir todas esas acciones, ello comportaría una *restricción insoportable de la libertad de acción*. En particular, las conductas que forman parte de un proceder más amplio en división del trabajo se convertirían así en prácticamente imposibles; dado que siempre es previsible contar con que otros completen la obra conjunta mediante conducta dolosa o imprudente. En definitiva, con una prohibición así (penalmente reforzada), al servicio de los bienes jurídicos, se vería afectado incluso aquel cuya protección en realidad se pretende, pues multitud de actividades (si han de desarrollarse de modo óptimo para los bienes jurídicos) requieren conceptualmente que determinadas cosas se entreguen a otros para resolver asuntos”<sup>225</sup>. En esta misma línea, y siguiendo a JAKOBS<sup>226</sup>, del entramado de relaciones intersubjetivas en la realización de un hecho punible, sostengo que respecto de las posiciones de las personas involucradas se pueden presentar los siguientes supuestos:

- a) Puede que unos sujetos se hayan comportado aisladamente acerca del hecho delictivo, y su dependencia causal respecto del aquél tiene que ver con una decisión arbitraria de otro. En este caso, dichas personas no podrán ser hechas responsables jurídico-penalmente.
- b) En tanto nos encontremos ante un hecho que se presenta en la forma de una división del trabajo, habrá que distinguir -a efectos de determinar el nivel de competencia por la organización de cada sujeto respecto del hecho delictivo- si aquella división es vinculante o restringida.
  - b.1) En la *división del trabajo restringida*, los que han aportado algo sólo tienen que prestar un apoyo determinado, sin tener que preocuparse de lo que el mismo resulte para la obra<sup>227</sup>. Ello deriva del no tener que prestar

---

<sup>225</sup> FRISCH. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Pg. 260.

<sup>226</sup> Cfr., JAKOBS, Günther. “La intervención delictiva”. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. En: *Cuadernos de Política Criminal*. 2ª época. N° 85. Cesej. Madrid. 2005. Pg. 71.

<sup>227</sup> *Ibidem*, Pg. 72.

atención de lo que el receptor del aporte, en tanto sujeto autorresponsable, realice. De no ser así, habría que pregonar un deber de control que eliminaría la libertad de las personas. Por ejemplo, en el entorno de una economía con una intensa división del trabajo, se presupone que no forma parte del rol de vendedor de un producto estándar el cuidar de que el comprador no lo utilice de forma delictiva o de cualquier otra forma lesiva<sup>228</sup>. Este es el campo de acción del criterio de imputación objetiva propuesto por JAKOBS, y que se denomina como *prohibición de regreso*.

b.2) En la *división del trabajo vinculante*, los sujetos están fuertemente unidos respecto a la consecución de su objetivo, en este caso, de la realización del delito. La obra que vincula a los sujetos intervinientes, consiste en la lesión de la norma como expectativa jurídico-penalmente garantizada.

En los supuestos en los que los sujetos actúan aisladamente respecto del hecho, y de aquellos que actúan sobre la base de una división vinculante del trabajo, puede que sepan o sospechen lo que va a suceder con posterioridad a su aporte; por ejemplo, puede que el constructor del local sepa qué tipo de música va a ser interpretada en el auditorio, pero este conocimiento especial no vinculará al sujeto con el hecho, pues por sí sola no es suficiente para vincular al sujeto con el resultado, y no porque ese conocimiento pertenezca o no al rol del sujeto (como se verá en el último capítulo de la tesis), en tanto, este criterio por sí solo, no es idóneo para determinar el valor de los conocimientos especiales<sup>229</sup>.

Para establecer cuando nos encontramos ante un supuesto de reparto o división del trabajo vinculante o no vinculante<sup>230</sup>, hay que atender al *sentido* que tiene el

---

<sup>228</sup> Cfr., JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Pg. 54.

<sup>229</sup> Cfr., KANT. *La metafísica de las costumbres*. Pgs. 38-39; quien ha señalado: “*en esta relación recíproca del arbitrio no se atiende en absoluto a la materia del arbitrio, es decir, al fin que cada cual se propone con el objeto que quiere; por ejemplo, no se pregunta si alguien puede beneficiarse también o no de la mercancía que me compra para su propio negocio; sino que sólo se pregunta por la forma en la relación del arbitrio de ambas partes, en la medida en que se considera únicamente como libre, y sin con ello, la acción de uno de ambos puede conciliarse con la libertad del otro según una ley universal*”.

<sup>230</sup> Cabe precisar, que al tomar como presupuesto de la imputación jurídico-penal la división del trabajo, únicamente nos limitamos a un análisis de la parte objetiva, en tanto, sostenemos que el problema de la intervención delictiva y la delimitación de los ámbitos de participación punible es un tema que atañe en mayor medida al lado objetivo del suceso; esto lo podemos graficar mediante un ejemplo: cuando un sujeto entra a un local en el que también se encuentran otras personas, y deja su arma sobre una mesa; su actuación

comportamiento de cada interviniente, y al *contexto* en el cual se da tal actuación. Respecto al primer criterio, se señala que si el primer actuante ha colocado su prestación, tomando como punto de orientación la conducta del segundo actuante; es decir, su contribución se ha configurado atendiendo al posterior desarrollo delictivo a manos de otro, será competente del resultado que se produzca, *v. gr.*, no es lo mismo que alguien consiga el plano de una universidad para otro, o que consciente de que no es posible robar en una universidad sin un plano de la misma, lo consiga y entregue a los autores del delito<sup>231</sup>.

En lo que concierne al rol que cumple el contexto en cual se desarrollan los diferentes comportamiento, cabe señalar que según JAKOBS, presupuesto indispensable para que la conducta de una persona -en el entramado de contactos sociales actuales- se pueda distanciar frente a un contexto delictivo, es que necesariamente exista un entorno en el que todos desempeñen su papel y dejen a los demás el suyo, pues *si el entorno es caótico, desaparecen tales expectativas*<sup>232</sup>; por ejemplo, quien vende cuchillos no puede alegar una separación de roles, cuando delante de su puesto se desarrolla una pelea entre dos bandos antagonistas, y unos sujetos ingresan a su tienda a comprar cuchillos. Si el vendedor accede al pedido de estos hombres, su actitud implicará su participación en la pelea, en tanto han desaparecido las condiciones de la separación de los roles. Éstos estarían así confundidos o anormalmente vinculados. De esta manera, “cuanto más se intensifique el quebrantamiento del rol por parte del ejecutor, menos alguien que preste una contribución podrá mantenerse en sus trece de que no se trata de nada distinto de un suceso normal”<sup>233</sup>.

---

lo convierte en un interviniente responsable del asesinato cometido por otro sujeto, aunque el sujeto que dejó la pistola no haya reflexionado en que tal hecho se podía presentar.

<sup>231</sup> Al respecto, ha dicho JAKOBS. “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. Pg. 174; que, no es lo mismo que alguien, sin orientarse con base en el ulterior desarrollo de carácter delictivo, ejecute una conducta de por sí neutral, que es desviada hacia lo delictivo por quien actúa a continuación, o que genere él mismo la conexión con el posterior acontecer delictivo tomándolo como punto de referencia.

<sup>232</sup> Cfr., JAKOBS. “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. Pg. 174. (Las cursivas son nuestras). También, Vid., GARCÍA CAVERO, Percy. “La prohibición de regreso en el Derecho penal”. En: AAVV. *Estudios de Derecho penal*. Ara editores. Lima. 2005. Pgs. 70-71; quien señala que “una conducta neutral (...) deja de serlo si se entra en un contexto marcadamente delictivo”, y pone el siguiente ejemplo: “Subirse a un taxi con un revolver escondido en la ropa para asaltar un banco no expresa socialmente aún un sentido delictivo, lo cual cambia cuando se suben varias personas con fusiles y pasamontañas”.

En contra PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Bosch editor. Barcelona. 2005. Pg. 360; también ROBLES PLANAS. *Garantes y cómplices*. Pgs. 84-92.

<sup>233</sup> JAKOBS. “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. Pg. 176.

Por otra parte, resulta necesario fundamentar por qué es competente el interviniente previo (el primer actuante) de la ejecución completa del hecho (a manos del segundo actuante) y no sólo de la parte que aquél ha configurado. También, es imprescindible aclarar si la conformación completa del suceso delictivo no es un hecho libre y de plena responsabilidad de quien lo ejecuta (similar conclusión a la que arribara la antigua doctrina de la prohibición de regreso, como veremos más adelante), que si bien es cierto, no ha escogido la configuración que se le ha ofrecido; pero que de igual modo podría haberla rechazado.

En primer lugar, hay que manifestar que en un sistema como el que se plantea aquí, la decisión del ejecutante por realizar el ilícito penal (la decisión por el “sí”), depende de la configuración del “cómo” del hecho planteado por los actores previos. Es por ello, que como se ha precisado, la competencia por el resultado de los intervinientes previos a la ejecución del delito, deriva de la decisión del ejecutor de llevar a cabo el hecho criminal. Respecto a esta última cuestión (en segundo lugar), hay que establecer si existe alguna razón, por la que podría la actuación del ejecutor<sup>234</sup> bastar por sí sola para excluir la responsabilidad de los demás intervinientes. Una respuesta afirmativa a esta interrogante conduciría inevitablemente a quitarle importancia a la división del trabajo. Luego, sin el reconocimiento de que existe una competencia de todos los participantes en un hecho, nadie se embarcaría en una obra conjunta que sea buena, porque no habría esperanza de recibir una “recompensa”, y en la misma línea de razonamiento, los sujetos que colaboran mediante actos previos en obras malas colectivas, lo harían sin ningún tipo de preocupación, pues no habría que temer una sanción<sup>235</sup>.

La concepción, según la cual, hacer responder jurídico-penalmente al ejecutor del hecho torna innecesario la sanción de los demás intervinientes; difícilmente puede ser asumible en una postura en la que el sinalagma *libertad de actuar / responsabilidad por las consecuencias de dicha libertad* despliega sus efectos. Este principio no sólo tiene validez para los supuestos de intervención de un autor único, pues también se puede aplicar en el caso de obras conjuntas; en tanto la responsabilidad de los sujetos por las obras colectivas

---

Hay que precisar que es lo que se ha de entender por “ejecutar” un hecho. Siguiendo a JAKOBS. “La intervención delictiva”. Pg. 84; se puede decir que se trata de un concepto que se ha de definir de manera normativa, mediante la competencia por las consecuencias; y es perfectamente equiparable a la actuación en el momento de los actos previos, que -como intervención delictiva que es- igualmente fundamenta la competencia por los resultados. El interviniente, haya actuado en la fase ejecutiva o no, es competente respecto de la configuración del hecho.

<sup>235</sup> *Ibidem*, Pg. 78.

deriva de su libertad para, por un lado, constituirse en una asociación de personas, y por otro lado, para embarcarse en una obra común. Luego, la responsabilidad por el hecho de quien lo ejecuta, no exime la de los intervinientes en los actos previos. Esta idea obedece a que, como ha señalado ROBLES PLANAS, la dogmática de la autoría y la participación se ha de formular a partir de la noción de “hecho típico”<sup>236</sup>. Además, tal concepción (tomada de lo propuesto por HEGEL<sup>237</sup> en su momento), implica que “sólo cuando la lesión de una norma se objetiviza como hecho (como suceso social con unidad de sentido), es posible hablar de intervención”<sup>238</sup>. De esta manera, en el sistema de participación delictiva: “el tipo es el injusto objetivizado, y, por consiguiente, el marco en el que se asocian las infracciones de la norma en una unidad de sentido. Sólo cuando el injusto logra objetivizarse (como hecho) y, por consiguiente, desprenderse de las infracciones personales de deberes es posible la intervención en él”<sup>239</sup>, es decir, solamente cuando el hecho está distanciado de las aportaciones individuales de cada sujeto es que se puede hablar de intervención delictiva<sup>240</sup>.

Esta forma de entender la intervención conjunta puede ser comprendida a plenitud si hacemos referencia al sistema de injusto más pequeño que se suele presentar, esto es, la presencia de un interviniente único, aquel que por sí mismo ha configurado -ha preparado- el comportamiento criminal y posteriormente lo ha ejecutado. No resulta dudoso sostener que el sujeto queda vinculado jurídico-penalmente con el resultado por la ejecución del hecho; sin embargo, esto no significa que no cobren relevancia los actos previamente desarrollados por el propio ejecutante. El análisis de la conducta de este sujeto se dirige no sólo al acto ejecutivo, sino también, a la “plantilla”; esto es, los actos de preparación del

---

<sup>236</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 145.

<sup>237</sup> Cfr., HEGEL. *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*. Pgs. 105-106 §25 y §26. Para este filósofo alemán, las voluntades individuales autoconscientes (a las que denomina lo subjetivo) no son más que aspectos parciales de la voluntad general, que constituye en sí la objetividad de la voluntad.

<sup>238</sup> ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 145.

<sup>239</sup> *Ídem*.

<sup>240</sup> Una formulación distinta a este planteamiento la podemos hallar en SANCINETTI. “El ilícito propio de participar en el hecho ajeno. Sobre la posibilidad de la autonomía interna y externa de la participación”. Pg. 88; quien sostiene que: “También para el partícipe que sí responde, su responsabilidad proviene de su propio hecho; de otro modo, si su hecho no constituyera de por sí un ilícito, «no podría ser teñido de ilícito retroactivamente por la realización del tipo». No hay, pues, una «obra en común» que fundamente la responsabilidad de cada uno; la obra en común es sólo el producto de la reunión de los aportes individuales. La medida en que cada uno es responsable de esta «reunión» es justamente la medida de su contribución; pero para juzgar la medida de su contribución sólo hace falta evaluar lo ilícito del aporte propio, cualquiera que haya sido el disvalor propio del hecho de cada uno de los demás participantes -entre los cuales puede haber, justamente por el principio de la prohibición de regreso, un sujeto no responsable-; y esa evaluación debe quedar firme cualquiera que haya sido el éxito final de la empresa en común”.

acto punible. Sin embargo, es evidente que al tratarse de la actuación de un solo sujeto carece de sentido la separación.

En este punto destaca la propuesta de JAKOBS, acerca de la existencia de una “dogmática de los sistemas de injusto”<sup>241</sup>; de acuerdo con la cual, en los casos de una pluralidad de sujetos intervinientes -aspecto que concierne a la denominada *Teoría de la Intervención Delictiva*- respecto de un mismo injusto penal, como por ejemplo en la coautoría, la competencia jurídico-penal residirá en el sistema; es decir, se tratará de una “responsabilidad del sistema”<sup>242</sup>, a partir de lo cual, la responsabilidad por el todo se repartirá entre los sujetos que han intervenido en el hecho (aspecto cualitativo), pero para establecer el título de imputación de cada interviniente se atenderá a la magnitud del aporte de cada uno de ellos (aspecto cuantitativo)<sup>243</sup>.

En lo que concierne a esta última idea, se va a tomar en consideración el “peso” de la intervención de cada sujeto como el criterio que se va a emplear para calificar a los intervinientes como autores o partícipes. En definitiva, de lo que se trata es de realizar una cuantificación entre los intervinientes y no una clasificación entre ellos en base a quiénes tienen y quiénes no tienen dominio del hecho, pues es constatable que hasta el sujeto que interviene con un pequeño aporte posee de alguna manera un dominio del hecho. Esto no debe significar entonces, que se busca una diferenciación en el nivel cualitativo, pues todos responden por un mismo suceso, sino que lo que se busca es realizar una ordenación que va a estar en función a la cantidad (“al peso”) de la aportación de cada uno de los sujetos. Como señala JAKOBS, no se trata de si habrá imputación, sino de la preparación de la medición de la pena<sup>244</sup>.

Ahora bien, en los supuestos de intervención de una pluralidad de agentes, resulta necesario distinguir entre los comportamientos que preparan el hecho delictivo, lo que se ha denominado “plantilla”, y las conductas que se ejecutan, sobre la base de aquélla. El ejecutor utiliza la plantilla o patrón; hablando en términos gráficos: colorea sobre ella el delito, pero los contornos ya los han fijado, en mayor o menor medida, los otros

---

<sup>241</sup> Cfr., JAKOBS. “La intervención delictiva”. Pg. 69.

<sup>242</sup> *Ídem*.

<sup>243</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 145: quien manifiesta que “en un sistema de responsabilidad por la intervención, al otorgar al hecho relevancia como suceso con unidad de significado, cabe tomar parte en el mismo: cada sujeto responde por el hecho, si bien de distinta manera”.

<sup>244</sup> Cfr., JAKOBS. “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. Pg. 179.

intervinientes<sup>245</sup>. Por consiguiente, el ejecutor con su conducta realiza su obra y también la de todos los demás intervinientes. De tal manera que la ejecución, cuando intervienen otras personas en los actos previos, no supone más que una *co*-configuración del hecho -por regla general de gran peso-, pero ni más, ni menos. La realización del último acto y, con ello, la decisión sobre el “sí” del hecho, no es cualitativamente nada nuevo frente al “cómo” de aquél, un “cómo” que habrá sido configurado por los otros intervinientes en ocasiones, hasta el último detalle<sup>246</sup>. Todos los intervinientes ejecutan, con independencia de quién sea la mano que se mueva para ello<sup>247</sup>. Por tanto, al hablar de injusto típico no se está haciendo referencia exclusivamente al injusto del autor, sino también al del partícipe. La única diferencia capaz de establecerse entre ellos es que el autor será el responsable más inmediato mientras que el partícipe tendrá una responsabilidad mucho menos enérgica.

Luego, es necesario precisar de qué manera se pueden compatibilizar estos postulados con la Teoría del delito; en cuyo campo queda claro que en el hecho típico en el cual intervienen una pluralidad de agentes, lo punible se configura a partir del comienzo de la tentativa. De esto se colige, que quien no participa en la ejecución del hecho no comete -desde una interpretación fáctica del suceso- de propia mano el delito, sino que su conducta se limita a aportar los medios para la realización del hecho delictivo posterior<sup>248</sup>. Pero, si el sujeto que interviene antes del inicio de la tentativa no comete de “propia mano” el delito, y es reconocida la validez del principio de responsabilidad por el propio injusto y no del injusto ajeno; es posible plantearse la siguiente pregunta: ¿cómo puede imputarse el hecho delictivo a quien no ha tomado parte de los actos ejecutivos? Desde el punto de vista propio de las ciencias naturales y del positivismo no existiría una respuesta satisfactoria.

Generalmente, se ha respondido que quien se comporta sin realizar actos de ejecución participa en el hecho de quien sí los lleva a cabo<sup>249</sup>; en este sentido, se afirma

---

<sup>245</sup> Cfr., JAKOBS. “La intervención delictiva”. Pg. 79.

<sup>246</sup> *Ídem*.

<sup>247</sup> Cfr., JAKOBS. “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. Pg. 175.

<sup>248</sup> Acerca del inicio del ilícito de la participación, vid., SANCINETTI. “El ilícito propio de participar en el hecho ajeno. Sobre la posibilidad de la autonomía interna y externa de la participación”. Pg. 75; de acuerdo con lo planteado por este autor “*El ilícito propio de participar en el hecho conducido por otro aparece cuando el instigador o cómplice da el paso que, según su representación, podría determinar un aumento de esfuerzos ulteriores para poder retroceder; es decir, cuando da el paso tras el cual disminuirá su capacidad de señorío sobre la influencia de su inducción o de su aporte*”.

<sup>249</sup> Ha sido una constante en la doctrina y la jurisprudencia que se ubique el límite entre autoría y participación en torno a una criterio formal como *la realización de los actos ejecutivos*. De acuerdo con éste

que eso es lo que constituye su propio injusto. Formulado de otro modo: se afirma que el injusto puede ser ampliado estableciendo la punibilidad de la participación, y se amplía precisamente por medio del comportamiento del partícipe<sup>250</sup>; sin embargo, si se entiende que el injusto implica la irrogación de un ámbito de organización ajeno, esta solución no es correcta, toda vez que no queda claro qué es lo que se irroga el partícipe que actúa antes de la ejecución. Incluso, por qué razón se tendría que sancionar a éste, si en caso de un hecho delictivo cometido por un autor individual; no sería sancionado por dichas conductas previas al inicio de la tentativa. Empero, a partir de una interpretación normativa de la intervención delictiva, como es la que defiendo, la respuesta puede ser mucho más que satisfactoria, pues como he venido señalando: puede afirmarse que quien realiza actos ejecutivos no sólo 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 partícipes<sup>251</sup>.

De esta manera, se comprueba que el aporte del partícipe no es más que la “razón por la cual también a él, en la fase previa, se le imputa como injusto suyo la ejecución llevada a cabo por el otro. Desde luego, todos responden exclusivamente de su propio hecho típico, pero no es cierto que aquél sólo pueda ser el realizado de propia mano; tal afirmación llegaría a excluir completamente toda participación en la fase previa”<sup>252</sup>. Un hecho, con independencia de que sea preparado y efectuado por uno o por varios autores, sólo pasa una vez -y no por separado para cada uno de los intervinientes- del estadio de la preparación al del comienzo de la tentativa, como también una sola vez lo hace al de la tentativa acabada; y es que se trata de *un solo* injusto, aunque sea propio de varias personas<sup>253</sup>. El *quid* de la responsabilidad jurídico-penal del partícipe radica en que el aporte que hace llegar al ejecutor, está teñido delictivamente, siendo esa es la razón por la cual se le hace competente y deberá responder jurídico-penalmente. Ahora bien, esta

---

criterio, el autor interviene durante la ejecución del tipo; mientras que el cómplice actúa en un momento anterior, esto es, en los actos preparatorios. Esta forma de delimitar a las formas de intervención en el delito, tiene una relación muy íntima con la teoría del dominio del hecho y la teoría objetivo-formal.

<sup>250</sup> Cfr., JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 150.

<sup>251</sup> *Ibidem*, Pgs. 150 y ss. Desde la concepción de JAKOBS, es el sentido delictivo del comportamiento y no la comisión de propia mano la que convierte el injusto en propio. El presupuesto de esta expresión de sentido es la conformación de una persona competente, no comprendida desde planos naturalistas como ser de carne y hueso, sino desde una visión valorativa como destinatario de la imputación. A partir de tal comprensión, el destinatario no sólo puede ser individual, sino también colectivo (unión de varias personas); es decir, todas aquellas personas que se han organizado de tal modo que lo organizado tenga sentido como para alcanzar consecuencias delictivas.

<sup>252</sup> *Ibidem*, Pg. 151.

<sup>253</sup> *Ibidem*, Pg. 154.

vinculación del partícipe con el hecho típico tiene un carácter *normativo*, de manera que quien interviene en aquel (ya sea antes o durante la ejecución), no puede renunciar a las consecuencias de su actuar<sup>254</sup>.

### III. VALORACIÓN.

Como se señaló anteriormente, lo que se ha pretendido es demostrar lo poco afortunado que resulta una explicación del suceso delictivo y la intervención criminal orientada fácticamente como lo propone la teoría del dominio del hecho<sup>255</sup>; y en su lugar se defiende una interpretación normativa, pues el injusto propio ha de ser entendido ya no como el injusto personal, sino como el que es imputado: se le imputa a todo aquel que organiza un contexto con consecuencias objetivamente delictivas<sup>256</sup>; y en este marco, la comisión de propia mano frecuentemente fundamenta la imputación pero no siempre<sup>257</sup>.

Formulado como regla: el interviniente es competente respecto del suceso completo, cuando él ha prestado al ejecutor un aporte que le vincula con la ejecución (es decir, que tiene el sentido de dar a la ejecución una determinada configuración); y el ejecutor es competente respecto del hecho completo, cuando él al llevar a cabo la ejecución de ese aporte (con la consiguiente configuración del hecho) lo transforma en realización típica. En otras palabras, el desarrollo de las posibilidades de una división vinculante del trabajo no es otra cosa que, el desarrollo de las reglas de imputación en los supuestos de comportamientos conjuntos, y, por tanto, precisamente, no es otra cosa que el desarrollo de la estructura normativa de la sociedad<sup>258</sup>.

Desde mi punto de vista, creo que el sujeto que se autodetermina, inserta como el contenido de su organización, el realizar un aporte cuyo significado es el de posibilitar la

---

<sup>254</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *Garantes y cómplices*. Pgs. 16-17.

<sup>255</sup> Si bien ROXIN. “La delimitación entre autoría y participación según el Derecho alemán”. Pg. 364. considera la existencia de ciertas limitaciones o excepciones a la teoría del dominio del hecho (en los delitos culposos, los hechos omisivos, los delitos de deber y los hechos punibles de propia mano), este autor mantiene la idea de que la delimitación entre autoría y participación debe ser emprendida siguiendo el parámetro del dominio del hecho.

<sup>256</sup> Cfr., GARCÍA CAVERO. “La prohibición de regreso en el Derecho penal”. Pg. 65. Este autor sostiene que “*la responsabilidad penal no puede sustentarse actualmente en la capacidad individual de evitar un resultado, sino en la competencia para evitar efectivamente ese resultado*”.

<sup>257</sup> Cfr., JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 154.

<sup>258</sup> Cfr., JAKOBS. “La intervención delictiva”. Pg. 79.

ejecución del delito. Para ser más precisos, el aporte del sujeto debe: a) adquirir desde el inicio el sentido de favorecer un crimen o, b) contener el sentido estereotipado de facilitar el delito<sup>259</sup>. Por lo que se refiere al primer aporte (a), nos encontramos ante los típicos casos de inducción o complicidad, en tanto, el interviniente introduce el sentido delictivo en la organización de quien ejecuta (lo induce), o acopla su accionar a los planes delictivos ya existentes (complicidad); aportando algún elemento adecuado para su favorecimiento, por ejemplo, consigue los planos del lugar del delito. Sin embargo, es posible que también un plan delictivo se pueda ver favorecido a través de conductas cotidianas, aquí ha de jugar un papel importante las circunstancias concretas del aporte, toda vez que un comportamiento depende también del contexto en el que éste se enmarca. “El mundo social no está ordenado de manera cognitiva, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo, sobre la base de competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto”<sup>260</sup>. Por tanto, el hecho de que una persona cause de modo cognoscible un resultado pernicioso, *per se* nada significa, pues puede que según el marco en el que se desarrolla la conducta, el suceso sea de competencia de otra<sup>261</sup>. De manera especial, un contexto marcadamente delictivo es posible que repercuta en un comportamiento que de por sí está estereotipado como adecuado en la sociedad<sup>262</sup>, *v. gr.*, el hecho que frente a una tienda de venta de cuchillos dos sujetos se están peleando, y uno de ellos ingresa al local y pide que le vendan un cuchillo; petición a la que el vendedor accede, la entrega del cuchillo ya adquiere sentido delictivo. Como se señaló previamente: *si el entorno es caótico, desaparecen las expectativas*<sup>263</sup>.

A partir de lo planteado, se puede sostener que entre el o los ejecutores y los demás intervinientes en el hecho delictivo, no se puede intentar desarrollar diferencias de índole cualitativo, sino a lo sumo, aquellas han de estar fijadas en el peso que la intervención de cada uno de los sujetos ha tenido, y que tendrá relevancia al momento de la determinación de la pena que ha de corresponder a cada uno de los intervinientes. El *quantum* de la competencia se rige según el de la configuración del hecho, pero no directamente según la cantidad del sudor derramado o del dinero que haya sido invertido; antes bien, dicho *quantum* se toma en consideración de acuerdo con el peso social que tenga la parte

---

<sup>259</sup> *Ibidem*, Pg. 75.

<sup>260</sup> JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 11.

<sup>261</sup> *Ibidem*, Pgs. 11-12. (Con cursivas en el original).

<sup>262</sup> *Ibidem*, Pg. 164.

<sup>263</sup> JAKOBS. “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. Pg. 174. (Las cursivas son nuestras).

configurada en comparación con las otras partes<sup>264</sup>. Luego, la única separación cualitativa posible, se halla entre el actuar aislado y la división restringida del trabajo, frente a una decisión vinculante del trabajo; esto es, entre la prohibición de regreso por un lado, y el actuar conjunto por otro.

Antes de finalizar este capítulo, es necesario señalar que para poder determinar la responsabilidad jurídico-penal del interviniente -que como dijimos anteriormente es el concepto general que engloba tanto a las diversas formas de autoría como a los casos de inducción y complicidad-, se deberá desarrollar una distinción entre el *fundamento de la responsabilidad* y la *valoración del grado de intervención en el delito*<sup>265</sup>. De esta manera, podemos sostener que la distinción entre la autoría y la participación criminal supone un doble nivel de valoración al momento de determinar la imputación jurídico-penal<sup>266</sup>: en

---

<sup>264</sup> Cfr., JAKOBS. “La intervención delictiva”. Pgs. 84-85. Como afirma MONTEALEGRE LYNETT - PERDOMO TORRES. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Pgs. 71 ss.; comentando la propuesta de JAKOBS, que cuando se dice que es el *quantum* del aporte el criterio básico para delimitar autoría y participación, se establece simplemente un principio rector para la solución de los casos concretos. No se trata de una fórmula cerrada, bajo la cual podamos subsumir la fenomenología que presenta la vida social. Estos autores, proponen que hay que recurrir a otros elementos para llenar de contenido aquel principio general, para ello acuden, por un lado, al criterio de la realización de elementos típicos, según el cual, “*si el tipo penal considera que algunas conductas sólo son relevantes cuando se realizan a través de circunstancias modales, significa que las circunstancias revisten especial importancia en la configuración del suceso. En consecuencia, puede considerarse coautor a toda persona que realiza un elemento del tipo. En los llamados tipos cerrados, será siempre coautor la persona que ejecute una circunstancia modal. Por ejemplo, si una mujer sujeta por la fuerza a otra, para que un tercero la acceda carnalmente, es coautora de abuso sexual violento. En los tipos abiertos, la realización de actos consumativos siempre es autoría, si quien ejecuta la acción es competente para la evitación del resultado, por ejemplo, disparar sobre la víctima o asestar la herida mortal*”.

Por otro lado, se alude a la *teoría de los bienes escasos* propuesta por ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y cómplice en Derecho penal*. Pgs. 127-130; quien parte de una distinción entre dicha teoría y la de los bienes abundantes en relación con el aporte de los partícipes. Si un sujeto colabora con un bien escaso para la realización del hecho delictivo será cooperador necesario (en nuestro país, se tratará del cómplice primario), mientras que si la contribución radica en un bien abundante debe ser reputado como mero cómplice.

También ROBLES PLANAS. *Garantes y cómplices*. Pg. 31 ha hecho referencia -aunque de modo muy general- a cómo es que se ha de orientar el criterio de determinación de lo que constituye autoría y lo que es participación, en tal sentido sostiene que: “*Los grados de contribución al hecho no pueden describirse a través de fórmulas precisas, sino que dependerán de la influencia de cada interviniente en aspectos normativamente relevantes como la realización directa del tipo, la definición de las características del hecho o la decisión sobre la producción del delito*”.

<sup>265</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *Garantes y cómplices*. Pg. 20.

<sup>266</sup> También hallamos esta metodología en LESCH. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Pg. 66.

BLANCO CORDERO. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Pgs. 16-26; este autor sostiene que la verificación del nexo de causalidad (conexión fáctica) es el primer paso para la imputación de un hecho a título de participación, tal y como ocurre en los supuestos de determinación de la autoría, empero este paso sólo constituye una fase previa, en tanto, se precisa la existencia de una conexión teleológica y normativa (imputación objetiva), de acuerdo con la cual, en el ámbito de la participación, se ha de indagar si la contribución del favorecedor ha ayudado a incrementar el riesgo jurídico-penalmente relevante. Ahora bien, si entendemos que con la imputación objetiva, como suele aceptarlo la doctrina mayoritaria, de lo que se trata es de la atribución jurídica de la realización de la parte objetiva (confirmación del nexo que debe concurrir entre una conducta y el resultado) del tipo, entonces, no

primer lugar, tras la concurrencia de un hecho delictivo se deberá determinar si la conducta ha sobrepasado el riesgo general permitido (o marco de libertad jurídico-penalmente garantizado), y por ende se ha tornado en relevante a efectos penales<sup>267</sup>. En este nivel de evaluación, se toma en consideración, en los casos de pluralidad de agentes, a todos los que han intervenido en el suceso delictivo y no sólo a los que se puede calificar como autores del mismo. Como lo ha sostenido LESCH, “la imputación es por consiguiente idéntica para autor y partícipe: tanto el autor como los colaboradores tienen que responder conjuntamente como colectivo por la ejecución (realización típica)”<sup>268</sup>.

En el segundo nivel de imputación, es donde se determinará el título de la imputación. Para ello se deberá analizar las cuotas de responsabilidad de cada uno de los intervinientes, esto es, la envergadura de la intervención<sup>269</sup>, y de esta manera poder determinar si cumplen los presupuestos necesarios para ser calificadas como autoría o participación. En este segundo nivel, la *teoría de intervención en el delito* aparece solamente como una teoría de la cuantificación de las aportaciones, es decir, que la calificación de los sujetos se llevará a cabo a través de la valoración de las conductas de intervención<sup>270</sup>.

---

pueden aceptarse propuestas como las de GÓMEZ GONZÁLEZ. *Participación criminal: Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Pg. 143, en las que se establece como paso previo a la imputación objetiva de un suceso a su autor, “la prueba de relación de autoría y participación”. Así, afirma este autor que “para que un resultado sea imputable a una acción típica es necesario la concurrencia de los elementos de la autoría, introduciendo un nivel de imputación, en el sentido de la imputación del injusto típico como presupuesto de imputación”.

<sup>267</sup> Vid., AMBOS, Kai. “La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales”. Revisión de Teresa Manso Porto. En: *Revista de Derecho penal y criminología*. N° 8. 2001. UNED. Madrid. 2001. Pgs. 197-198; este autor sostiene que “la complicidad es un incremento causal y jurídicamente desaprobado del riesgo, lo que presupone en primer lugar -además de la Modifikationskausalität- un incremento del riesgo para el bien jurídico que se haya creado a través del aporte del cómplice y, con ello, una mejora de perspectivas desde el punto de vista del autor. En segundo lugar, el riesgo que entraña la conducta de complicidad debe estar desaprobado jurídicamente”.

<sup>268</sup> LESCH, Heiko Hartmut. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*. Peter Lang. Frankfurt am Main-Bern-New York-Paris. 1992. Pg. 278.

<sup>269</sup> Cfr., LESCH. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Pg. 74. Al respecto, es interesante la propuesta de este autor, en la medida que sostiene que el peso de la intervención no ha de ser determinado en atención a datos fácticos sino en su “significado para la dimensión de la objetivación del quebrantamiento de la norma”.

<sup>270</sup> Como lo ha señalado ROBLES PLANAS. *Garantes y cómplices*. Pgs. 22-23; en relación con la co-creación de un riesgo y su relación con los tipos penales de la Parte Especial, se tiene que tomar en consideración que aquellos “definen solamente un complejo de circunstancias bajo las que puede afirmarse la presencia de un riesgo penalmente desaprobado. Es erróneo atribuirles la función de definir, además, el título en virtud del cual se debe imputar la creación del riesgo típico. Esa función corresponde exclusivamente a los preceptos de la Parte General que regulan las formas de autoría y la participación. En ellos se contemplan y tipifican las formas posibles de sanción de la existencia de un riesgo típicamente desaprobado”.

## CAPITULO V

### LA ACCESORIEDAD Y LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN COMO DEPENDENCIA RESPECTO DEL COMPORTAMIENTO TÍPICO DEL AUTOR. III. LA ACCESORIEDAD Y LA IMPUTACIÓN DEL HECHO.

#### I. INTRODUCCIÓN.

Tradicionalmente, en el Derecho penal se ha llegado a reconocer que con el empleo del *principio de accesoriadad*<sup>271</sup> (como instrumento), se puede demostrar que el castigo de la participación implica una extensión de la punibilidad. La participación es, necesariamente, accesoria; es decir, dependiente de la existencia de un hecho principal. Esa accesoriadad no es “producto de la ley”, ella está en la naturaleza misma de la cosa. Complicidad e instigación presuponen conceptualmente “algo” al cual se prestan<sup>272</sup>.

Este principio de accesoriadad, sobre la base de su origen e inspiración liberal, se constituye como factor exclusivo de limitación de la responsabilidad jurídico-penal<sup>273</sup>; sin embargo, con aquel no se va a encontrar la fundamentación de la punibilidad de los partícipes, es decir, no se va a poder responder a la pregunta del por qué debe castigarse la participación en un delito, sino solamente a la interrogante acerca de *bajo qué condiciones* puede castigarse la participación<sup>274</sup>. Para ello se toma en consideración las dos manifestaciones que presenta la accesoriadad: una *positiva* y la otra *negativa*. La manifestación positiva de este principio, hace referencia a que un comportamiento es accesorio cuando constituye un motivo o una razón para imputar el acto ejecutivo realizado por el autor. En lo demás, y haciendo alusión a un sentido negativo, rige una prohibición

---

<sup>271</sup> Cfr., MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General*. Pg. 398 Párrafo 34; quien ha precisado que es el principio supremo de la teoría de la participación.

<sup>272</sup> Cfr., BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoría y participación*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1960. Pg. 7; PEÑARANDA RAMOS. *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*. Pg. 326.

<sup>273</sup> Cfr., PEÑARANDA RAMOS. *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*. Pg. 336.

<sup>274</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 169.

de regreso<sup>275</sup>. Esto quiere decir, que con ayuda de este criterio se puede buscar elementos que permitan demostrar, en algunos supuestos, que la regla de la accesoriedad no tiene aplicación cuando concurren dos o más comportamientos. En este punto, la prohibición de regreso -como lo veremos más adelante- persigue establecer límites a la imputación jurídico-penal, en tanto tiene su campo de aplicación en aquellos supuestos en los que una persona dispone adecuadamente su ámbito de organización; esto es, administra correctamente el riesgo que genera con una determinada actividad, pero otra persona desvía unilateralmente ese riesgo creado hacia la comisión de un hecho punible<sup>276</sup>.

La exigencia de que se configure un suceso en el cual se participa, se erige como una garantía que cumple el principio de accesoriedad. Adicionalmente a esta función garantista, se señala que va a limitar el ámbito de lo punible en dos direcciones: a) *la accesoriedad cualitativa o interna de la participación*, hace referencia a que la dependencia de la participación respecto del hecho del autor se configura sólo hasta cierto punto, pues se plantea la pregunta de qué elementos del delito (tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad) debe mostrar el suceso principal para que éste se pueda constituir en el objeto de referencia más adecuado de las conductas de participación criminal. Por lo general, en doctrina se sostiene que el requisito mínimo es que el hecho del autor sea contrario a Derecho; es decir, antijurídico<sup>277</sup>. Por otro lado tenemos: b) *la accesoriedad cuantitativa o*

---

<sup>275</sup> Cfr., JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 170; ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pgs. 167-169; quien señala que en la idea de accesoriedad se pueden distinguir dos aspectos: *positivo*, de acuerdo con el cual, la accesoriedad posibilita el establecimiento de una pena, en tanto permite que el tipo y la sanción penal que rige para el autor sean aplicables también cuando el partícipe no realiza por sí mismo las características de un determinado tipo; y *negativo*, es la que se conoce como accesoriedad limitada, y por la que se afirma que la participación en un hecho es posible cuando éste reúne ciertos requisitos como la ejecución de un hecho típico y antijurídico. De manera tal que, el aspecto positivo de la accesoriedad, tiene relación con el fundamento de la pena de la participación; mientras que el aspecto negativo pretende evitar una extensión incontrolada de la punibilidad de los partícipes.

Por otro lado, acerca de la relación entre la accesoriedad y la prohibición de regreso se muestra crítico SANCINETTI. "El ilícito propio de participar en el hecho ajeno. Sobre la posibilidad de la autonomía interna y externa de la participación". Pg. 89; en cuanto declara que: "*El principio de la prohibición de regreso, por consiguiente, no tiene por qué ser entendido como el mero reverso de la accesoriedad de la participación, sino más bien como su negación, también para el caso de que el partícipe sí sea responsable. La llamada «prohibición de regreso» es más bien, por ende, una «prohibición de traslación»*". En contra de esta posición, vid., JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 165; quien expresa que "*lo contrario de la imputación por accesoriedad es la prohibición de regreso*".

<sup>276</sup> Cfr., MONTEALEGRE LYNETT - PERDOMO TORRES. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Pg. 68.

<sup>277</sup> En doctrina, respecto de la accesoriedad cualitativa o interna se reconocen los siguientes tipos de accesoriedad: a) *Accesoriedad mínima*, el hecho principal sólo requiere ser típicamente adecuado; b) *Accesoriedad limitada*, el hecho principal debe ser típico y antijurídico; c) *Accesoriedad extrema*, el hecho principal debe ser típico, antijurídico y culpable; y d) *Hiperaccesoriedad*, cuando las circunstancias personales agravantes o atenuantes del autor del hecho principal también benefician o perjudican al partícipe. Este esquema, que se mantiene vigente hasta hoy, fue formulado por MAX ERNST MAYER, para quien la

*externa de la participación*, según la cual hay que tomar en consideración el grado de desarrollo o lesividad alcanzado por el hecho principal para que pueda afirmarse que una conducta puede ser calificada como relevante penalmente, esto significa, que aquel haya comenzado a ser ejecutado por el autor para que también al partícipe se le pueda responsabilizar de una tentativa<sup>278</sup>. La accesoriedad cuantitativa, entonces, es un requisito derivado del principio del hecho que debe respetar todo Estado de Derecho<sup>279</sup>.

## II. LA ACCESORIEDAD DE LA PARTICIPACIÓN COMO DEPENDENCIA RESPECTO DEL COMPORTAMIENTO TÍPICO DEL AUTOR.

Por lo general, se ha vinculado el principio de la accesoriedad de la participación criminal con el favorecimiento al comportamiento típico del autor. De esta manera, solamente podríamos hablar de participación siempre y cuando el autor configure un hecho principal punible. Se trata pues, de un tipo de responsabilidad indirecta o vicarial<sup>280</sup>. Ahora bien, con esta forma de entender a la idea de accesoriedad se pretende dejar en claro tres cosas: a) que sólo es admisible una participación punible en el hecho típico y antijurídico del autor; b) que el injusto de la participación se deriva también en cierta medida del

---

relación de dependencia en la que se hallan las formas de participación en el delito, respecto de la conducta del o los autores, es por su propia esencia graduable. Cfr., PEÑARANDA RAMOS. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Pg. 255; BACIGALUPO. *Principios de derecho penal*. Pgs. 379-380; SANCINETTI. “El ilícito propio de participar en el hecho ajeno. Sobre la posibilidad de la autonomía interna y externa de la participación”. Pgs. 59-61 y 90; para este autor, estas dos nociones de la accesoriedad se encuentran relacionadas, pero no se identifican. Además, a partir de la posición que este autor defiende, y que se enmarca bajo la idea de la autonomía de la participación, llega a sostener que “*desde el punto de vista de una teoría de la responsabilidad que se base en el quebrantamiento de una norma de conducta que sirve de modelo del contacto social, ni una ni otra forma de accesoriedad tiene razón de ser. Construida que sea la norma dirigida personalmente al partícipe, él infringe el precepto por su comportamiento individual*”.

<sup>278</sup> En este sentido, JAKOBS. *Derecho Penal - Parte General*. Pg. 803 Párrafo 19; este autor señala que: “*Como ya en la coautoría, también en la participación se unen las aportaciones de todas las personas en un suceso delictivo que recorre unitariamente los estadios de la preparación y de la tentativa (consideración global), es decir, no separadamente para cada interviniente (consideración individual). Aun cuando un interviniente haya realizado enteramente su aportación, para él sólo existirá tentativa cuando el suceso delictivo en su conjunto haya alcanzado el grado de tentativa. Así pues, se trata a todas las aportaciones conforme al progreso cuantitativo del hecho en su conjunto, es decir, como si un solo autor lo ejecutara todo*”. Vid., también, ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 175; para quien la accesoriedad cuantitativa hace referencia a que el castigo de la participación depende de la continuación por parte del autor de la acción que ha realizado el partícipe.

<sup>279</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 221.

<sup>280</sup> Cfr., PEÑARANDA RAMOS. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Pg. 239.

injusto del hecho principal y; c) que la participación es un concepto secundario frente a la autoría<sup>281</sup>.

Esta manera de concebir el contenido del principio de accesoriedad quiere hacer notar que la justificación y determinación de la punibilidad del partícipe depende de la conducta del autor principal del hecho delictivo<sup>282</sup>; de manera tal que se puede sostener la inexistencia de algún tipo de responsabilidad autónoma para la participación. La idea que subyace a esta comprensión, es que la responsabilidad jurídico-penal se “traslada” de los autores a los partícipes, y ello, ha de significar pues que la responsabilidad de estos últimos no se mide según el hecho que hayan cometido, sino conforme al hecho del autor o de los autores principales. Como han precisado JESCHECK – WEIGEND: “la participación no es portadora por sí misma del pleno contenido de injusto, sino que lo adquiere del hecho ajeno”<sup>283</sup>. La contribución real y efectiva en el delito por parte de los partícipes, solamente alcanza relevancia penal si el autor ejecuta el hecho; de manera tal que recién ahí la conducta de participación adquiere relevancia como ataque accesorio al bien penalmente protegido<sup>284</sup>.

### III. LA ACCESORIEDAD Y LA IMPUTACIÓN DEL HECHO.

Desde la perspectiva que se ha venido siguiendo en este trabajo, esto es, una de naturaleza teleológico-funcional, la accesoriedad de la participación ya no va a girar en torno a la conducta del autor del hecho delictivo, sino sobre la posibilidad de imputación conjunta del hecho y de la prohibición de regreso<sup>285</sup>. Ello en tanto, seguir sosteniendo que la idea de accesoriedad se encuadra en una relación de subordinación de la participación respecto de la conducta del autor principal, se constituye en un “obstáculo insalvable para

---

<sup>281</sup> Cfr., BLANCO CORDERO. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Pg. 16.

<sup>282</sup> Cfr., CERESO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte General III*. 5ª reimpresión. Tecnos. Madrid. 2005. Este autor reconoce que la participación implica intervenir en el injusto del autor, y sostiene que la “responsabilidad de los partícipes está, en cierta manera, en función de la de los autores”.

<sup>283</sup> JESCHECK - WEIGEND. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Pgs. 706-707.

<sup>284</sup> Cfr., GÓMEZ GONZÁLEZ. *Participación criminal: Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Pg. 115.

<sup>285</sup> Cfr., MONTEALEGRE LYNETT - PERDOMO TORRES. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Pg. 66.

la plena realización de un principio fundamental del moderno Derecho penal: el de que la responsabilidad sólo puede ser estrictamente individual”<sup>286</sup>.

En el marco de una concepción normativa de la teoría de la participación criminal, lo que se pretende es que la accesoriedad permita imputar a un primer actuante la conducta delictiva posterior. En palabras de MONTEALEGRE LYNETT y PERDOMO TORRES, esto se logrará normativamente con independencia del acuerdo de voluntades, porque el destinatario de la imputación es un colectivo (integrado por autores y partícipes), a quien se le aplican las mismas reglas de adscripción del hecho que al autor único; de manera tal 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<sup>287</sup>. De acuerdo a lo que ha sostenido JAKOBS, los partícipes conforman junto con el ejecutor una persona colectiva, cuya obra es la ejecución. Por consiguiente, la accesoriedad no debe ser entendida en el sentido de que alguien se apoya en un injusto ajeno, sino que el partícipe comete por medio de la mano del ejecutor, es decir, comete asimismo en el acto de ejecución un injusto propio. El partícipe responde jurídico-penalmente porque la ejecución es, a causa del reparto de trabajo vinculante, también la suya<sup>288</sup>.

De acuerdo a la explicación que se ha propuesto en el párrafo precedente, es posible conciliar la idea de la dependencia de la actuación del partícipe con respecto al hecho principal y, aquella que señala que nadie puede ser hecho responsable del injusto de otro. La expresión de no responsabilidad por un injusto ajeno, debe ser interpretada atendiendo a que en supuestos de intervención de varios sujetos, el desvalor del acto del partícipe solamente puede ser analizado en su totalidad; siempre que se capte su actuación en relación con el comportamiento de los otros concurrentes en un hecho delictivo, pues el análisis de la intervención del partícipe en un contexto global y no individual es imprescindible. Luego, la conexión de la acción del partícipe con la de otros intervinientes explica que se pueda hacer responsable a aquél por un delito que por sí solo no podía cometer<sup>289</sup>. Ello nos conduce a sostener, que la accesoriedad lleva implícita la idea de una

---

<sup>286</sup> PEÑARANDA RAMOS. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Pg. 239.

<sup>287</sup> Cfr., JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 151.

<sup>288</sup> Cfr., JAKOBS. “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. Pg. 175.

<sup>289</sup> Cfr., PEÑARANDA RAMOS. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Pg. 336.

“relación mínima necesaria que debe concurrir entre todo interviniente y hecho para poder atribuir responsabilidad penal”<sup>290</sup>.

Llegados a este punto y a la vista de lo planteado, al analizar el fundamento de la participación criminal, es necesario resaltar una vez más que desde una comprensión normativa del injusto y del hecho criminal, como bien lo señala ROBLES PLANAS, el “hecho” deja de ser patrimonio exclusivo del autor, y en cierta medida pertenece también al partícipe<sup>291</sup>. La consolidación de esta forma de entender el hecho y su relación con autores y partícipes, probablemente se haya visto obstaculizada por la constante presencia en la dogmática de la intervención en el delito de ideas de corte prejurídico y, porque contrariamente a la evolución de las formas de delincuencia, el Derecho penal ha estructurado sus procesos de imputación sobre la base de un autor único.

En la comprensión del suceso criminal, desde un plano normativo (en tanto se trata del objeto de referencia de la accesoriedad), es posible contemplar las conductas de los distintos intervinientes de manera conjunta, haciendo posible que se pueda hablar de un único “hecho injusto”, y no de tantos “hechos injustos” como conductas de sujetos individuales se presenten. De manera tal que, el suceso típico como acto con significado relevantemente comunicativo para la vigencia de la norma, es para todos los intervinientes el mismo. Tanto la conducta del autor como la de los partícipes respecto de aquel tienen un carácter accesorio, en este sentido, la conducta del autor constituye una parte del delito si bien la más decisiva; pero para una comprensión global del suceso se requiere de las otras conductas. Incluso, esta situación se presenta en los supuestos en los que existe un autor único, pues el hecho final depende no sólo de su actuación, sino también de determinadas circunstancias como el azar, la naturaleza, etc., *v. gr.*, un sujeto quiere matar a su esposa, para ello ha colocado veneno en la bebida preferida de ella y la ha dejado puesta sobre la mesa de la cocina; tal como lo planificó el autor, la esposa toma la bebida y muere instantáneamente. La aportación del sujeto al hecho ciertamente termina cuando coloca la bebida envenenada sobre la mesa, lo demás, hasta la producción del resultado, no depende directamente del actuar del esposo, es el azar el que aporta también una parte al hecho.

Esta forma de interpretar el principio de accesoriedad genera consecuencias al momento de hacer referencia al aspecto cualitativo de aquella. No obstante, la accesoriedad

---

<sup>290</sup> ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 169.

<sup>291</sup> *Ibidem*, Pg. 172.

cuantitativa sigue obedeciendo al requerimiento de que el hecho haya entrado en un estadio ejecutivo para que se pueda configurar la participación, ello no tiene nada que ver con una relación de dependencia entre el autor y el partícipe sino que hace alusión al principio del hecho típico. Solamente con la exteriorización de una conducta el suceso alcanza relevancia penal, pues aquella va a marcar el momento en que el sentido conjunto de la acción alcanza el grado de exteriorización necesario para determinar la existencia de las aportaciones penalmente relevantes de cada uno de los intervinientes<sup>292</sup>.

Las consecuencias más evidentes de esta distinta manera de entender este principio, se revelan notoriamente en el campo de la accesoriedad cualitativa. Si aquella ha de ser predicada no a partir de la conducta del autor sino del hecho en general, se llega a la conclusión (como sucede en la doctrina española con ROBLES PLANAS) que es suficiente que concurra una relación objetiva entre una conducta y el hecho que se le atribuye para que pueda afirmarse que aquel es también, en alguna medida, propio de aquella conducta<sup>293</sup>. Esta propuesta, implica la defensa por una especie de *accesoriedad limitada* en la participación, pues sólo será necesario que el hecho sea típicamente objetivo y no se halle justificado, sin importar la concurrencia de la parte subjetiva del injusto, de manera que con ello, por ejemplo, se posibilitaría hablar de participación criminal aun en supuestos de delitos imprudentes.

A partir de lo señalado hasta este punto, puedo sostener que la estructura en la participación se elabora de la siguiente manera: en primer lugar, con su conducta el partícipe va a disponer de una razón para que le sea imputado como propio el hecho típico; en segundo lugar, en ese proceso de imputación, la accesoriedad es quien opera trasladando la tipicidad propia del hecho que es penalmente relevante a la conducta de participación. De esta manera, y tal como se ha venido postulando en este trabajo, es que se logra respetar el principio de autorresponsabilidad.

---

<sup>292</sup> *Ibidem*, Pg. 176.

<sup>293</sup> *Ibidem*, Pg. 221.

## **TERCERA PARTE**

### **LA PROHIBICIÓN DE REGRESO: CRITERIO DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA QUE SURGE CON LAS CONDUCTAS NEUTRALES COMO FORMAS DE COMPLICIDAD DELICTIVA**

## CAPÍTULO VI

### LA PROHIBICIÓN DE REGRESO Y SU VINCULACIÓN CON LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA

**SUMARIO:** *I. PROPUESTAS DOCTRINALES ACERCA DEL FUNDAMENTO Y CONTENIDO DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO. I.1 Las primeras teorías. I.2 La tradicional teoría de la prohibición de regreso en la propuesta de FRANK. I.3 Las nuevas teorías de la prohibición de regreso. I.3.1 Consideraciones generales. I.3.1 Los autores de las nuevas teorías de la prohibición de regreso. I.4 La moderna teoría de la prohibición de regreso. I.4.1 GÜNTHER JAKOBS y la prohibición de regreso como límite de la participación criminal. II. VALORACIÓN. III. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO Y SU VINCULACIÓN CON LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA.*

#### **I. PROPUESTAS DOCTRINALES ACERCA DEL FUNDAMENTO Y CONTENIDO DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO.**

En las páginas siguientes, se estudiarán las propuestas doctrinales que han intentado determinar el fundamento de la prohibición de regreso y el contenido material de esta figura. Su propósito es menos ofrecer una exposición exhaustiva de cada teoría, que subrayar la aportación de cada una de ellas al desarrollo y solución del problema de los límites de la participación criminal.

##### **I.1 Las primeras teorías.**

La teoría de la prohibición de regreso tiene una antigua tradición doctrinal. Con esta teoría, se pretendía dar respuesta a los supuestos de intervención de una primera conducta imprudente (primer actuante) seguida por una conducta dolosa de otro sujeto (este es el verdadero autor, o como lo he venido denominando segundo actuante). El problema que se planteaba en estos supuestos era el siguiente: si bien el comportamiento que consiste en hacer posible de manera imprudente un hecho doloso no es punible a título de participación -en tanto la mayoría de los Códigos Penales sancionan solamente la participación dolosa-

se preguntaba la doctrina si sería posible castigar este primer comportamiento como autoría imprudente<sup>294</sup>. La opinión mayoritaria sostenía que tal intervención imprudente en una realización dolosa y plenamente responsable del tipo resultaba siendo impune. Lo decisivo se hallaría en el actuar doloso del segundo sujeto, en tanto, no se puede recurrir a la conducta imprudente del primer interviniente, aunque fuese ésta la que hiciese posible el hecho doloso. Sin embargo, con el posterior desarrollo doctrinal de la prohibición de regreso, estas iniciales formulaciones han quedado obsoletas, debido a que fundamentaban de manera errónea la prohibición de regreso, pues partían de la conclusión que se va a obtener, es decir, de la impunidad del primer actuante; y se intentaba presentar esta conclusión como consecuencia de una determinada concepción causal.

De acuerdo con las teorías causalistas, en referencia a los delitos de resultado por comisión, la causalidad respecto de la imputación jurídico penal cumple dos funciones. Por un lado, se señala que si no concurre causalidad, no se podrá hablar de responsabilidad por el resultado; y por otro lado, se sostiene que la causalidad es uno de los presupuestos o elementos de la imputación de responsabilidad penal. En tanto la causalidad no implica ya imputación penal, pues por sí sola es insuficiente para generar responsabilidad, es posible que el comportamiento de un sujeto que causalmente produce un resultado delictivo esté permitido en virtud de: circunstancias especiales, o que se haya cometido sin culpabilidad, o que se halle exculpado por concurrir circunstancias especiales<sup>295</sup>. Mientras estas circunstancias no se presenten, todo comportamiento que causa el resultado ha de conllevar responsabilidad, aunque tras este comportamiento se configuren comportamientos de otras personas. Así, estas teorías de la causalidad llegaban a la extraña conclusión de que *no hay pasadizos prohibidos al regreso de la responsabilidad*<sup>296</sup>, en tanto esta concepción sufre de una especie de hipertrofia de imputación que es hija del prejuicio naturalista según el cual, concurriendo el mismo grado de evitabilidad, la equivalencia de causas conlleva

---

<sup>294</sup> El ejemplo generalmente propuesto es el del sujeto que envenena dolosamente a su esposa. El veneno lo había recibido de su amante. En el proceso, no pudo probarse en contra de esta amante que hubiese determinado dolosamente al marido a llevar a cabo el homicidio, ni que le hubiese prestado ayuda dolosamente en la realización del mismo. El Tribunal Supremo alemán condenó a la amante como autora de un homicidio imprudente. Cfr., NAUCKE, Wolfgang. “Sobre la prohibición de regreso en Derecho penal”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. En: AAVV. *La prohibición de regreso en derecho penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998. Pgs. 17-18. El título alemán es, “Über das Regreßverbot im Strafrecht”, y fue un trabajo publicado en ZStW, Tomo 76 en 1964.

<sup>295</sup> Cfr., JAKOBS, Günther. “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. En: *Estudios de Derecho penal*. Civitas. Madrid. 1997. Pg. 241.

<sup>296</sup> *Ídem*.

necesariamente equivalencia de imputación<sup>297</sup>. Por consiguiente, la prohibición de regreso estaba obligada a construir y argumentar una restricción de las intolerables consecuencias a las que se llegaba con la teoría de la equivalencia de las condiciones, esto es, con el castigo de cualquier aportación causal al delito<sup>298</sup>.

Otro de los criterios (el más conocido y criticado por la doctrina) al cual debía hacer frente la prohibición de regreso era el de la *interrupción del nexo causal*. Según éste, la relación causal se interrumpe cuando tras una primera conducta aparece un autor que actúa dolosa y culpablemente<sup>299</sup>. Ésta teoría, que propiamente nada tiene que ver con la prohibición de regreso, no buscaba negar la relación de causalidad en sentido mecánico, naturalista o positivista, sino negar la imputación del hecho al autor a pesar de la existencia de dicha relación.

Esta concepción sería blanco de críticas al no ser compatible con la teoría de la equivalencia de condiciones<sup>300</sup> ni con ninguna otra forma de entendimiento de la causalidad<sup>301</sup>, además, el motivo de su abandono puede hallarse en que no se procuraba una constatación empírica (causalidad), sino limitar la imputación penal, entendida como valoración de un comportamiento (imputación). Por estos motivos, esta teoría de la interrupción del nexo de causalidad era rechazada cuando se pretendía justificar sobre ella

---

<sup>297</sup> *Ibidem*, Pg. 242.

Sin embargo, una definición meramente causal del injusto, no puede ser tomada al pie de la letra, pues, nadie ha estado dispuesto a acusar al constructor de una casa debidamente edificada por la caída de un niño desde la ventana o al fabricante de un automóvil correctamente construido por la causación de un accidente, etc., esta conclusión no se debe a que tales causantes no habrían podido prever las consecuencias de su conducta -todo fabricante de automóviles prevé accidentes y por ello les incorpora zonas de absorción de impactos, *airbag* y otros elementos de seguridad-, sino que obedece a la evidente conformidad social de tal conducta. Cfr., 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»”. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos. En: *Estudios de Derecho penal*. Civitas. Madrid. 1997. Pg. 209.

<sup>298</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 81.

<sup>299</sup> La teoría de la prohibición de regreso, tal como fue formulada por la doctrina clásica, se circunscribía a considerar impune la creación imprudente de un peligro que es, posteriormente, aprovechada por otro sujeto autorresponsable para la realización de un hecho doloso y culpable, porque se produciría la interrupción del nexo de causalidad. En este sentido, Cfr., GÓMEZ GONZÁLEZ. *Participación criminal: Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Pg. 156.

<sup>300</sup> Según la teoría de la equivalencia de condiciones, la relación de causalidad existe o no existe, pero no se interrumpe. Cfr., MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Edersa. Madrid. 1992. Pg. 348.

<sup>301</sup> Para JAKOBS. “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”. Pg. 245; “cuando en la antigua teoría de la prohibición de regreso se habla de una interrupción del nexo causal, cabe entender esto como una metáfora de que las condiciones establecidas conforme a la teoría de la equivalencia no se trasladan plenamente al tipo objetivo como presupuestos de la imputación; por consiguiente, al hacer una crítica a la teoría de la prohibición de regreso, lo único decisivo es determinar si esta limitación es útil desde la perspectiva de la imputación, y no si puede llevarse a cabo sin modificar la teoría de la equivalencia de condiciones, ya que la teoría de la equivalencia es un vehículo de la imputación sin valor propio”.

a la prohibición de regreso. Ello obedece, a que la relación de causalidad supone necesariamente un vínculo entre dos (o más) fenómenos, en virtud del cual la presencia de uno de ellos conduce a la existencia del otro; por consiguiente, si una de dichas manifestaciones no lleva a la producción de la otra, simplemente no podrá hablarse de la existencia de una relación causal. De esta manera, no se podrá afirmar que pese a no haber un nexo entre los dos fenómenos, existió una relación de causalidad pero interrumpida<sup>302</sup>. Son estas razones, por las que la idea de la interrupción del nexo causal tiene hoy sólo un interés histórico.

En el estudio del desarrollo (doctrinal) evolutivo de la prohibición de regreso, tal como ha reconocido ROBLES PLANAS, se pueden observar tres líneas de pensamiento, las mismas que pese a coincidir en el nombre, fundamento y el contenido no pueden ser agrupadas en *una* sola teoría, al ser formas de pensamiento distintas, que empero, parten del mismo punto: la *prohibición de regreso* presupone la existencia de algo hasta lo que está prohibido regresar. Presupone una concreta teoría de la imputación (objetiva)<sup>303</sup>.

Estas líneas de pensamiento serían: a) la tradicional teoría de la prohibición de regreso de FRANK, b) las denominadas *nuevas teorías de la prohibición de regreso*, y c) la moderna teoría de la prohibición de regreso de JAKOBS.

## **I.2 La tradicional teoría de la prohibición de regreso en la propuesta de FRANK.**

La tradicional teoría de la prohibición de regreso, o la que es reconocida por la doctrina como la primera formulación de este instituto, tiene como autor a REINHARD FRANK. Esta postura nace sobre la base de las críticas que fueron planteadas en contra de la *interrupción del nexo causal*, y se caracteriza por intentar erigirse como una concepción de naturaleza normativa o valorativa, dejando de lado consideraciones causalistas<sup>304</sup>.

Como se ha venido señalando, lo que se buscaba con la prohibición de regreso era impedir que recaiga la imputación penal sobre la conducta imprudente de un primer sujeto

---

<sup>302</sup> Cfr., REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación Objetiva*. 2ª edición. Temis. Colombia. 1996. Pg. 321.

<sup>303</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 81.

<sup>304</sup> *Ibidem*, Pg. 82. ROBLES, afirma que “esta teoría tiene por base una comprensión causal del tipo objetivo”.

cuando entre aquella y el resultado se interpone el accionar de un segundo interviniente doloso.

FRANK formula su postura acerca de la prohibición de regreso, en el contexto de la controversia sobre el concepto de causalidad. Este autor diferencia entre *condiciones* y *precondiciones*, señalando que existen “condiciones que no son causa y por consiguiente no fundamentan la responsabilidad del autor. En consecuencia, rige una prohibición de regreso en el sentido de que condiciones que se hallan más allá de determinada situación no pueden considerarse como causas: no son causa aquellas condiciones anteriores a la que libre y conscientemente (con dolo y culpabilidad) condujo a la producción de un resultado”<sup>305</sup>. Es decir, según FRANK, el actuar imprudente de un sujeto, que con su conducta favorece posteriormente la comisión de un hecho doloso por otro, es impune<sup>306</sup>.

De la formulación acerca de la prohibición de regreso realizada por FRANK, se puede rescatar que haya planteado el problema (como uno de naturaleza normativa descartando cualquier tipo de interpretación de corte naturalista) acerca de si ¿pueden responder penalmente las personas que no han realizado el tipo penal de la parte especial, sino solamente lo han favorecido? Sin embargo, la solución que ofrece esta teoría es difícilmente asumible, porque carece de una fundamentación suficiente y no ofrece un correctivo normativo con validez general para limitar la participación. La debilidad de esta tesis, la pone de manifiesto su propio autor al tener que excepcionarla para los supuestos de inducción y autoría mediata<sup>307</sup>. Es por ello que, tan igual a lo que sucede con la teoría de la

---

<sup>305</sup> Citado por HRUSCHKA, Joachim “Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias”. En: *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Traducción de Pablo Sánchez-Ostiz. Aranzadi. Navarra. 2005. Pg. 169. En este artículo de HRUSCHKA, cuyo título alemán es “*Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen*”, y fue publicado el año de 1998, este autor retoma el planteamiento de FRANK sobre la prohibición de regreso, no obstante le otorga una fundamentación que va más allá de la que inicialmente aquél propuso, y la aplica a los supuestos de inducción y del concepto restrictivo de autor. El núcleo de la propuesta de HRUSCHKA se encuentra en la idea de “causa libre” de acuerdo con la cual la presencia de la causación en condiciones de libertad de un resultado fundamenta la prohibición de regreso a otras condiciones previas. Vid., REYES ALVARADO. *Imputación Objetiva*. Pg. 326; ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pgs. 84-85, quien crítica esta propuesta en el sentido que con ella HRUSCHKA “no está proponiendo una “prohibición de regreso”, sino una determinada manera de fundamentar la imputación a título de autoría sobre la base de la libertad de actuar”.

<sup>306</sup> En sentido crítico sobre esta postura, vid., LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Editorial Universitas. 1ª reimpresión de la 1ª edición. Madrid. 1999. Pgs. 370-371; JAKOBS. *Derecho Penal - Parte General*. Pg. 843 Párrafo 14; FEIJÓO SÁNCHEZ. *Límites de la participación criminal*. Pgs. 20-26; PEÑARANDA RAMOS. *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*. Pgs. 288-289.

<sup>307</sup> Cfr., MARTÍNEZ ESCAMILLA. *La imputación objetiva del resultado*. Pg. 348.

*interrupción del nexa causal*, la prohibición de regreso de FRANK representa hoy nada más que un dato de interés histórico.

### **I.3 Las nuevas teorías de la prohibición de regreso.**

#### **I.3.1 Consideraciones generales.**

La teoría de la prohibición de regreso, a pesar de estas iniciales y pocas fructíferas elaboraciones y la incorrección de sus iniciales formulaciones, continuó su desarrollo. Actualmente, han aparecido un grupo numeroso de autores<sup>308</sup> y teorías que, desde distintos enfoques e interpretaciones, hablan a favor de la prohibición de regreso. Estas teorías si bien intentan desligarse de consideraciones causales, en sus contenidos dejan notar claramente que siguen anclados en consideraciones naturalistas o prejuerídicas, razón por la cual no logran superar satisfactoriamente las objeciones que ya se vertieran contra la teoría de FRANK. Un claro ejemplo de ello, es que en estos nuevos intentos por fundamentar la prohibición de regreso, se recurre al criterio de la *previsibilidad*, el mismo que se encontraba enlazado con la teoría de la causalidad adecuada y que buscaba oponerse, mas no eliminar por completo, a la extensión de punibilidad a la que se llegaba con la teoría de la equivalencia de condiciones. No resultaba adecuado mantener una prohibición de regreso edificada sobre la interrupción del nexa causal, sino que era preferible, admitiendo la validez general de la teoría de la equivalencia de condiciones, limitarla eficazmente con la utilización del criterio de la *previsibilidad*<sup>309</sup>. En este sentido, se debía de excluir la imputación jurídico-penal en los supuestos en los que la conducta imprudente del primer sujeto posibilitaba la intervención arbitraria del segundo actuante, para que cometa un delito doloso, puesto que esta conducta le resulta imprevisible al primero, *v. gr.*, siguiendo al pie de la letra esta teoría, habría que sancionar al espectador que acude a un teatro y deja su abrigo en el guardarropa, y en uno de los bolsillos olvida un arma cargada, la misma que un acomodador del teatro encuentra y la acciona en contra de uno de sus compañeros ocasionándole la muerte. La responsabilidad penal del espectador radica en que para él era perfectamente previsible que alguien encontrara el arma y la accionara causándole lesiones o la muerte a un tercero<sup>310</sup>.

---

<sup>308</sup> Destacan autores como WELP, OTTO, NAUCKE, WEHRLE, ROXIN, PUPPE entre otros.

<sup>309</sup> Cfr., REYES ALVARADO. *Imputación Objetiva*. Pg. 324.

<sup>310</sup> *Ibidem*, Pg. 325.

Al uso de la previsibilidad como criterio que ha de servir para limitar la responsabilidad penal, hay que objetarle lo siguiente: *todo es previsible*. En la sociedad actual, casi todas las actividades que se desarrollan pueden generar resultados nocivos que de alguna u otra manera son previsibles, por ejemplo, lo son los accidentes que se producen en el tránsito vehicular, pero sin embargo a nadie le parecería adecuado que deban responder los fabricantes de automóviles por los daños que a causa de estos puedan acontecer. La prohibición de regreso, no puede erigirse sobre la base de la previsibilidad, en tanto, del hecho de que un sujeto controle o domine un determinado suceso no se deriva la exclusión de la imputación a otro que no lo controla o domina<sup>311</sup>.

En la misma línea, hay quienes intentan limitar la imputación penal valiéndose del criterio de la *conducibilidad* o *dominabilidad*, de acuerdo con el cual, la conducibilidad de un suceso encuentra su límite donde personas que conocen la situación peligrosa excluyen al primer autor del dominio del hecho, o crean con su actuación un nuevo peligro para la víctima<sup>312</sup>. En el ejemplo antes mencionado del espectador en el teatro, según esta postura, aquél no sería responsable del homicidio que cometa el acomodador con el revólver que encuentra en el bolsillo del saco, pues con la intervención descuidada de aquél, el espectador que olvido el arma en su saco no tiene ya la capacidad de dominar el suceso, pues este cae en manos del acomodador.

Al igual de lo que sucede con el criterio de la previsibilidad, este concepto de control o dominio del suceso es también muy impreciso y ambiguo como para erigir la prohibición de regreso sobre sus bases. Tomar partido por esta propuesta, no permitiría explicar por qué razón puede imponerse una pena al partícipe doloso que ni domina o controla tampoco el acontecimiento ni puede hacerlo<sup>313</sup>.

No obstante todas estas críticas, podemos sostener que el aspecto más trascendente e importante de estas concepciones, radica en que constituyen los primeros intentos por superar el error inicial de FRANK, en tanto, intentan vincular el criterio de la prohibición de regreso con la teoría de la imputación objetiva. De esta manera, la distinción entre dolo e imprudencia pasaría a un segundo plano, siendo lo decisivo la existencia de razones objetivas para negar el castigo del favorecimiento imprudente de un hecho doloso.

---

<sup>311</sup> ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 88.

<sup>312</sup> REYES ALVARADO. *Imputación Objetiva*. Pg. 328.

<sup>313</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 88.

### **I.3.1 Los autores de las nuevas teorías de la prohibición de regreso.**

Uno de los primeros autores que se enmarcan en esta dirección es WOLFGANG NAUCKE. Para este autor, sólo a través de la teoría de la imputación objetiva<sup>314</sup>, se puede fundamentar acertadamente la prohibición de regreso. La razón por la que se puede predicar la impunidad del primer actuante, radica en que, desde la teoría de la imputación objetiva, “no existe necesidad alguna de castigar a quien participa de modo imprudente en el resultado cuando la producción del resultado es retribuida en el autor doloso, es decir, el segundo actuante”<sup>315</sup>. En esta concepción, juega un rol fundamental la idea de “seguridad jurídica”, toda vez que, por un lado, según NAUCKE, ésta se ve satisfecha si solamente se puede responsabilizar penalmente al segundo actuante, es decir al que ha ejecutado el hecho dolosamente. Por otro lado, la seguridad jurídica, a la que este autor entiende como libertad del ciudadano, sería alterada “si se extendiese la punibilidad por un delito de resultado a todas las condiciones previas producidas por imprudencia de un resultado generado dolosamente por un tercero y jurídico-penalmente prohibido”<sup>316</sup>. Para dar fuerza a su idea, NAUCKE utiliza criterios de política criminal basados en la Teoría de la pena. La sanción jurídico-penal que recaería sobre el segundo actuante, es decir el autor del injusto penal que actúa dolosamente, tendría como consecuencia que carecería de objeto, desde el punto de vista de la prevención general, la sanción del primer sujeto. Y, desde la prevención especial, sancionar al primer actuante sería innecesario, en tanto éste como ciudadano normal, probablemente no necesita ser educado, resocializado o reintegrado a la sociedad<sup>317</sup>.

A este argumento de carácter político-criminal, cabe objetarle que utiliza la prohibición de regreso simplemente para regalar impunidad al primer actuante, sosteniendo

---

<sup>314</sup> Cfr., NAUCKE. “Sobre la prohibición de regreso en Derecho penal”. Pg. 41; señala que la teoría de la imputación objetiva rechaza por completo la teoría de la equivalencia de condiciones y plantea el uso del concepto de acción entendido como actuar dominable por la voluntad en lugar de aquella. Afirma que “*sólo puede hablarse de responsabilidad objetiva cuando el comportamiento humano y el resultado derivado de ese comportamiento pueden ser imaginados como efectos de una voluntad humana*”. Esto se podrá determinar, no a partir de las facultades subjetivas de cada uno de los actores, pues esto es problema de la imputación subjetiva, sino sobre la base de aquello que le era posible a una persona media en cuanto tenga el dominio de la voluntad, este sería el campo de la imputación objetiva. Luego, la producción del resultado por el autor que actúa dolosamente es obra voluntaria de éste y, por ende, independiente de la voluntad del primer actuante considerado como ciudadano medio.

<sup>315</sup> *Ibidem*, Pg. 41.

<sup>316</sup> *Ibidem*, Pg. 42.

<sup>317</sup> *Ídem*.

que hay otras personas (segundo actuante) que también se han comportado defectuosamente. Ahora bien, defender este argumento no puede estar en dependencia de si el primer sujeto actuó dolosa o imprudentemente, sino sólo de si con la imputación al último sujeto se agota el desvalor de la perturbación social globalmente considerada, esto es, de si no existen otros aspectos del hecho que no pueden ser imputados al último interviniente y que suponen, en alguna medida, una perturbación social adicional<sup>318</sup>. Además, la idea político-criminal de que la pena aplicada al autor ya satisface las necesidades preventivo-generales y de intervención del Derecho penal, puede ser aplicada a todos los supuestos de participación, es decir también a los dolosos<sup>319</sup>.

Otro grupo de autores que se enmarcan en lo que se ha denominado “nuevas teorías de la prohibición de regreso”, fundamentan sus propuestas en la idea del principio de autorresponsabilidad. WELP afirmaba la impunidad del primer actuante, en tanto el sujeto que actúa dolosamente de manera posterior, es un sujeto autorresponsable. Para este autor, la actuación del autor doloso le “cierra” el “acceso” a una responsabilidad del tercero por el resultado<sup>320</sup>. De esta manera, la actuación autorresponsable del autor doloso, hace que la conducta del primer sujeto se configure como una simple tentación o el simple ofrecimiento de una motivación, pues para WELP, el influjo no doloso en la libertad ajena sería por ello, cualesquiera que sean las circunstancias imaginables, “socialmente adecuado”<sup>321</sup>.

ROXIN ha criticado esta tesis, sosteniendo que tiene como consecuencia un alcance exagerado del principio de autorresponsabilidad. Para el profesor alemán, varias personas pueden ser responsables de la lesión de un tercero, incluso cuando los distintos intervinientes hayan actuado dolosa o imprudentemente. Luego, “quien posibilita un hecho doloso en forma imprudente, si bien tiene que dejar intacta la libertad de decisión del que actúa directamente crea empero, bajo ciertas circunstancias, un peligro relevante de la comisión del hecho”<sup>322</sup>.

Basándose en el mencionado principio de autorresponsabilidad, HARRO OTTO ha propuesto el *principio de la conducibilidad*, según el cual, “la posibilidad de conducción

---

<sup>318</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 91.

<sup>319</sup> Cfr., FEIJÓO SÁNCHEZ. *Límites de la participación criminal*. Pgs. 24-25.

<sup>320</sup> Cfr., ROXIN, Claus. “Observaciones sobre la prohibición de regreso”. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. En: AAVV. *La prohibición de regreso en derecho penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998. Pg. 155.

<sup>321</sup> *Idem*.

<sup>322</sup> *Ibidem*, Pg. 156.

del actuante originario termina allí donde otra persona (libre en el sentido jurídico) configura el acontecer conscientemente conforme a sus propios planes; o cuando excluye al actuante anterior del ámbito de influencia sobre el riesgo. La cuestión de si el actuante originario ha supuesto la intervención del sucesor o no, es indiferente, en tanto no haya ejercido ninguna influencia sobre la voluntad del sucesor<sup>323</sup>. Graficaré la posición de OTTO con el ejemplo de la heredera de una granja que comenta a sus amigos lo beneficioso que resultaría, en el plano económico, que se quemara dicha propiedad. En este caso, desde la teoría de la conducibilidad, la motivación descuidada por lo que se dice a otros para cometer un delito, no va a poder *conducir* la conducta del autor doloso, en aquella medida en que su actuar se base en su libre decisión. En este caso, “la relación de imputación es interrumpida cuando el autor es excluido del dominio sobre el acontecer, por una persona que es consciente del riesgo en todo su alcance, o cuando el autor mismo - sobre la base de nuevas tomas de decisión- crea ulteriores peligros para el bien jurídico afectado”<sup>324</sup>.

Se ha criticado a esta teoría, señalando que se trata de un criterio demasiado impreciso como para poder ser empleado como pauta general de imputación. De esta manera, si se quiere fundamentar la presencia de una prohibición de regreso por falta de conducibilidad, “sólo queda la posibilidad de interpretar este concepto de tal modo que falte la conducibilidad cuando el curso del suceso ya no sea dominable para el primer actuante, después de haber sido puestas las causas que generan el peligro”<sup>325</sup>. Sin embargo, esto no siempre es así, pues existen supuestos en los que no se puede configurar una prohibición de regreso y, por el contrario, existe una imputación jurídico-penal. Esto sucede en el siguiente caso: cuando alguien dispara y mata a otro con el revólver que el sujeto X dejó en un lugar de acceso al público. En este supuesto, sin importar si el sujeto que disparó actuó con dolo o imprudencia, la conducta imprudente de X será imputada penalmente.

Mención especial en este grupo de teorías merece la propuesta de CLAUS ROXIN, cuyas ideas se enmarcan dentro de lo que podríamos denominar las corrientes doctrinales

---

<sup>323</sup> Cfr., OTTO, Harro. “Diagnosis causal e imputación del resultado en Derecho penal”. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. En: AAVV. *La prohibición de regreso en derecho penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998. Pg. 77. Este artículo, cuyo título en alemán es “*Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht*”, fue publicada en el libro homenaje a Reinhart Maurach por su 70 aniversario en 1972.

<sup>324</sup> *Ibidem*, Pg. 84.

<sup>325</sup> Cfr., ROXIN. “Observaciones sobre la prohibición de regreso”. Pg. 159.

de naturaleza subjetiva. La concepción de este autor, es recogida bajo la denominación de *reconocible propensión al hecho*<sup>326</sup> y que, tal como ha sido formulado por sus críticos, es una postura cuyo núcleo se haya en el conocimiento o desconocimiento de las intenciones de los sujetos. Entonces, respecto de la conducta de un primer actuante (previamente a la actuación dolosa de un sujeto) puede suceder que su conducta se enmarque dentro de una cotidianeidad, en tanto no exista una reconocible propensión al hecho de un autor doloso. Es decir, que “las acciones cotidianas normales son eliminadas, por tanto, ya mediante el criterio de la reconocible propensión al hecho”<sup>327</sup>. Pero, en el supuesto que este mismo primer actuante, disponga de cierta información especial o de un conocimiento especial concreto suficiente, a decir de ROXIN, “la «acción cotidiana» pierde su carácter inofensivo, y ni es socialmente adecuada, ni está cubierta por el principio de confianza”<sup>328</sup>. Para graficar su idea, pone el siguiente ejemplo: “cuando alguien sabe que el asesino de su vecino está delante de la puerta con el revólver cargado, y, a pesar de ello, la abre pensando con ligereza que el vecino ya escapará de algún modo, ello no será menos homicidio imprudente que lo que sería, por ejemplo, el dejar encerrado con llave al vecino, por grave descuido, estando la casa en llamas”<sup>329</sup>.

Según ROXIN, el criterio de la *reconocible propensión al hecho* tiene en cuenta que “una primera acción no puede ser interpretada por sí misma como intolerablemente peligrosa, sino sólo a partir del contexto reconocible de las *intenciones* del potencial autor doloso”<sup>330</sup>. Refuerza su posición, afirmando que este criterio resulta siendo más flexible y de sencilla determinación frente a aquellas posturas en las que el elemento determinante es la “decisión firme al hecho”<sup>331</sup>. Pone el siguiente ejemplo: “quien ve a dos hombres enredados en una pelea cruenta tendente a lesiones recíprocas que no son sólo leves, y le da un arma a uno de ellos, que quizá es su amigo, puede que no realice con ello una complicidad dolosa, sino que quiera sólo facilitarle a aquél la defensa. Aunque, por tanto,

---

<sup>326</sup> Estas ideas expuestas por ROXIN, aparecen en su escrito de contribución al Libro Homenaje a HERBERT TRÖNDLE por su 70 aniversario, cuyo título en alemán es “*Bemerkungen zum Regreßverbot*”, y fue publicado en 1989. En este artículo, ROXIN pretende dar respuesta al problema que plantea si es punible o no, un comportamiento imprudente previo a la configuración de un comportamiento punible doloso. También emplea este criterio, MARTÍNEZ ESCAMILLA. *La imputación objetiva del resultado*. Pg. 350.

<sup>327</sup> ROXIN. “Observaciones sobre la prohibición de regreso”. Pg. 184.

<sup>328</sup> *Ibidem*, Pg. 185.

<sup>329</sup> *Ídem*.

<sup>330</sup> *Ibidem*, Pg. 174. (Las cursivas son nuestras).

<sup>331</sup> STRATENWERTH, citado por ROXIN. “Observaciones sobre la prohibición de regreso”. Pgs. 171-172; ha desarrollado una tesis según la cual “sólo cuando otro está ya decidido de modo reconocible a cometer el delito resulta imprudente posibilitarle o facilitarle la ejecución. Sin embargo, si la decisión al hecho es manifiesta, la intervención del hombre de afuera representará, como regla, una participación dolosa”.

el fin objetivo de su acción no esté dirigido necesariamente a la comisión de un delito, y todavía no exista una “reconocible decisión al hecho”, por parte del receptor, de emplear el arma para cometer un delito doloso, la propensión al hecho visible ya a partir de la situación sí tiene que ser suficiente para que el hombre de afuera se abstenga de acciones que pueden conducir a una escalada que ponga en peligro la vida. Si se llega a una lesión corporal grave dolosa o a un homicidio, es adecuado, por ello, imputarle al primer actuante el resultado como hecho imprudente<sup>332</sup>.

Para ROXIN, lo que el proceso de imputación ha de buscar es distinguir entre el favorecimiento objetivo del primer actuante y una vinculación arbitraria de la condición por parte del autor doloso. Estaremos en este segundo supuesto, por ejemplo, en el conocido caso del juez que a pesar de las amenazas de unos extremistas, que le hacen saber que en caso de continuar con un proceso en contra de uno de sus líderes matarán a un político, y efectivamente el juez dicta sentencia condenatoria y aquellos matan a un político. En este supuesto, el rechazo de una imputación por imprudencia reside en que la conducta del hombre de afuera (en el ejemplo lo sería el juez) no puede ser juzgada según su sentido objetivo, como el “favorecimiento” de una propensión ajena a cometer el hecho<sup>333</sup>. La venta de cuchillos, fósforos, encendedores, alcohol de quemar, hachas, martillos y la ulterior entrega de tales elementos no serían posibles si uno debiera contar con hechos punibles dolosos del comprador y demás receptores. El recurso a este grupo de casos, muestra que también para los demás supuestos rige lo siguiente: si uno tuviera que prescindir de ofrecer a otros oportunidades de cometer hechos punibles dolosos, entonces, la vida social moderna sería tan imposible, como renunciar al tránsito vial<sup>334</sup>.

Sin embargo, es en la práctica, en donde la solución que propone ROXIN resulta poco apropiada, llegando incluso a extender la punibilidad de las conductas de los sujetos. Ello se puede apreciar en el siguiente ejemplo utilizado para explicar la prohibición de regreso<sup>335</sup>: La heredera de una granja cuya reparación habría dado lugar a cuantiosos costos, manifestó, a dos de sus amigos, que lo mejor sería que la casa fuera destruida por un incendio. La herrera manifestó a sus amigos la situación de la casa y el camino hacia

---

<sup>332</sup> ROXIN. “Observaciones sobre la prohibición de regreso”. Pg. 174.

<sup>333</sup> *Ibidem*, Pg. 175.

<sup>334</sup> *Ibidem*, Pg. 168.

<sup>335</sup> Discutible es también la solución de ROXIN en el caso de un cazador quien cuelga su arma en la taberna, y que, a decir del profesor alemán, tiene que responder como autor imprudente por el hecho doloso que comete otro con dicha arma, sólo en caso de que sea reconocible la propensión al hecho.

ella. Al retirarse del lugar de encuentro, la heredera les dijo a los dos amigos que no fueran a hacer una estupidez. Unos días más tarde, los amigos de la heredera prendieron fuego a la granja porque habían llegado a la conclusión de que la heredera les había hecho su oferta en serio. Posteriormente, ya en juicio, la heredera se defendió argumentando que todo lo dicho había sido en broma. El Tribunal que la juzgó, la absolvió sobre la base de que, si bien existía un nexo causal, faltaba “la adecuación; pues, según el curso ordinario de las cosas, no es previsible que el conversar irreflexivamente sobre un incendio provoque que un interlocutor cometa el hecho dolosamente”<sup>336</sup>.

Desde la óptica de la *reconocible propensión al hecho* propuesta por ROXIN, esta solución del caso es incorrecta. De la situación de hecho, resulta que los amigos tuvieron una propensión al hecho y que la heredera había reconocido esto. Y a ella le era reconocible, además, que la observación de que ellos no debían “hacer una estupidez” era difusa en su significado, y de ningún modo apropiada para que la oferta de dinero y la descripción precisa del camino pudieran aparecer sin más como dichas “en broma”. Pero cuando las expresiones son apropiadas para provocar un alto peligro de que el hecho sea cometido, no es exigir demasiado que el ordenamiento jurídico espere su omisión o, en caso de una reconocible propensión al hecho por parte del destinatario de la declaración, al menos la clarificación inequívoca de lo que se quiso decir. Por tanto, a decir de ROXIN, habría debido pronunciarse una condena por la causación imprudente de un incendio<sup>337</sup>.

La propuesta del profesor alemán, ha sido objeto de críticas por distintos sectores de la doctrina penal, en tanto se trata de un criterio formal, perfectamente manipulable y por ende poco garantista, de tal manera que no sería un criterio válido para ofrecer soluciones acerca de la imputación jurídico-penal en el ámbito de la participación delictiva<sup>338</sup>. En tanto ROXIN, hace depender la *relación delictiva de sentido* del conocimiento que tenga el partícipe de los fines del autor y su intención interna, esto

---

<sup>336</sup> Para más detalles vid., ROXIN. “Observaciones sobre la prohibición de regreso”. Pg. 177.

<sup>337</sup> Cfr., ROXIN. “Observaciones sobre la prohibición de regreso”. Pg. 178.

El criterio defendido por ROXIN es seguido también en la doctrina por HERZBERG. Este autor dice que un vendedor de cuchillos no tiene por qué ocuparse de “*qué tengan en mira los hombres autorresponsables después de comprar un cuchillo*”, pero que el vendedor no se podría basar en este principio “*cuando delante de su negocio ocurriera una trifulca y en ese estado entrase uno de los participantes para comprar un cuchillo*”. Sólo en este segundo supuesto existe una reconocible propensión al hecho, por lo que el vendedor de cuchillos, según ROXIN, debería ser sancionado.

<sup>338</sup> Como ha señalado FEIJÓO SÁNCHEZ. *Límites de la participación criminal*. Pg. 41; el criterio de “*la inclinación o predisposición al hecho de un autor doloso potencial que es cognoscible para el autor*” es tan amplio y flexible que no sirve para limitar razonablemente el alcance de las modalidades de participación ni ofrece un mínimo de seguridad jurídica. En el fondo ROXIN busca excepciones a un principio general de confianza.

conduce a una más que curiosa conclusión: se podrá imputar jurídico penalmente a un sujeto que actúa con dolo directo, en tanto tuvo un conocimiento cierto de las intenciones del autor, pero se exonerará de sanción penal al que actuó con dolo eventual. Estas conclusiones son inaceptables, en tanto se ha reconocido doctrinalmente (en desmedro de las ya obsoletas teorías psicológicas del dolo) que no es posible establecer distintas formas de dolo, ni vincularles consecuencias jurídicas diferentes. Luego, el conocimiento de las intenciones del autor, no califica como requisito objetivo que hace que una conducta adquiera un preponderante significado delictivo<sup>339</sup>.

Desde el punto de vista sistemático, se le crítica al planteamiento de ROXIN, que con su postura procede a valorar el tipo subjetivo de manera previa a la valoración en el tipo objetivo, procedimiento que no puede ser aceptado. Por otro lado, se le podría reprochar también que, para fundamentar la responsabilidad frente a hechos delictivos de terceros, hay que utilizar elementos más estrictos que la mera previsibilidad (en tanto que absolutamente todo puede ser previsible) o la simple cognoscibilidad, toda vez que con el empleo de este criterio, se convierte una conducta en jurídico-penalmente relevante por el solo hecho de tener la posibilidad de conocer las intenciones o inclinaciones de un potencial autor doloso.

#### **I.4 La moderna teoría de la prohibición de regreso.**

Hasta aquí, lo que se ha venido proponiendo con la prohibición de regreso, es otorgar una solución al problema de si existe o no participación en el delito, cuando con una primera conducta imprudente se termina favoreciendo un posterior comportamiento doloso. Sin embargo, quienes ulteriormente han formulado ideas respecto de la prohibición de regreso, han querido ir mucho más allá de encontrar una respuesta para un caso *ad hoc* y han postulado una concepción de alcance más general, en la cual se pretende establecer los requisitos y límites que permitan o no, imputar un resultado delictivo a un sujeto que con su conducta promueve o facilita la producción del delito por parte de otro, el mismo que se conduce responsablemente<sup>340</sup>.

---

<sup>339</sup> Cfr., BLANCO CORDERO. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Pg. 70.

<sup>340</sup> Los casos que se someten a la institución de la prohibición de regreso, señala CANCIO MELIÁ. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Pg. 111; son supuestos en los que existe una aportación inicial subjetivamente dolosa, pero objetivamente ambivalente a un posterior desarrollo delictivo o a una autolesión.

Es evidente que cualquier conducta puede ser utilizada por un tercero para la posterior realización de un delito. Por lo tanto, es necesario determinar si aquella incumbe al sujeto cuya conducta es instrumentalizada por otro<sup>341</sup>. De esta manera, lo que se busca con este tipo de formulaciones, es que el instituto dogmático de la prohibición de regreso tenga como función la determinación de los límites generales de la imputación jurídico-penal<sup>342</sup>. En esencia, lo que se pretende con la prohibición de regreso, es fijar un límite de tinte normativo a la responsabilidad penal accesoria.

El más connotado representante de las formulaciones actuales (y por ello el calificativo de modernas) sobre la prohibición de regreso es GÜNTHER JAKOBS. Este autor postula una extensión de los límites tradicionales de la prohibición de regreso, pero restringe también los “beneficios” que en sus formulaciones iniciales ofrecía, en especial, cuando el que favorece la actividad delictiva de un tercero tiene una posición de garantía.

#### **I.4.1 GÜNTHER JAKOBS y la prohibición de regreso como límite de la participación criminal.**

Desde que JAKOBS en 1977 formulara su posición acerca de la prohibición de regreso, este instituto ha variado sustancialmente respecto de sus primeras y antiguas formulaciones. Su postura se diferencia de lo que originalmente fue planteado sobre la prohibición de regreso por FRANK, en que no se refiere a los presupuestos conceptuales de la categoría de la *inducción*, sino a un punto de vista genérico de carácter normativo que impide recurrir a ciertas condiciones de una determinada acción<sup>343</sup>. De manera tal que, en el planteamiento de JAKOBS, la prohibición de regreso ya nada tiene en común con la antigua idea de la interrupción del nexo causal, es decir, supuestos en los que tras una primera actuación imprudente sobreviene un segundo actuante doloso y autorresponsable. Con el planteamiento de este autor, la prohibición de regreso hoy recibe un nuevo tratamiento dentro de la dogmática penal, lo cual ha significado otorgarle una importancia doble a esta figura: como elemento de la imputación objetiva y también dentro de la autoría y participación, pues como el mismo JAKOBS ha señalado, lo que se pretende con

---

<sup>341</sup> Cfr. PIÑA ROCHEFORT. *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Pg. 355.

<sup>342</sup> Cfr., LESCH. *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*. Pgs. 257 y ss.

<sup>343</sup> Cfr., HRUSCHKA. “Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias”. Pg. 169.

la prohibición de regreso es enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva<sup>344</sup>.

Acorde con su concepción sobre la imputación objetiva, para JAKOBS la configuración de una prohibición de regreso sólo puede tener lugar en el ámbito de la *imputación del comportamiento*<sup>345</sup>, de esta manera en la delimitación de los riesgos permitidos y no permitidos se trata de determinar cuando no es lesivo de la norma, sino inocuo, el sentido de un comportamiento, a pesar de que nunca se puede excluir la posibilidad de que pueda dar lugar a un curso dañoso. Luego, al afirmar la presencia de una prohibición de regreso, se está expresando que un sujeto no puede imponer -sin caer en una arbitrariedad- al comportamiento de un actuante previo, un sentido lesivo de la norma<sup>346</sup>, en tanto, quien se comporta de un modo socialmente adecuado no responde por el giro nocivo que otro le otorgue al acontecimiento. Por consiguiente, *existe una prohibición de regreso* cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida<sup>347</sup>. El primer sujeto se encuentra ante el segundo como cualquiera y responde, a lo sumo, por la lesión de garantías dotadas de otra fundamentación o por una omisión de socorro<sup>348</sup>.

---

<sup>344</sup> Cfr., SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos - CANCIO MELIÁ, Manuel. “La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva”, estudio preliminar a Günther Jakobs. En: *La imputación objetiva en Derecho penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Civitas. Madrid. 1996. Pg. 72.

<sup>345</sup> Para JAKOBS, la teoría de la imputación objetiva se divide en dos niveles: por un lado, la calificación del comportamiento como típico, lo que denomina *imputación objetiva del comportamiento* y, por otro, en el ámbito de los delitos de resultado, la constatación de que el resultado producido queda explicado por el comportamiento objetivamente imputable, esto es, la *imputación objetiva del resultado*. En el primer nivel de la imputación objetiva, la imputación de comportamientos, JAKOBS propone cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de configurarse el juicio de tipicidad: riesgo permitido, principio de confianza, actuación a riesgo propio de la víctima y prohibición de regreso.

Cfr., SUÁREZ GONZÁLEZ - CANCIO MELIÁ. “La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva”. Pg. 68; FEIJÓO SÁNCHEZ. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Pgs. 17-18. Este autor afirma que la doctrina penal -sobre la base de una concepción del Derecho penal como regulador de conductas- va acogiendo la idea de que en el tipo de injusto no se desvaloran los resultados lesivos, sino el comportamiento de los sujetos: “*El elemento determinante del injusto no es la aparición de un resultado lesivo, sino una determinada configuración o forma de ejecución de la conducta, en la que juegan un papel elementos personales (conocimientos, experiencias, capacidades, etc.)*”.

<sup>346</sup> Los autores SUÁREZ GONZÁLEZ - CANCIO MELIÁ. “La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva”. Pg. 74, han señalado que para JAKOBS, la prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto, no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir, que puede ser “distanciado” de él. Opera cuando el sujeto que realiza la actividad que favorece el comportamiento delictivo no tiene que aceptar como algo común el delito cometido.

<sup>347</sup> Cfr., JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 106.

<sup>348</sup> Cfr., 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»”. Pg. 218.

Para JAKOBS, la prohibición de regreso ha sido concebida habitualmente, como aquella teoría que pretende “recortar ya en el tipo objetivo (de autoría) las ampliaciones que la teoría de la equivalencia de condiciones introdujo en el tipo objetivo de los delitos de resultado”<sup>349</sup>. Para ello, sostiene este autor, se emplea la prohibición de regreso, en tanto prohíbe recurrir, en el marco de la imputación, a personas que si bien física y psíquicamente podrían haber evitado el curso lesivo (hubiese bastado tener la voluntad de hacerlo), a pesar de no hacerlo no han quebrantado su rol de ciudadanos que se comportan legalmente.

Consecuente con su concepción sobre la prevención general, JAKOBS señala que la imputación objetiva, la cual tiene la finalidad de definir la causa de un conflicto a través de la identificación de quien causó el resultado (comisión) o de quien no evitó la producción del resultado (omisión), sirve, además -y esto es lo fundamental a la hora de determinar el fundamento de la prohibición de regreso en este autor-, para establecer una garantía segura respecto del comportamiento de otros, en tanto a pesar de la infracción de la norma penal, ello no implica que se abandonen las expectativas de que se configuren comportamientos que no vayan a defraudar a aquellas, pues la expectativa de comportamiento está *estabilizada contrafácticamente*<sup>350</sup> a través de la imputación; y la pena, como consecuencia de dicha imputación, funciona como símbolo de la seriedad de la definición<sup>351</sup>. Luego, JAKOBS afirma que el Derecho penal no puede estabilizar como expectativa respecto del comportamiento de otro, que nadie le ofrezca a otro la posibilidad de desviar los efectos del comportamiento propio hacia un resultado delictivo. Esto, no significaría otra cosa que esperar que casi ningún comportamiento tenga lugar, ya que prácticamente todo puede convertirse en una pieza funcional de algún plan delictivo. Sólo puede tenerse la expectativa de que nadie complete (de manera evitable) las condiciones de un curso delictivo<sup>352</sup>.

Aunque en un primer momento, JAKOBS tiene una posición más subjetiva, más vinculada a los motivos del favorecedor<sup>353</sup>, en su última formulación, acerca de la

---

<sup>349</sup> JAKOBS. “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”. Pg. 245.

<sup>350</sup> *Ibidem*, Pg. 257.

<sup>351</sup> *Idem*.

<sup>352</sup> *Idem*.

<sup>353</sup> El artículo, cuyo título alemán es “*Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung*”, fue publicado en ZStW Número 89, en el año de 1977. En este artículo, JAKOBS hace mención, por primera vez, de la prohibición de regreso, para formular la

prohibición de regreso, ha optado por darle mayor protagonismo a esta figura, al insertarla (como se ha precisado anteriormente) ya no sólo como un criterio de imputación objetiva, sino que la ha introducido como elemento relevante a la hora de determinar los límites de la participación criminal. Según el profesor alemán, cuando se hace referencia al límite entre participación en sentido amplio y la prohibición de regreso, se hace referencia a la “delimitación entre una participación que va más allá del riesgo permitido y una conducta que se atiene al riesgo permitido y a la que otro sujeto, fuera de la competencia del primero, enlaza un comportamiento delictivo”<sup>354</sup>. Para ello, ha tomado como punto de partida el *principio de la responsabilidad por el hecho propio, y en consecuencia la irresponsabilidad por el hecho de terceros*. Considera JAKOBS que no hay participación, cuando una conducta pasa a ser lesiva sólo por la transformación que un tercero hace de sus consecuencias. Esta conclusión, la enmarca en el contexto de la vida moderna, en el

---

necesidad de establecer límites en el campo de la participación punible, ya sea para comportamientos dolosos o imprudentes, utilizando criterios de tinte normativo. Todo ello, es recogido en la siempre recurrida y famosa expresión de JAKOBS: *no todo es asunto de todos*.

En este mismo artículo, JAKOBS señala que para saber, cuando una conducta puede ser considerada como participación en un injusto penal, se ha de determinar en el caso concreto, si la conducta de la persona que ha favorecido o facilitado el delito ya no puede distanciarse de la conducta del autor. Esta posibilidad está presente cuando la conducta tiene sentido por sí misma, sin depender de que el autor realice la ejecución típica. Es decir, el criterio esencial de delimitación entre lo penalmente irrelevante y el injusto de participación, es determinar si otra explicación de la conducta del favorecedor del delito tiene sentido. Y esta regla, es igual de válida para supuestos de participación dolosa e imprudente o para supuestos en los que el hecho principal es doloso o imprudente. Crítico con esta posición es FEIJÓO SÁNCHEZ. *Límites de la participación criminal*. Pg. 56; cuando afirma que es necesario buscar criterios materiales para ese distanciamiento. Lo decisivo no es si alguien se puede distanciar del hecho principal, sino poder determinar los criterios para decidir dicho distanciamiento, pues, y, de manera similar a como sucede con el riesgo permitido, lo fundamental no es afirmar si un riesgo está o no tolerado, sino la justificación de esa permisión.

JAKOBS sostiene que para poder determinar si un comportamiento se puede interpretar como favorecimiento de un delito, “*la cuestión decisiva es la de determinar si el comportamiento debe adscribirse al plan delictivo en cuanto raíz de la defraudación, o si se puede distanciar del plan delictivo, es decir, si se trata de un comportamiento que está al menos tan lejos del plan delictivo como el mundo, en general no exento de otras causas de conflicto distintas a la planificación delictiva*”. Para graficar su idea, pone el siguiente ejemplo: ninguna persona puede tener como expectativa que no se vayan a producir robos porque quien quiera cometer el delito no posea un destornillador, entonces ¿por qué se habría de estabilizar la expectativa de que nadie venda un vulgar destornillador a un sujeto que manifiesta de manera cognoscible estar determinado a cometer un robo? Si la garantía jurídico-penal se refiere a que las expectativas son resistentes frente a las defraudaciones, ello no significa que deba regir la garantía de que todos omitan cualquier tipo de comportamiento que tiene efecto causal, o incluso que se omitan aquellos comportamientos que sólo causan en sentido naturalista, pero no tienen el significado de causar. Y ello es así, puesto que tal comportamiento puede ser distanciado del plan delictivo y no defrauda, sino que es parte de un mundo que inevitablemente contiene causas de lesiones y que sólo recibe de otras personas con plan delictivo su configuración defraudadora, configuración cuya irrelevancia respecto de la seguridad de expectativas ha de garantizar y garantiza el Derecho penal a través de la imputación al autor del plan delictivo.

De estas ideas, podemos colegir que en los supuestos en los que un primer sujeto actúa conforme a Derecho, no puede ser hecho responsable jurídico-penalmente por el comportamiento antijurídico de un segundo actuante responsable, pues de otro modo, se le impondría al primero una responsabilidad por culpabilidad ajena.

<sup>354</sup> 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»”. Pg. 215.

que el nivel cuantitativo y cualitativo de los contactos sociales, hace que cualquiera pueda aprovecharse de la conducta de otro y darle un sentido delictivo<sup>355</sup>, por eso señala que es preciso “diferenciar entre supuestos en los que alguien realiza un tipo de participación y los supuestos en los que se crea una situación en la que otros realizan un delito”<sup>356</sup>.

De esta manera, el contexto en el cual tiene lugar la prohibición de regreso, está dado por la concurrencia de varias personas que emprenden algo común, *v. gr.*, cuando el deudor satisface la deuda de su acreedor, la “comunidad” que pueda surgir entre ambos se limita a la transferencia del dinero, pues lo que el acreedor vaya a hacer con el dinero le es

---

<sup>355</sup> Dentro del tratamiento de la prohibición de regreso, es necesario hacer mención a lo que manifiesta WOLFGANG FRISCH. Este autor alemán, sostiene que la imputación objetiva del resultado se erige sobre la base de tres condiciones: 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 de haberse realizado en el resultado ese mismo peligro desaprobado (Cfr., FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. Traducción de Manuel Jaén Vallejo [Para el primer capítulo]. Colex. Madrid. 1995. Pg. 29). Al interior del requisito de la creación de un peligro jurídicamente desaprobado de la realización de ciertos resultados, este autor distingue tres formas en las que se puede configurar la lesión de bienes jurídicos: en primer lugar, se pueden presentar conductas que directamente tienden a dicha vulneración; en segundo plano, la existencia de comportamientos en los que tenga influencia la propia víctima y, finalmente, un tercer grupo de casos, en los que se posibilita, motiva o favorece a terceros, que actúan bajo responsabilidad propia, llevar a cabo acciones que logren menoscabar o mermar los bienes jurídicos (Cfr., FRISCH. *Tipo penal e imputación objetiva*. Pgs. 49-50). Ahora bien, en este último grupo de casos, tempranamente se negaba la imputación del primer actuante atendiendo a que el segundo actuante se conduce de modo responsable (en el campo de los delitos dolosos), o defendiendo la impunidad de toda participación culposa (para los delitos imprudentes). La doctrina más reciente, a decir de FRISCH, negó la imputación de los resultados a la persona que los haya posibilitado o fomentado de modo indirecto, a partir del criterio de la adecuación social o la falta de posibilidad de dirigir el comportamiento de terceros, inclusive se empleó el criterio de la previsibilidad (Vid., FRISCH. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Pg. 251; FEIJÓO SÁNCHEZ. *Límites de la participación criminal*. Pg. 45) de la configuración de un suceso criminal, con la finalidad de evitar extender notablemente la responsabilidad jurídico-penal (Cfr., FRISCH. *Tipo penal e imputación objetiva*. Pg. 50). Sin embargo, y para no caer en un exceso de imputación penal, FRISCH precisa la necesidad de contar con un sistema de restricción de la responsabilidad penal. Como un posible planteamiento restrictivo, se presenta la denominada prohibición de regreso. FRISCH sostiene que las variantes tradicionales de esta teoría, como la de la interrupción del curso causal o los criterios de dominabilidad o conducibilidad, son objetables desde un punto de vista sistemático, en tanto, tienen una visión muy restrictiva de los límites objetivos a la imputación jurídico-penal, pues como expresa este autor, “no se trata única (o primariamente) de un problema de imputación de consecuencias (o incluso, como algunos antes estimaban, de un problema de causalidad), sino de si en estos casos cabe hablar de conducta típica en el sentido de los correspondientes delitos de resultado” (Cfr., FRISCH. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Pg. 253), es decir, el núcleo del tratamiento de los casos de favorecimiento o motivación criminal de tercero, radica en determinar si pueden o no ser consideradas como creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante del respectivo tipo (Cfr., FRISCH. *Tipo penal e imputación objetiva*. Pg. 49). De no ser así, de acuerdo con este autor, se trataría de supuestos en los que se admite la falta de imputación del resultado o de irrelevancia para el tipo (Cfr., FRISCH. *Tipo penal e imputación objetiva*. Pg. 58). Ahora bien, FRISCH destaca que el criterio de la prohibición de regreso, al que trata como un principio de *solución tradicional* para los casos en los que se posibilita o favorece el comportamiento delictivo de un tercero, debe de ser rechazado (Cfr., FRISCH. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Pg. 256), y sostiene que el tratamiento de este grupo de casos, debe partir desde lo planteado por ROXIN o STRATENWERTH (expuestos líneas atrás). FRISCH propone recurrir al criterio del *contenido de sentido* de la conducta del autor, desde la cual solamente si la conducta del primer actuante muestra el específico sentido de ser un favorecimiento o una incitación a un comportamiento delictivo, puede hablarse de una conducta típica (Cfr., FRISCH. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Pgs. 300-303).

<sup>356</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ. *Límites de la participación criminal*. Pg. 49.

indiferente al deudor, de la misma manera que poco le ha de importar al acreedor -dejando de lado los supuestos de receptación- de qué manera el deudor consiguió el dinero para cancelar la deuda. En este punto, es en donde JAKOBS pone en práctica uno de los elementos más importantes de su doctrina: el *rol*. ¿Qué sucede si el deudor conoce que el acreedor, con el dinero de la deuda, va a cometer un tráfico ilícito de armas? Según este autor, esto no le atañe al deudor, pues “tal conocimiento no corresponde a su rol de deudor”<sup>357</sup>. Si las prestaciones necesarias para cometer un delito son aportadas de forma sucesiva por varias personas, sólo responden -y en tal caso, siempre- aquellos sujetos cuyo comportamiento tenga el sentido de salirse del rol del ciudadano respetuoso con los demás. Respecto de estos intervinientes, la ejecución constituirá injusto propio<sup>358</sup>. En esta misma línea, la *expresión de sentido*<sup>359</sup> como aporte comunicativo de un sujeto, no tiene que ser tomada como perteneciente a algo espiritual, sino que debe ponerse en relación con el mundo material. Las personas sólo pueden expresar sentido en un mundo material y por consiguiente sólo allí pueden colisionar los modelos de sentido de las personas entre sí<sup>360</sup>. Así, el significado de un comportamiento es su posición en el contexto social<sup>361</sup>. Por lo tanto, no es suficiente que el primer actuante realice una aportación dolosa al hecho principal, sino que es necesario que esa contribución posea el sentido objetivo de alcanzar consecuencias delictivas. Ese sentido objetivo lo suministra la infracción del rol general de ciudadano<sup>362</sup>.

Análogamente a lo que planteó JAKOBS en sus primeros escritos sobre la prohibición de regreso<sup>363</sup>, en la actualidad sostiene que el libre intercambio de mercancías, dinero e información sólo es posible en una sociedad cuyos miembros persiguen preferencias muy diferentes, si la comunidad que respectivamente se establezca entre ellos

---

<sup>357</sup> 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»”. Pg. 216.

<sup>358</sup> Cfr., JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 169.

<sup>359</sup> La expresión de sentido, es el término empleado por JAKOBS al momento de ofrecer una explicación funcional de su sistema, en la cual parte por distinguir entre *sociedad* y *mundo exterior*, resaltando que en el plano comunicativo aquellos pasarían a denominarse *sentido* y *naturaleza* respectivamente. A decir de JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Pgs. 59-60; “o bien el autor expresa con su hecho un sentido relevante para la comunicación o bien no llega a alcanzar el plano de lo relevante para la comunicación, manteniéndose en la naturaleza, aunque dicho autor llegue a considerar en privado que ese mundo natural tiene sentido”.

<sup>360</sup> Cfr., JAKOBS. “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma”. Pg. 83.

<sup>361</sup> *Ibidem*, Pg. 84.

<sup>362</sup> Cfr., GARCÍA CAVERO. “La prohibición de regreso en el Derecho penal”. Pgs. 68-69.

<sup>363</sup> Cfr., JAKOBS. “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”. Pg. 260.

queda limitada. A nadie que se inserte en una comunidad así restringida, se le tiene que reprochar cómo continúe actuando otro sujeto a su propio arbitrio hasta alcanzar el resultado; ello es únicamente cosa del otro<sup>364</sup>. De esta manera, se pueden presentar los siguientes supuestos<sup>365</sup>:

- a) Nadie tiene que ser obligado a establecer una comunidad, si otro la quiere producir unilateralmente, tomando arbitrariamente como punto de partida de su conducta un comportamiento del primero, éste no resulta afectado por ello. Expresado con un ejemplo: alguien quiere cambiar su religión o dejar su familia y otro le amenaza con matar en tal caso a un tercero; si se llega a producir un homicidio tras la correspondiente conducta del primero, ello no atañe a éste por el mero hecho de haber cambiado de religión o dejado su familia.
- b) Si existe una comunidad limitada, nadie tiene que ser obligado a ampliarla. En los negocios habituales de la vida diaria, particularmente en los negocios de intercambio, la comunidad se limita al ámbito pactado. Así, el comerciante de herramientas no responde de las consecuencias si vende sus mercancías a un ladrón que las utiliza para robar.

JAKOBS sostiene que aquí (a y b) es donde se encuentra el ámbito principal de aplicación de la prohibición de regreso. Afirma, que en una sociedad organizada en régimen de reparto de tareas, con un intercambio de información y de bienes extremadamente complejo, ha de diferenciarse de manera rigurosa lo que es el sentido objetivo de un contacto social y qué es lo que los intervinientes pretenden con ese contacto desde el punto de vista subjetivo. Para JAKOBS, con carácter general, únicamente se debe tener en cuenta el sentido objetivo; esto es el sentido socialmente válido del contacto. Al no objetivarse, al menos no en ese contexto, el sentido que subjetivamente se persigue, en nada atañe a la otra persona<sup>366</sup>.

Por otra parte, se supera la frontera entre prohibición de regreso y participación:

- c) Cuando el sentido de la conducta depende de que el otro la prosiga de forma delictiva, pues entonces esta prosecución no es una consecuencia arbitrariamente impuesta por un sujeto diferente, sino el contenido que uno mismo ha elegido para

---

<sup>364</sup> Cfr., 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»». Pg. 216.

<sup>365</sup> *Ibidem*, Pgs. 216-218.

<sup>366</sup> Cfr., JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 157.

el comportamiento. Nos hallamos ante los casos normales de la inducción y la complicidad.

- d) En casos en los que existe una prestación peligrosa *per se*. Este tipo de prestaciones están prohibidas en cuanto constituyen puestas en peligro abstractas. Por tanto, quien las realiza no puede verse distanciado de las consecuencias delictivas; por el contrario, las consecuencias que se producen también le son propias. En estos casos, la comunidad se genera de manera normativa. Dicho de otro modo, quien es garante de la no disponibilidad de determinados materiales responde de las consecuencias delictivas si infringe su deber<sup>367</sup>. Por ejemplo: quien entrega armas que requieren licencia o quien entrega explosivos o estupefacientes cuya circulación se halla restringida<sup>368</sup>.

En definitiva, lo que busca JAKOBS con la prohibición de regreso es determinar el ámbito de participación no punible, o mejor dicho, señalar los límites de lo no punible. Para ello, este autor va a elaborar lo que en términos de PEÑARANDA RAMOS<sup>369</sup>, se denomina un *sistema unitario de participación*, de acuerdo con el cual, en supuestos en los que intervienen una pluralidad de sujetos en un injusto colectivo, cada una de estas actuaciones expresarán una “unidad de sentido”, esto quiere decir que, un hecho conjunto ha de verse delimitado de modo objetivo, en tanto se trata de una expresión de sentido colectiva que se materializa en el delito. Es decir, que el suceso pertenecería no al autor más inmediato, sino a todos los que de una u otra manera han puesto una razón para

---

<sup>367</sup> *Ídem*.

<sup>368</sup> Según lo ha postulado JAKOBS, en la base de toda responsabilidad existe una competencia por organización y una en virtud de institución. En la primera se encuentra un *relación negativa* (el no irrogarse ámbitos de organización ajenos) y en la otra, una *positiva* (la de hacer junto con otra un mundo parcialmente común). Centrando nuestra atención en el ámbito de la relación negativa, de acuerdo con lo señalado por JAKOBS, nos hallamos ante *garantes de vigilancia de una fuente de peligro* (ya sea que tal posición derive de un deber de aseguramiento, asunción o salvamento). Ahora bien, si consideramos que la diferenciación entre acción y omisión es una simple delimitación de naturaleza técnica, debemos concluir que aquello que vincula el curso dañoso con el ámbito de organización de una persona en la omisión, tiene que ser equivalente al acto de organización en la comisión. De esta manera, por ejemplo, quien da veneno de forma contraria al deber (acción) responde igual que quien no revoca el veneno o sus efectos (omisión). Con todas estas precisiones, quiero hacer notar que en el grupo de casos que JAKOBS caracteriza por la peligrosidad en sí de la prestación, el sujeto que es garante de la no disponibilidad de determinados materiales responde de las consecuencias delictivas si infringe su deber, y ello es un dato suficiente para fundamentar una *coautoría*. Cfr. JAKOBS, Günther. “La omisión: estado de la cuestión”. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. En: AAVV. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*. Civitas. Madrid. 2000. Pgs. 141-142.

<sup>369</sup> Cfr., PEÑARANDA RAMOS. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Pg. 323; de acuerdo con este autor, el “sistema unitario de participación” consiste en que “*todos los intervinientes realizan distintas partes de un hecho que, globalmente considerado, se corresponde con un tipo de delito de la Parte Especial*”.

reclamar el hecho, también, como propio. De esta manera, la diferenciación entre autores y partícipes, no dependerá de una valoración cualitativa -pues para todos los intervinientes en el hecho colectivo la razón de la responsabilidad es la misma-, sino que habrá de buscarse en el plano cuantitativo<sup>370</sup> con miras no a la determinación de la competencia penal, sino a la imposición de la pena.

## II. VALORACIÓN.

La dogmática penal, ha desarrollado durante mucho tiempo una serie de criterios para justificar la irresponsabilidad del autor del aporte. En un primer momento, como se ha señalado anteriormente, la figura de la prohibición de regreso ha apuntado a solucionar el problema exclusivo de si es imputable jurídico-penalmente un primer comportamiento imprudente o culposo tras el que concurre la conducta dolosa de otro sujeto<sup>371</sup>. Para justificar la conducta del contribuyente culposo se han empleado diferentes ideas como, por un lado, aquellas que parten de una visión causal del tipo objetivo, las mismas que ofrecen soluciones a problemas de imputación penal recurriendo a posturas como la interrupción del nexo de causalidad, el empleo de criterios subjetivos o la distinción entre condiciones y precondiciones en el ámbito de la causalidad, pero que difícilmente pueden ser asumidas<sup>372</sup>; y por otro lado, aquellas que proclaman -desde las regulaciones legales

---

<sup>370</sup> Para SUÁREZ GONZÁLEZ - CANCIO MELIÁ. “La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva”. Pg. 75; la determinación del criterio cuantitativo para diferencia autores y partícipes, es uno de los puntos en la construcción de JAKOBS en el que aún cabe esperar ulteriores concreciones.

<sup>371</sup> Por ejemplo, ROXIN. “Observaciones sobre la prohibición de regreso”. Pgs. 165-167; ha señalado que *“las reglas reconocidas de la teoría general de la imputación arrojan ya la consecuencia de que la intervención no dolosa en hechos punibles dolosos, en la mayoría de los casos, no puede ser imputada al tipo objetivo, y es impune”*. Además, ROXIN tomando como premisa el actual entendimiento de la imputación objetiva (de acuerdo con el cual se señala que la imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se realice el riesgo no permitido creado por el autor, y que este resultado se encuentre abarcado por el fin de protección de la norma de cuidado) deriva dos consecuencias para la intervención no dolosa en un hecho punible ajeno. La primera de ellas tiene que ver con la impunidad de la participación imprudente en suicidios dolosos, autolesiones y autopuestas en peligro, en tanto ella no es abarcada por el fin de protección de la norma que sanciona la inducción. A decir de ROXIN, si la participación dolosa en el suicidio es indiscutiblemente impune, con mayor razón tiene que serlo la producción imprudente de suicidios, autolesiones y autopuestas en peligro dolosa. La segunda consecuencia, toma en consideración, desde el punto de vista del principio de confianza, que la mayoría de los casos de causación imprudente de hechos dolosos no puede ser imputada al tipo objetivo, afirma ROXIN que *“toda persona puede confiar, en el caso normal, en que los otros no cometerán hechos punibles dolosos”*.

<sup>372</sup> El profesor alemán HARRO OTTO. “Diagnos causal e imputación del resultado en Derecho penal”. Pg. 69; ha considerado que *“el objeto de las consideraciones del derecho penal no son meras modificaciones del mundo exterior de cualquier naturaleza, sino objetivaciones de personas, cuyo sentido, respecto del ordenamiento jurídico-penal, hay que averiguar, pero que no pueden ser reducidas sólo a relaciones*

sobre autoría y participación- la impunidad de la participación (complicidad o inducción) culposa.

Respecto de las concepciones causalistas, se puede sostener que estas concepciones no se percatan que, si se parte de un tipo objetivo más rico que la pura causalidad como hace la moderna *teoría de la imputación objetiva*, los problemas se pueden solucionar sin tener que hacer referencia, por ejemplo, al carácter doloso o imprudente de un hecho<sup>373</sup>. Ello obedece, a que es un error hacer depender la exclusión de la imputación respecto de la concurrencia de dolo o imprudencia en la conducta del primer sujeto<sup>374</sup>. Si existe alguna prohibición de “regresar” a la conducta de quien ha intervenido antes de un sujeto autorresponsable, ella no dependerá de cómo obre este último. Tampoco dependerá de si la conducta del primer sujeto era o no causal para el resultado finalmente producido, ni de cómo éste ha abarcado subjetivamente la producción final del delito<sup>375</sup>, toda vez que ello, implicaría nuevamente recurrir a criterios pre-jurídicos, método que ya fue descartado, porque no permite llegar a soluciones satisfactorias. Si lo que queremos es determinar la competencia de un sujeto que obra con anterioridad a otro (siendo ambos autorresponsables), es necesario establecer en el plano objetivo los presupuestos que nos

---

*causales. Se trata de algo más que la explicación causal de un determinado suceso, si bien la explicación causal también cumple un papel esencial para comprender lo acontecido”.*

<sup>373</sup> Con gran acierto, FEIJÓO SÁNCHEZ. *Límites de la participación criminal*. Pg. 20; ha afirmado que “*un primer límite a la imputación debe encontrarse en el tipo objetivo o en consideraciones previas a la constatación del dolo o de la imprudencia como formas de responsabilidad subjetiva. Es decir, no resulta acertado, en principio, que la limitación de la responsabilidad se haga depender exclusivamente de que el partícipe actúe de forma dolosa o de forma imprudente*”. También, CANCIO MELIÁ. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Pg. 117; señala que “*una vez determinado el ámbito en el que existe un significado unívoco no delictivo de la conducta del autor, la conducta del autor, como se ha visto, queda desvinculada del posterior desarrollo lesivo con independencia de la cognoscibilidad o conocimiento por parte del autor del mismo, es decir, que opera de modo completamente contrafáctico*”.

<sup>374</sup> Como bien ha apuntado el profesor JAKOBS. “*La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión*”. Pg. 246; al utilizar el límite entre dolo e imprudencia y la diferenciación entre participación mediata e inmediata no se llega más allá de realizar cuantificaciones dentro de la cibernética del comportamiento, en lugar de, y esto es lo relevante creemos nosotros, determinar *ámbitos de responsabilidad*.

Ha afirmado NAUCKE. “*Sobre la prohibición de regreso en Derecho penal*”. Pg. 21; que “*al abordar la cuestión acerca de si el primer actuante puede ser autor junto al segundo actuante, el lado subjetivo en el primer actuante no ofrece problemas fundamentales a la opinión dominante. En la jurisprudencia no aparece ningún caso en el que fuese verdaderamente dudosa la imprudencia de quien actuó en primer lugar. Las dificultades se encuentran en los tipos de la Parte Especial*”. Para este autor alemán, es necesario determinar por ejemplo, si el primer actuante causa la muerte de aquella persona que el segundo actuante mató dolosamente. Un cierto sector doctrinal, valiéndose de la *teoría de la equivalencia de condiciones*, afirmaba que el primer actuante cumpliría con el tipo de homicidio señalado en el ejemplo. Así, se llegaba a la conclusión de que la prohibición de regreso no existe, en tanto, el comportamiento del primer actuante es una condición que no puede ser eliminada mentalmente sin que desaparezca el resultado. Sin embargo, una solución en la que se prescinde de la prohibición de regreso nos llevaría a reconocer una responsabilidad social incrementada.

<sup>375</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 91.

permitan conocer si una conducta está jurídico-penalmente desaprobada, y por ende constituye intervención en el delito. Por lo tanto, podemos sostener que el fundamento de la prohibición de regreso se ha de encontrar en el *principio de autorresponsabilidad*, en tanto constituye una de las bases fundamentales de la imputación objetiva. Ello nos obliga a la búsqueda de criterios válidos para la delimitación normativa de ámbitos de responsabilidad, y por consiguiente, lograr la exclusión de responsabilidad jurídico-penal por actos que carecen de significado delictivo; con lo cual se permitiría salvaguardar la libertad de actuación de los ciudadanos. En líneas generales, la prohibición de regreso sirve justamente para poder determinar si tiene o no competencia el sujeto (primer actuante) que realiza un comportamiento estereotipado o inocuo con el que termina favoreciendo el hecho delictivo de un segundo actuante<sup>376</sup>.

Aquí conviene hacer una digresión. No obstante la conclusión a la que se ha arribado líneas atrás, no han faltado en la doctrina, posiciones que han pretendido quitarle importancia a la actuación de la prohibición de regreso sosteniendo que se pueden arribar a mejores soluciones mediante la utilización del criterio del riesgo permitido, incluso con independencia de lo que internamente persiga el actuante respecto al resultado (por ejemplo, cuando el vendedor de cuchillos actúa con dolo eventual respecto de posibles hechos punibles que vaya a realizar el comprador). Como afirma ROXIN, “un riesgo permitido está permitido independientemente de la actitud del actuante respecto del resultado; incluso quien no confía puede ampararse en el principio de confianza”<sup>377</sup>.

---

<sup>376</sup> Vid., FEIJÓO SÁNCHEZ. *Límites de la participación criminal*. Pg. 95; quien ha expresado que la prohibición de regreso “es un instituto que sirve para negar la existencia del tipo objetivo en un ámbito como el de los tipos de participación”.

<sup>377</sup> ROXIN. “Observaciones sobre la prohibición de regreso”. Pg. 168.

En esta misma línea, en doctrina se han propuesto una serie de criterios que van a permitir determinar la presencia o no de un riesgo no permitido en la configuración de una primera conducta no dolosa. Si dicha conducta excede los límites de lo permitido, esto conllevará a que la ponderación se resuelva en favor del bien jurídico puesto en peligro. Uno de los criterios propuestos tiene que ver con la *peligrosidad inmanente a una infracción al cuidado*. Por ejemplo, el guardar un veneno de modo descuidado debería hacer responsable al primer actuante por un delito imprudente en caso de que alguien fuese envenenado. Sin embargo, como lo señala ROXIN, este criterio no es el más adecuado en tanto que “casi todos los objetos pueden ser utilizados para algún delito doloso, su «puesta a disposición» por sí sola no puede ser suficiente para una imputación al tipo objetivo, y, con ello, para una imputación por imprudencia”.

Otro criterio que se planteó doctrinalmente, tiene que ver con el *principio de confianza* y su relación con aquellos supuestos en los que existen indicios concretos de que se va a producir la comisión de un delito doloso. Si bien este principio ha sido de mucha utilidad en el tránsito vial, pues es, por ejemplo, reconocible el desatamamiento de las reglas de tránsito por la manera de conducir; sin embargo, no sucede lo mismo en situaciones de la vida distintas al tránsito vial. Luego, el uso de este criterio es muy ambiguo y conllevaría a entorpecer la vida social. Por ejemplo, el hecho que en zonas donde se producen constantes agresiones entre pandillas empleando cuchillos, machetes y otros, ha de representar un “indicio” de tal modo que solamente puedan ser vendidos cuchillos a personas que todos conocen como especialmente merecedoras de confianza.

Luego, ¿quiere esto decir qué las soluciones a las que se pretende arribar con la prohibición de regreso pueden ser reconducidas y logradas sin muchas complicaciones con el criterio del riesgo permitido? A pesar de que el mismo JAKOBS llegó a sostener que al hablar de prohibición de regreso se puede hablar también del riesgo permitido en la participación criminal<sup>378</sup>, pienso que la respuesta a esta pregunta es negativa<sup>379</sup>. Ello en tanto, sostengo que éste último criterio no aporta mayores soluciones al respecto, en tanto, su característica de conducta conforme con *los órdenes históricamente generados de la vida social*, se quebranta tan pronto como es colocada en referencia a la conducta delictiva y su resultado. Difícilmente se puede sostener que: dirigir un procedimiento judicial, dictar una clase de Derecho penal en la universidad, satisfacer una deuda, vender objetos de comercio corriente como cuchillos o bates de béisbol; interpretadas al margen o sin referencia alguna a conductas que posteriormente son aprovechadas por terceros para cometer delitos, no sean actividades que se encuentren dentro de los riesgos tolerados por un grupo social, pero el juicio acerca de si estas modalidades de comportamiento siguen siendo socialmente adecuadas en aquellas situaciones en las que de manera cognoscible conllevan graves consecuencias, requiere instrumentos más diferenciados como la prohibición de regreso, y no se puede llevar a cabo a través del concepto de riesgo permitido<sup>380</sup>.

Ahora bien, retomando el tema, según lo plantea la imputación objetiva, la limitación de la responsabilidad jurídico-penal deriva de la idea de que no es deber de una persona preocuparse de todo resultado de su comportamiento, sino que algunos resultados caen en el campo de las tareas de terceras personas o de la propia víctima o, en su caso, esta última tiene que soportar tales resultados como un infortunio, ya que de otro modo la libertad de comportamiento quedaría asfixiada a favor de una sociedad exageradamente

---

Incluso, podría llegarse al extremo de prohibir la venta de venenos para ratas, en tanto y en cuanto, la adquisición de estos productos es un indicio para un posible asesinato. ROXIN. "Observaciones sobre la prohibición de regreso". Pgs. 169-171; ha señalado que *"todos los indicios de esta clase tienen muchos significados y pueden significar también algo completamente inocuo. Pero, entonces, no existe ningún motivo para quitarle validez al principio de confianza"*.

<sup>378</sup> Cfr., JAKOBS, Günther. "La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente". Traducción de Teresa Manso Porto. En: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Civitas. Madrid. 2004. Pg. 34.

<sup>379</sup> Cfr., ROXIN. "Observaciones sobre la prohibición de regreso". Pg. 168; ha señalado que el reconducir la impunidad al riesgo permitido no se debe malinterpretar como *"el reconocimiento de una prohibición de regreso con el ropaje de otra terminología"*. Además, señala que en el riesgo permitido *"la impunidad del primer actuante no está restringida -como en la prohibición de regreso- a una conducta no dolosa"*.

<sup>380</sup> Cfr., JAKOBS. "La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión". Pg. 245; FRISCH. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Pg. 256.

cuidadosa por todas partes<sup>381</sup>. Un ejemplo nos posibilitará graficar la importancia de la imputación objetiva. Un vendedor tiene su tienda en una calle en la que la iluminación nocturna no es buena. Como este vendedor cierra su negocio a altas horas de la noche, la luz que sale del negocio permite a los transeúntes dirigirse por esa calle. Pero, un día en que el vendedor se retira mucho más temprano de lo acostumbrado, apaga la luz del negocio y la calle sólo recibe la tenue luz del alumbrado público. En esas circunstancias, un transeúnte que pasaba por ahí, se tropieza y se hiere. La pregunta es: ¿quién es el responsable del daño que se ha ocasionado? Se puede afirmar que la organización defectuosa es del vendedor por apagar la luz de su negocio, o que es competente el municipio encargado del alumbrado de las calles, incluso puede ser la víctima responsable de su propio daño al no tener el cuidado que ameritaba la circunstancia, o no quedaría más alternativa que atribuir el suceso a un infortunio que aquella ha de soportar. Para responder adecuadamente a la pregunta: ¿a quién le compete la lesión que ha sufrido el peatón? es que se emplea la imputación objetiva.

En conclusión, puedo afirmar que la prohibición de regreso como uno de los substitutos de la imputación objetiva que determina una exclusión de dicha atribución, se configura en aquellos supuestos en los que una persona no puede derivar en un sentido delictuoso el comportamiento de un primer actuante, sin caer en un comportamiento arbitrario. La exclusión de la responsabilidad penal de los sujetos valiéndose de la prohibición de regreso, se configurará sólo en los dos siguientes supuestos. En primer lugar, como se ha precisado a lo largo del trabajo, los contactos sociales en la actualidad se caracteriza por la complejidad de la interacción personal y por ende, las comunidades que se formen entre los diversos protagonistas de los procesos de comunicación social no serán absolutas, sino limitadas a determinadas formas. Esto significa, que las metas que sean pretendidas por uno de los miembros de esa comunidad más allá de lo común, no habrán de ser tenidas en cuenta por el otro componente de la comunidad<sup>382</sup>. Como ejemplo, puedo citar los supuestos de compra y venta. Lo que el comprador realice con la mercancía le importa al vendedor tan poco como al deudor le importa poco lo que el vendedor haga con el dinero de la transacción. En segundo lugar, se puede afirmar que los campos de responsabilidad se separan mucho más cuando no existe una comunidad entre las personas, sino que una es obligada por otro a tal comunidad, *v. gr.*, el supuesto siempre citado de los

---

<sup>381</sup> Cfr., JAKOBS. *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Pg. 43.

<sup>382</sup> *Ibidem*, Pg. 46.

terroristas que ante el juzgamiento de su líder, amenazan al juez de la causa con matar a un funcionario público que tienen como rehén, si es que su cabecilla es sentenciado. El juez, siguiendo los procedimientos legalmente establecidos dicta una sentencia condenatoria en contra del líder, y los terroristas cumplen su amenaza. En este caso, no se podría afirmar sin caer en un absurdo, que el juez sea partícipe de la muerte producida.

Finalmente, es necesario dejar en claro que si bien la prohibición de regreso va a permitir excluir la responsabilidad penal del primer actuante o contribuyente, esto no es óbice para que aquel pueda ser sancionado por la vulneración de otros deberes existentes, tales como los deberes de solidaridad mínima reflejados en la omisión del deber de socorro<sup>383</sup>.

### **III. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO Y SU VINCULACIÓN CON LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA.**

En el contexto de normativización de las distintas figuras penales, cobra relevancia la nueva orientación que adquiere la teoría de la participación delictiva (que engloba a las distintas formas de autoría, la inducción y la complicidad) y que es edificada a partir de los criterios aportados por la teoría de la imputación objetiva, en desmedro de las tradicionales posturas sobre la participación que recurrían a contenidos de índole fáctico, como la teoría del dominio del hecho postulada por CLAUS ROXIN<sup>384</sup>. De acuerdo con éstas, por ejemplo, en el caso de la autoría, se declaraba la existencia de un concepto de autor para los delitos dolosos, otro para los imprudentes, así como otro para los delitos de comisión y uno distinto para los delitos omisivos. Sin embargo, a partir de la propuesta por una teoría de la imputación objetiva, ésta división de la autoría, poco satisfactoria en sus fundamentos y en los resultados a los que arriba, fue dejada de lado y superada, afirmándose que en la base de toda responsabilidad penal está la competencia (los deberes) de las personas, a partir de lo cual es posible afirmar que no existe ninguna diferencia sustancial entre el delito de acción y el de omisión, ni el doloso y el culposo. A continuación explicaré esto.

---

<sup>383</sup> Cfr., GARCÍA CAVERO. “La prohibición de regreso en el Derecho penal”. Pg. 71.

<sup>384</sup> Ver el interesante trabajo de ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2000. Pgs. 129 y ss.

Es con la propuesta de JAKOBS, que se reconoce que la responsabilidad jurídico-penal deriva de dos fundamentos: la competencia por el quebrantamiento de deberes generales (*competencia en virtud de organización*) y la competencia por el quebrantamiento de deberes especiales (*competencia en virtud de institución*). En concordancia con lo expuesto en apartados anteriores, señalaré lo siguiente. En sociedad, los contactos sociales se producen sobre la base de un *status* general, que consiste en que la persona es libre de configurar el ámbito de administración que el ordenamiento jurídico le reconoce para que pueda desarrollarse y participar en igualdad de condiciones en el grupo social. Esta capacidad de cada persona para autodeterminarse, implica que origine determinados riesgos para los terceros, frente a los cuales se ve obligado a desplegar medidas de seguridad que le permitan mantener el riesgo dentro de los límites de lo permitido. De no conducirse de esta manera, la persona se habrá organizado defectuosamente y le corresponderá ser responsable del daño producido. Esto quiere decir que, en los supuestos de competencia en virtud de organización, la expectativa del resto de la sociedad tiene un contenido negativo: la separación de los ámbitos de organización. Luego, la organización defectuosa de las personas se califica como *delitos de organización*<sup>385</sup>.

Sin embargo, los contactos sociales no se presentan exclusivamente de manera negativa, al contrario existen también supuestos en los que es necesario la configuración de un mundo en común, esto es, casos en los que el hombre no configura libremente el mundo, porque encuentra ante sí sectores vitales que están preestablecidos en general, en los cuales él puede participar activamente, sin embargo, dentro de un marco normativo ya definido. Se trata de relaciones fundamentales para la estructura social<sup>386</sup>. Nos hallamos ante el campo de lo que se denomina: *delitos de infracción de deber*, y en el que las expectativas se formulan positivamente, a saber, se busca propiciar la unidad de los ámbitos de organización.

En base a esta forma de concebir la teoría de la intervención en el delito, se ha de dejar de lado el criterio empleado por la teoría del dominio del hecho, según la cual la distinción entre autoría y participación depende de si el sujeto actúa antes de los actos ejecutivos (en cuyo caso sería sólo cómplice) o su conducta se despliega con posterioridad

---

<sup>385</sup> Cfr., MONTEALEGRE LYNETT - PERDOMO TORRES. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Pg. 62.

<sup>386</sup> *Ídem*.

al inicio de la tentativa (en cuyo supuesto respondería a título de autor). Para JAKOBS, con apoyo en el concepto normativo, se puede ser autor aunque el aporte se otorgue en la etapa de los actos preparatorios, y cómplice aunque la contribución se preste durante los actos de ejecución<sup>387</sup>. Si bien es cierto que no se puede hablar de responsabilidad antes de la realización del tipo, incluyendo la del tipo de tentativa, la gracia de la contribución en la fase previa está precisamente en que fundamenta la pertenencia al colectivo, convirtiendo por ello la ejecución por mano ajena en propia. Esta relación suele denominarse accesoriidad cuantitativa, referida al progreso del delito, lo que, sin embargo, no debe entenderse en el sentido de que se produce una vinculación a una ejecución ajena (la responsabilidad por un injusto ajeno es un concepto imposible), sino en el sentido de que lo decisivo es el progreso del emprendimiento común, esto es, la realización del hecho típico por parte del colectivo. Ésta es la que constituye hacia fuera el quebrantamiento del Derecho, esto es, la irrogación de organización ajena, y por ello no hay hecho sin ejecución, o, dicho con mayor exactitud, sólo aquella es un hecho; pero hacia dentro sigue siendo una prestación más, aunque sea la última junto con otras que la han precedido en el tiempo; y puede suceder que las prestaciones anteriores, dependiendo de las circunstancias, caractericen al hecho con mayor claridad de lo que lo hace el último acto<sup>388</sup>. ¿A quién incumbe la configuración de la ejecución en el marco que existe? La respuesta es que a todos los intervinientes si es que han prestado una contribución que los incluye en el colectivo, uniéndose de este modo con las prestaciones de los demás<sup>389</sup>.

---

<sup>387</sup> *Ibidem*, Pg. 64.

<sup>388</sup> Cfr., JAKOBS. “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. Pg. 183.

<sup>389</sup> *Ibidem*, Pgs. 183 y 184. JAKOBS declara que de lo que se trata, es de la *Infracción colectiva del deber*. Respecto a la relación con el ámbito subjetivo, afirma que el establecimiento de un colectivo es un proceso que, como ya se esbozó antes, depende de qué significado produzca una persona mediante su conducta, y una persona produce significado y no es mera naturaleza, aunque se conduzca de modo imprudente. Dicho con un ejemplo: el no custodiar en un lugar cerrado un arma de fuego constituye participación mediante omisión en un homicidio por comisión, aunque el titular no se haya representado nada de modo gravemente imprudente, y ello incluso aunque quien dispara de modo igualmente imprudente pensara que no estaba cargada.

## CAPÍTULO VII

### LAS CONDUCTAS EXTERNAMENTE NEUTRALES Y LA COMPLICIDAD DELICTIVA

**SUMARIO:** *I. INTRODUCCIÓN. II. LAS CONDUCTAS EXTERNAMENTE NEUTRALES. II.1 Ubicación sistemática en la Teoría del Delito. III. PROPUESTAS DOCTRINALES ACERCA DE LAS CONDUCTAS EXTERNAMENTE NEUTRALES Y LA COMPLICIDAD DELICTIVA. III.1 Límites de carácter subjetivo. III.2 Límites de carácter objetivo. IV. LA RELEVANCIA PENAL DE LAS CONDUCTAS NEUTRALES Y LA PARTICIPACIÓN A TÍTULO DE COMPLICIDAD. IV.1 Propuesta de solución a los casos de complicidad mediante conductas externamente neutrales. IV.2 Los conocimientos individuales. IV.3 Solución final.*

#### I. INTRODUCCIÓN.

Para poder entender cómo es que surge la problemática que suscitan las denominadas *conductas neutrales*, es necesario hacer referencia al contexto en el cual se presentan. Puedo citar como punto de partida, el origen y desarrollo del proceso social conocido como la Revolución Industrial (desarrollado en Europa en el último tercio del siglo XIX), momento al cual se suele acompañar como principales particularidades: el aumento de la población mundial y los grandes movimientos migratorios del campo a la ciudad, los cuales trajeron como resultado que las sociedades se tornen más complejas y la interacción entre los sujetos alcance niveles poco imaginables, caracterizándose por su dinamismo, complejidad, proliferación y, sobre todo, por ser en su mayoría, anónimos. Es decir, se produce un abandono de las formas de vida en las pequeñas ciudades y surgen en su lugar las grandes metrópolis. Con ello, lo que se propicia es el paso de un modelo de interacción social construido sobre la base del contacto individual-personalizado a otro caracterizado por contactos estereotipados o anónimos<sup>390</sup>. De esta manera, las sociedades

---

<sup>390</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 24.

modernas tienen como rasgo distintivo los elevados números de contactos sociales (aspecto cuantitativo) y las particulares características que éstos revisten (aspecto cualitativo).

Frente a esta compleja configuración de la dinámica social actual, es imprescindible que el Derecho penal se adecue a ella, esto es, que no le de la espalda a la realidad social, para no acercarnos a la tantas veces llamada *crisis del Derecho penal moderno*, cuyo origen se ubica precisamente en las dificultades de adaptarse a la nueva conformación de la sociedad. Un ejemplo de ello lo podemos apreciar con la Teoría del delito, la cual está diseñada sobre la base del modelo de autor individual, y ante las nuevas formas de criminalidad en las que predomina la delincuencia organizada<sup>391</sup> tiene poca capacidad de respuesta y está condenada al fracaso.

Ahora bien, en este marco de enorme variedad en el que se desenvuelve la vida en sociedad, y en el que la interacción individual -por las necesidades de cooperación y de división funcional- ha alcanzado niveles altamente complejos, es posible que se incrementen las posibilidades de que algunos de esos contactos sociales redunden en la producción de consecuencias lesivas<sup>392</sup>, ya sea de manera intencionada o no. En este ámbito, interesa señalar que las relaciones interpersonales al interior del sistema social pueden ser clasificadas en dos tipos: *la interacción vertical*, y *la interacción horizontal*. La primera, hace referencia a aquellos procesos de interacción social que se configuran con el reparto o la división de competencias en el nivel de organizaciones jerárquicas, tal es el caso; por ejemplo: de las empresas, instituciones públicas, organizaciones criminales, etc. Los problemas o conflictos que aquí se presentan, están relacionados generalmente con la determinación de la responsabilidad en supuestos de delegación de funciones, o con la adopción colectiva de acuerdos, o de daños derivados de la comercialización de productos defectuosos, e incluso con la no evitación de hechos punibles cometidos por los subordinados. La responsabilidad jurídico-penal en estos supuestos, concurre en el sujeto que delega, a pesar de la existencia de ámbitos de organización y de responsabilidad de los subordinados, en virtud de la asunción de funciones delegadas. Es por ello, que en este tipo

---

<sup>391</sup> Cfr., SILVA SÁNCHEZ. *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Pg. 15; este autor manifiesta que “*Es innegable por lo demás la vinculación del progreso técnico y el desarrollo de las formas de criminalidad organizada, que operan a nivel internacional, y constituyen claramente uno de los nuevos riesgos para los individuos (y los Estados)*”.

<sup>392</sup> Cfr., SILVA SÁNCHEZ. *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Pgs. 16-17.

de interacciones, generalmente se presentan supuestos de autoría mediata y de comisión por omisión<sup>393</sup>.

En lo que hace referencia a los procesos de interacción horizontal, cobra relevancia lo que ya habíamos señalado respecto a la división vinculante o no del trabajo entre sujetos que concurren respecto de un mismo hecho. Es por ello que resulta necesario determinar en qué supuestos es que se puede afirmar la existencia de ámbitos de responsabilidad asociados<sup>394</sup>, en tanto, al proliferar las formas de interrelación entre los sujetos ya no se puede hablar de la existencia de un marcada separación entre los contactos sociales, sino que éstos se encuentran tan cercanos que es posible que la conducta de un sujeto (sin su intención) se torne delictiva mediante la actuación de otro. Esto obedece a que los contactos en las sociedades modernas se agotan en el cumplimiento de objetivos concretos<sup>395</sup>. Por consiguiente, las formas de responsabilidad jurídico-penal que se pueden configurar aquí son las de la coautoría y las de participación criminal.

Esto último, constituye el motivo por el cual resulta necesario proceder a fijar los límites (inferiores y superiores) de la participación criminal. Una vez que hayamos llegado a establecerlos, podremos precisar acertadamente si el comportamiento de una persona que contribuye a la realización de un delito (cometido por otro) es un acto sin relevancia penal, por tratarse de una conducta neutral o estándar; o si por el contrario, se trata de un supuesto de participación en el delito.

A continuación, expondré algunos casos mediante los cuales se muestra la problemática ya señalada: comportamientos (externamente) inocuos o estándar llevados a cabo frente a otro sujeto con conocimiento de su posterior uso delictivo:

*a) Un panadero le vende pan a un sujeto que le dice que empleará dicho producto para envenenar a su esposa<sup>396</sup>.*

*b) Un fabricante de elementos eléctricos suministra sus productos, de buena calidad, a una empresa de la que sabe que los usa para fabricar unos aparatos cosméticos nocivos para la salud y que sólo pueden ser distribuidos por medio de engaño.*

*c) El empleado de una gasolinera llena el depósito de gasolina de un vehículo cuyas ruedas están gastadas, y se ha percatado de aquello pero sin comunicar nada a sus*

---

<sup>393</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pgs. 27-28.

<sup>394</sup> *Ibidem*, Pg. 30.

<sup>395</sup> *Ídem*.

<sup>396</sup> Caso citado por JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 107.

ocupantes. El vehículo continúa su recorrido y quienes iban en el interior fallecen a causa de un accidente, ocasionado por el estado de las llantas<sup>397</sup>.

d) Un estudiante universitario se encuentra en un lugar solitario de su facultad forzando una máquina que vende café. En un determinado momento, pasan cerca de aquél, un grupo de estudiantes con unas bebidas. Aunque estos habían observado lo que el sujeto hacía en la máquina, uno de ellos le entrega -a solicitud de dicho sujeto- una botella con agua. Una vez que el primer sujeto ha bebido, continúa su trabajo con renovadas fuerzas<sup>398</sup>.

e) Un comerciante le vende papel y tinta a un sujeto, pese a que conoce que éste empleará todo ello para una falsedad documental.

f) Un taxista transporta, conociendo lo que va a suceder, a una persona de X a Y para cometer en Y un delito<sup>399</sup>.

g) Un catedrático universitario, en su clase de Derecho penal, explica a sus alumnos las deficiencias de una ley antidrogas, información que es aprovechada por algunos de ellos para realizar un delito de tráfico ilícito de drogas.

h) Un deudor satisface su deuda, aunque conoce que el acreedor quiere utilizar el dinero para perpetrar un delito<sup>400</sup>.

i) Un sujeto se presenta en su banco y solicita de su cuenta una gran cantidad de dinero con la intención de depositarlos en Centroamérica para evadir los impuestos sobre los intereses generados. El empleado de la entidad bancaria, le entrega el dinero<sup>401</sup>.

j) Los magistrados que dirigen un proceso en el que se juzga a los miembros de un grupo terrorista, tienen conocimiento de la amenaza de asesinar a un político si siguen adelante con el proceso. El juicio continúa y un político es asesinado<sup>402</sup>.

k) Un vendedor de utensilios de cocina, le vende un cuchillo a una persona que ha ingresado al puesto de ventas, y que trae arrastrando a un sujeto a quien quiere causarle la muerte.

l) Un sujeto, en medio de una pelea, se dedica a repartir bates de béisbol.

---

<sup>397</sup> Caso citado por JAKOBS. *Derecho Penal - Parte General*. Núm. 24/13. Párrafo 17.

<sup>398</sup> Caso citado por LANDA GOROSTIZA. *La complicidad delictiva en la actividad laboral "cotidiana"*. Pgs. 55-56.

<sup>399</sup> Caso citado por JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 107.

<sup>400</sup> Caso citado por JAKOBS. *Derecho Penal - Parte General*. Núm. 24/13. Párrafo 17.

<sup>401</sup> Caso citado por ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. La imputación objetiva en Derecho penal. Pg. 37.

<sup>402</sup> Caso citado por JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 107.

En estos supuestos, no resulta evidente que los sujetos que intervienen inicialmente deban responder por el resultado. El contexto en el cual se enmarcan la mayor parte de casos de intervención mediante conductas neutrales propuestos por la doctrina al momento de considerar necesario el empleo de la prohibición de regreso, es el de la certeza en la producción del resultado (a manos del segundo actuante), situación que es conocida o cognoscible por un sujeto que le aporta algo dentro de los límites de lo socialmente aceptado (primer actuante).

Por consiguiente, para poder determinar si las conductas de los primeros sujetos (en los supuestos antes mencionados) encajan dentro de los límites de la tipicidad de la conducta de los cómplices en un delito, vamos a emplear todo el material dogmático que hasta aquí he planteado. Sin embargo, pretendo dejar en claro aquí, que cuando me refiero en este trabajo al término *conductas neutrales*, no quiero adelantar ya una calificación respecto de aquellas -de hecho, el peligro es latente- o prejuzgar una correcta solución dogmática respecto a este tipo de comportamientos, queda claro que este concepto resulta fácilmente manipulable, en el sentido que insertada en un contexto inocuo toda acción puede ser aparentemente neutral, y si se le contextualiza en el campo de lo ilícito, la conducta dejará a primera vista -por lo general- de ser inocua. El uso del término conductas neutrales, únicamente tiene fines expositivos.

## **II. LAS CONDUCTAS EXTERNAMENTE NEUTRALES.**

Si los contactos sociales se caracterizan por su complejidad y proliferación, ya sea a nivel vertical o a nivel horizontal (este último es finalmente el que nos interesa en el desarrollo de nuestra tesis), en muchos casos la separación entre una y otra conducta es tan estrecha que los comportamientos se mueven entre los límites de lo socialmente adecuado y la participación en el delito. En este contexto, las conductas neutrales son aquellas que para un observador ajeno al hecho, no poseen una inclinación objetiva hacia la realización de un injusto penal, es decir son conductas lícitas o inocuas, aunque quienes la realizan disponen del conocimiento de la inclinación de otro por el delito. De esta manera, las conductas neutrales se caracterizan por la presencia de dos elementos: a) uno de carácter *objetivo*, que tiene relación con la realización de una conducta adecuada a un estándar social, v. gr., vender panes, prestar un servicio de taxi, pagar una deuda; y, b) un elemento

de corte *subjetivo*, según el cual, el individuo conoce, por el contexto en el que lleva a cabo su conducta, que aquella es idónea para posibilitar un delito, ya sea de manera directa o mediante un tercero. En este último caso, el sujeto que realiza la prestación estándar ha llegado a tomar conocimiento (de cualquier forma) de las intenciones criminales que tiene el segundo actuante<sup>403</sup>. De esta manera, si las conductas neutras pudiesen ser definidas exclusivamente con referencia al aspecto externo no existiría entonces ningún dato que fundamentara su antijuridicidad, dado que como ha quedado apuntado, su configuración externa es ante todo lícita. Sin embargo, lo que les otorga la apariencia de ser un suceso con relevancia penal y que, a la vez, es el aspecto realmente conflictivo de estas constelaciones de casos, radica en que el sujeto (quien ejecuta una conducta neutral) *conoce* que terminará causando un resultado definido como delito en el Código Penal<sup>404</sup>. Por lo tanto, el verdadero núcleo del problema se ubicará en la oposición entre lo *externo* y lo *interno* de la conducta<sup>405</sup>.

En doctrina, por lo general, el problema de las conductas neutras ha estado vinculado especialmente al ámbito de la causación indirecta de un resultado delictivo, esto es, al hecho de que tras la entrega, la prestación, etc., de un bien o un servicio por parte de un sujeto a otro, éste último termina desviándola a la realización de un delito. Por lo general, la aportación que realiza quien actúa en primer término (primer actuante) se presenta -tomando en consideración el *iter criminis*- durante la fase previa al inicio de la tentativa, etapa a partir de la cual tendrá lugar el comportamiento de una persona autorresponsable (segundo actuante). Sin embargo, tal aseveración resulta siendo parcial, porque si atendemos a que lo esencial para que una conducta deje de ser neutral y se convierta en punible, es que el sujeto conozca, a partir de los elementos que ofrece el contexto en el que actúa, que su comportamiento concurre junto a otro en la realización de un delito, se puede predicar la neutralidad de una conducta durante la etapa de realización (ejecución) del hecho punible. Por ejemplo: unos sujetos están robando artefactos

---

<sup>403</sup> En este sentido RANSIEK, Andreas. “Colaboración neutral en organizaciones formales”. Traducción de Iván Meini Méndez. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. N° 4. Grijley. Lima. 2003. Pgs. 337-338. Para este autor, si no se conocen los planes del prestatario, se trata de un acto banal, ambiguo. El préstamo cobra sentido recién cuando se conoce con qué objetivo fueron prestados determinados objetos (por ejemplo, un cuchillo).

<sup>404</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 35. Como lo ha sostenido WINFRIED HASSEMER (Citado por BLANCO CORDERO. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutras y la cooperación en el delito*. Pg. 27.), el núcleo de la problemática de la cooperación mediante acciones neutras se encuentra en el hecho de que la punibilidad se fundamenta en el conocimiento, esto es, en el tipo subjetivo.

<sup>405</sup> ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pgs. 38-39.

eléctricos en una casa y para trasladarlos, uno de ellos toma un servicio de taxi haciéndolo entrar a la cochera de la casa. El delito de robo ya se está ejecutando, sin embargo, para el taxista el contexto ilícito en el cual se desarrolla la acción no le es conocible, por tanto, él no se estará moviendo fuera de un estado de interacción normal (riesgo permitido).

Por lo general, la doctrina no se ha referido sobre la concurrencia de conductas neutrales durante la realización del delito. Empero, como en este trabajo de lo que se trata es de delimitar si existe o no complicidad, esto es, de la actuación de un primer sujeto y la posterior conducta de un segundo sujeto que desvía hacia lo delictivo la actuación previa, dejaremos el análisis de la configuración de la coautoría para un posterior estudio.

Finalmente, como se ha venido afirmando, lo resaltante de los casos englobados bajo la denominación de favorecimiento mediante conductas neutrales, es que son situaciones en las que el interviniente *conoce* -a partir de los datos que le ofrece el contexto en el que tiene lugar su comportamiento- los fines perseguidos por el autor, de manera que existe una perfecta representación de que la aportación, como mínimo, incrementará las posibilidades de comisión del delito<sup>406</sup>. Sin embargo, y como he sostenido líneas atrás, de lo que se trata es de determinar si la contribución que se hace al autor de un delito, y que se denomina como conducta neutral, crea un riesgo jurídico-penalmente relevante, para lesionar o poner en peligro la vigencia de las normas.

## **II.1 Ubicación sistemática en la Teoría del Delito.**

En líneas generales, el eje del problema que se suscita con la calificación del favorecimiento de un delito mediante conductas neutrales como punible o no, se localiza en la oposición entre lo *externo* y lo *interno* de la conducta. Ello ha ocasionado que se ponga en discusión su ubicación sistemática en la Teoría del delito.

Mayoritariamente, la doctrina ha señalado que la solución al problema de las conductas neutrales ha de encontrarse en la tipicidad. Hasta aquí se podría decir que las opiniones son consensuadas. Sin embargo, la discusión se origina al momento de determinar si la ubicación correcta se halla en el campo de la tipicidad subjetiva -esto es, del sujeto- o que el tratamiento correcto de este grupo de casos se ha de realizar en el tipo objetivo. Respecto a las posturas que recurren al lado subjetivo, si bien acuden a criterios

---

<sup>406</sup> *Ibidem*, Pg. 40.

objetivos como la existencia de un riesgo típicamente desaprobado, no obstante el eje de la solución lo encuentran en datos subjetivos como el dolo, la convicción, la finalidad, la seguridad sobre la comisión del hecho futuro, entre otros.

Al interior de estas posturas, cabe resaltar lo que ha propuesto ROXIN cuando sostiene que el dolo eventual se puede erigir como el factor limitador de lo que constituye o no, en el plano de la participación criminal, jurídico-penalmente relevante. Para ROXIN y el sector doctrinal que apoya el tratamiento de las conductas neutrales en el plano subjetivo, la imputación a título de partícipe presupone un *incremento del riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico*<sup>407</sup>, además que tal crecimiento del riesgo se ha de producir de forma jurídicamente desaprobada. Pero, y aquí yace lo relevante de esta concepción, la desaprobación de tal conducta dependerá de si el primer sujeto actuó con dolo directo o con dolo eventual, respecto de la intención delictiva del autor. En el caso de existir *dolo directo*, dice ROXIN, tendrá lugar la imputación si la conducta manifiesta una *referencia de sentido delictiva*, es decir, que la aportación del favorecedor, eliminada la acción del autor, no tenga otro sentido más que el delictivo, *v. gr.*, la venta de productos a quien se sabe de manera segura que con ellos cometerá un delito, es imputable a título de participación porque “para el comprador la adquisición tiene un sentido exclusivamente delictivo”<sup>408</sup>. En sentido contrario, “en la entrega de material a un fabricante sobre el que se sabe seguro que con su uso cometerá un delito contra el medio ambiente, o cuando se da empleo a alguien del que se sabe que no declara su salario en el impuesto correspondiente, no existe participación en el correspondiente delito ecológico o en la defraudación de impuestos, porque tanto la entrega del material como el salario siguen teniendo sentido en sí mismos si se prescinde del delito”<sup>409</sup>.

Distintas son las consecuencias a las que llega ROXIN cuando estamos ante la presencia de un *dolo eventual*, esto es, cuando el sujeto no conoce el fin delictivo pero se lo plantea como posible. Ello ocurrirá, por ejemplo, en el supuesto en el cual se vende un destornillador a una persona aparentemente sospechosa, con la representación por parte del vendedor de que servirá para cometer un robo. En supuestos como éste, se debe excluir la imputación con base en el *principio de confianza*, pues al no existir razones que lo desvirtúen siempre debe presumirse que el segundo sujeto se comportará conforme a

---

<sup>407</sup> ROXIN, Claus. “¿Qué es la complicidad?”. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. En: *La teoría del delito en la discusión actual*. Grijley. Lima. 2007. Pg. 537.

<sup>408</sup> ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 59.

<sup>409</sup> *Ídem*.

Derecho. Si en algún momento tal conducta favorece al segundo sujeto, la acción del primer sujeto no habrá superado el riesgo permitido derivada del principio de confianza. Empero, se desbordará el límite a la confianza, cuando nos hallamos ante una “inclinación reconocible hacia el hecho”<sup>410</sup>.

Como ya comenté al momento de analizar la propuesta de ROXIN acerca de la prohibición de regreso, es claro aquí, que a pesar de la pretensión de una solución subjetiva del problema, este autor recurre a correctivos de naturaleza objetiva como el de *referencia de sentido delictiva o inclinación reconocible hacia el hecho*. Asimismo, se le puede criticar -tan igual como a las demás concepciones subjetivas- que metodológicamente el análisis en el tipo va de lo objetivo a lo subjetivo, y no en sentido inverso como ocurre con estas posturas. Además, tomar partido por lo subjetivo como factor delimitador, posibilita que se atente contra la prohibición de punir el ámbito interno de los sujetos, desconociendo que en un Estado de Derecho se reconoce (a favor de los ciudadanos) que el Derecho penal es de hecho no de intención; y que, por lo tanto, no se puede hacer depender la calificación objetiva de una conducta de si ésta se ejecuta con dolo o no. La intención o el deseo no pueden castigarse, en tanto no se traduzcan en una configuración externa objetivamente desaprobada por sí misma. Lo contrario conduce a tomar posición, peligrosamente, por un “Derecho penal de la voluntad”<sup>411</sup>. Por último, esta solución que propone diferenciar la participación atendiendo a si nos hallamos ante un supuesto de dolo directo (en el que el primer actuante termina siendo responsable) o dolo eventual (que hace impune la intervención del primer actuante), no advierte la regulación que del dolo se hace en los Códigos Penales y, quiebra la unidad en las consecuencias entre las formas de imputación dolosa: o hay dolo o no lo hay y el resultado debe ser el mismo tanto si es eventual como si es directo.

En conclusión, la solución al problema que plantean los casos de conductas neutrales, no debe regirse ni por el significado otorgado por el propio sujeto (el primer

---

<sup>410</sup> *Ibidem*, Pg. 60.

<sup>411</sup> ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 65; MARTÍNEZ ESCAMILLA. *La imputación objetiva del resultado*. Pg. 74; quien señala que “Si entendemos que la razón de la prohibición de un comportamiento no puede ser la actitud de desobediencia del individuo hacia la norma, actitud que dicho comportamiento encierra, pues ello sería difícilmente compatible con el principio liberal del mayor respeto posible al fuero interno, con los principios de intervención mínima y estricta protección de bienes jurídicos y con una concepción Derecho penal (sic.) como un Derecho penal de hecho y no de autor, y, partiendo de que la función inmediata de nuestra disciplina radica en la evitación preventiva del menoscabo de bienes jurídicos, abocamos en la conclusión de que el objeto de la prohibición penal es, por supuesto, el actuar externo y la razón de dicha prohibición la amenaza que el comportamiento supone para los bienes jurídicos cuya protección constituye el fin del Derecho penal”.

actuante) ni por el significado que intersubjetivamente creemos que el sujeto otorgó a sus actos, sino, esencialmente, por aquello que desde el punto de vista social (intersubjetivo) es significativo por sí mismo. Y significativas por sí mismas sólo son las exteriorizaciones normativamente desvaloradas<sup>412</sup>.

A partir de ello, siendo consecuente con lo que he venido planteando a lo largo del presente trabajo (que el proceso de imputación de la responsabilidad jurídico-penal a un sujeto, así como la formulación de los límites de la intervención en el delito están netamente en función de aspectos valorativos) y en correlación con una visión funcionalista del delito (en la que el ser humano es tomado como persona y la sociedad no se entiende más como agrupación de individuos sino como una construcción normativa), sostengo que la base de la responsabilidad penal no va a descansar en el plano subjetivo sino en el objetivo<sup>413</sup>, esto es, en la responsabilidad en virtud de competencia, y donde el elemento más representativo del proceso de normativización del tipo penal: la imputación objetiva, va a determinar aquello que ha de ser imputado a una persona como su acción. Ello obedece, a que en doctrina se ha reconocido permanentemente que en orden de prelación, el lado subjetivo de las conductas es posterior a la determinación del lado objetivo, dicho de manera distinta, el objeto del dolo y de la imprudencia descansa en el ámbito objetivo de toda conducta. Ahora bien, en este contexto, el eje fundamental sobre el cual va a girar la solución del problema que se plantea con las conductas neutrales, no está necesariamente en los conocimientos de los que disponga el sujeto sino en *la libertad general de actuación*<sup>414</sup>, es decir, en la formulación de los límites de la libertad de organización. De ahí que el problema de las conductas neutrales se haya centrado en la determinación del *límite mínimo* de la participación punible en un delito.

### **III. PROPUESTAS DOCTRINALES ACERCA DE LAS CONDUCTAS EXTERNAMENTE NEUTRALES Y LA COMPLIPLICIDAD DELICTIVA.**

---

<sup>412</sup> ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 66.

<sup>413</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 57; AMBOS. “La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales”. Pg. 199.

<sup>414</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Pg. 72.

La ambigüedad que traen consigo las denominadas conductas neutrales en su determinación como delictivas o no, ha sido analizada en reiteradas oportunidades, destacando entre los numerosos puntos de vista ofrecidos dos grandes corrientes: una subjetiva y otra de tinte objetivo. Como quiera que estas ya fueran expuestas al analizar el desarrollo de la prohibición de regreso -criterio vinculado con la delimitación de la participación criminal- en las líneas siguientes, solamente me limitaré a repasar los argumentos más importantes de estas propuestas.

### **III.1 Límites de carácter subjetivo.**

En los intentos de delimitar una complicidad punible de aquello que se define como conductas neutrales, existe un grupo de autores que sitúan el juicio de valoración en el plano subjetivo del actuante al momento de prestar su aportación<sup>415</sup>. Esta línea de razonamiento, tendría asidero si lo vinculamos con la exigencia de dolo en la conducta del cómplice (primario o secundario) exigida en el artículo 25° del Código Penal peruano, pues de acuerdo con los defensores de esta argumentación, calificar a las conductas neutrales como complicidad, depende de la conexión psíquica que se dé entre los intervinientes.

El defensor más destacado de esta postura es ROXIN cuyo planteamiento al respecto ya fue expuesto anteriormente. En un primer momento, este autor al analizar si es punible la intervención en el delito a través de una conducta neutral propone un criterio de connotación subjetiva: *el favorecimiento de una reconocible propensión al hecho*, de acuerdo con el cual, se ha de tener en cuenta que “una primera acción no puede ser interpretada por sí misma como intolerablemente peligrosa, sino sólo a partir del contexto reconocible de las intenciones del potencial autor doloso”<sup>416</sup>. Esta propensión al hecho tiene que ser de tal magnitud para que el primer actuante se inhiba de llevar adelante acciones que puedan conducir a la configuración de un hecho delictivo.

---

<sup>415</sup> De esta manera, AMBOS. “La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales”. Pgs. 202-204; RUEDA MARTÍN, M<sup>a</sup> Ángeles. “Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso”. En: *Revista Penal*. N° 9. La Ley. 2002. España. Pgs. 127-128; WEIGEND, Thomas. “Los límites de la complicidad punible”. Traducción de Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro y Nicole Mutschke. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Universidad Nacional de Educación a Distancia. 2<sup>a</sup> época. N° 10. Madrid. 2002. Pgs. 201-202; CARO JOHN, José. “La impunidad de las conductas neutrales a la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho penal”. En: *Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Ara editores. Lima. 2006. Pgs. 341-346.

<sup>416</sup> ROXIN. “Observaciones sobre la prohibición de regreso”. Pg. 174.

Sin embargo, las reflexiones de ROXIN acerca de la punibilidad de las conductas neutrales lo llevaron a sostener, en un momento posterior, una propuesta de una carga mucho más subjetiva que la anterior. Así, sostiene que las conductas pueden dejar de lado su carácter neutral cuando “al incluirse conscientemente en un contexto delictivo pierden su carácter cotidiano”<sup>417</sup>. Luego, hay que diferenciar si el cómplice actúa con dolo directo o con dolo eventual en relación con el hecho delictivo. Solamente si el sujeto se apoya en el riesgo de aparición del delito (probabilidad), entonces su conducta debe de quedar impune pues se puede apoyar en el principio de confianza<sup>418</sup>, en tanto que una *reconocible inclinación al hecho* del otro no debilita esa suposición<sup>419</sup>. Dicho principio tiene como consecuencia práctica que, quien se comporta adecuadamente, no deba contar con que su conducta pueda producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro, aunque desde un punto de vista psicológico fuera previsible dada la habitualidad de ese tipo de conductas<sup>420</sup>.

Por el contrario, si la contribución al delito por parte del sujeto resulta del conocimiento seguro de los planes delictivos del autor, dicha conducta habrá excedido los límites de la libertad jurídicamente garantizada (se hallará fuera del riesgo permitido). Existirá entre la conducta del primer y segundo actuante una *relación delictiva de sentido*<sup>421</sup>. Ello se puede graficar con un ejemplo: si el ferretero que le vende a un sujeto un hacha sabe (porque el comprador se lo dijo o recibió informaciones de terceros) que aquél usará el instrumento para matar a su esposa; de acuerdo con la concepción roxiniana terminará respondiendo penalmente como partícipe de esa muerte.

No obstante, estos intentos de delimitar en el ámbito subjetivo lo que constituye o no complicidad en el delito, ha sido objeto de numerosas críticas. Por un lado, se puede sostener que la diferenciación entre un actuar con dolo directo o con dolo eventual no tiene ninguna incidencia, porque el Código Penal peruano no hace ningún tipo de distinción ni vincula consecuencias diferentes a las distintas formas de dolo; en tanto la sistematización de las posibles posiciones internas de los autores en relación con su hecho constituye,

---

<sup>417</sup> ROXIN, Claus. “Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión”. Traducción de María Teresa Castiñeira Palou. En: AAVV. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*. Civitas. Madrid. 2000. Pg. 177.

<sup>418</sup> Cfr., WEIGEND. “Los límites de la complicidad punible”. Pg. 201; AMBOS. “La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales”. Pg. 203.

<sup>419</sup> ROXIN. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II*. Pg. 241 § 26 n° 3.

<sup>420</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ. “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas”. Pg. 291.

<sup>421</sup> ROXIN. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II*. Pg. 224 § 26 n° 3.

como es sabido, uno de los más discutidos y difíciles problemas teóricos de la parte general<sup>422</sup>.

En la misma línea de lo anteriormente expresado, determinar la relevancia jurídico-penal de una conducta a partir de criterios subjetivos parece no ser de recibo, pues ello nos llevaría a las insostenibles consecuencias de un *Derecho Penal de la intención*<sup>423</sup> al tener que aceptar el castigo de un cómplice dependiendo de si actúa con dolo y negarla si solamente percibía el riesgo de su realización. Luego, la configuración del injusto sobre el dolo como elemento central y esencial deja en manos del intérprete un instrumento punitivo excesivamente al albur de la arbitrariedad del operador jurídico. Las posibilidades de que el *ius puniendi* se degrade a instrumento de control moral e ideológico alcanzan cotas insostenibles para un derecho penal propio del Estado social y democrático de Derecho<sup>424</sup>. Como acertadamente lo ha puesto de relieve CANCIO MELIÁ: “en el Derecho penal de un Estado de libertades no se trata del control de los aspectos internos, con inclusión de los motivos, sino del control de lo externo”<sup>425</sup>.

### III.2 Límites de carácter objetivo.

Esta línea de argumentación es la que tiene mayor acogida en la doctrina. De acuerdo con ella, lo que se busca es determinar los límites de la complicidad delictiva prescindiendo de cualquier elemento de naturaleza subjetiva y, atendiendo exclusivamente a datos objetivos. Sin embargo, como son varios puntos de vista los que se engloban bajo la línea de argumentación objetiva, todos ellos han ofrecido una gran variedad de criterios sin embargo ninguno de ellos logra captar todo el problema. Además, a estas posturas se les critica el emplear elementos muy generales o de escasa aplicación práctica.

En general, la idea común que se mantiene entre todas estas propuestas es aquella según la cual, la conducta del contribuyente debe servir para aumentar el riesgo de

---

<sup>422</sup> WEIGEND. “Los límites de la complicidad punible”. Pg. 201.

<sup>423</sup> WEIGEND. “Los límites de la complicidad punible”. Pg. 202; LANDA GOROSTIZA. *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”*. Pg. 10; WOHLERS, Wolfgang. “Complicidad mediante acciones «neutrales» ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?”. Traducción de José Caro John. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. N° 4. Grijley. Lima. 2003. Pg. 427.

<sup>424</sup> LANDA GOROSTIZA. *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”*. Pg. 226.

<sup>425</sup> CANCIO MELIÁ. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Pg. 94.

producción del hecho delictivo. Empero, lo que no está claro aun es cuáles son las condiciones que nos permitan determinar tal crecimiento.

Uno de los principales exponentes de esta concepción es JAKOBS, para quien el sentido social de la acción sólo tiene lugar en la acción típica en cuanto expresión de sentido del portador de un rol, como contradicción de la norma en cuestión<sup>426</sup>. La base de la solución que propone este autor, se encuentra en la definición de la sociedad y de los sujetos. Por un lado, la sociedad debe ser entendida como un sistema en cuyo interior se producen procesos de comunicación (ello implica que nos hayamos ante un concepto muy distinto al del entorno social, generalmente regido por leyes naturales). En dicho marco, *el delito será comprendido como afirmación que contradice la norma y la pena entendida como respuesta que confirma la norma*, de manera tal que, entre delito y pena, existirá una relación racional y no se le podrá concebir más -irracionalmente- como un mal necesario<sup>427</sup>. A partir de ello, resulta relevante la definición del sujeto -cuyo comportamiento ha de pasar el filtro de la imputación objetiva antes de que se subjetivice la imputación<sup>428</sup>- como *persona*. Por consiguiente, sólo si el sujeto se define de modo normativo a través del rol social que desempeña, podrá sostenerse que es el destinatario de expectativas sociales, y que por tanto, va a desarrollar comportamientos que se interpretarán de modo objetivo-general<sup>429</sup>.

De acuerdo con JAKOBS, la responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol, al cual define como “sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables”<sup>430</sup>. La identificación de roles en concreto, esto es, en un supuesto de hecho determinado, hace posible saber qué comportamiento se mantuvo en el marco del respeto por la norma y cuál

---

<sup>426</sup> Cfr., SUÁREZ GONZÁLEZ - CANCIO MELIÁ. “La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva”. Pgs. 59-60.

<sup>427</sup> Cfr., JAKOBS. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Pgs. 17-18.

<sup>428</sup> Cfr., SUÁREZ GONZÁLEZ - CANCIO MELIÁ. “La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva”. Pg. 67.

<sup>429</sup> *Ídem*.

<sup>430</sup> JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 97. Para este autor, el rol puede ser de dos clases: *especial* y *común*. El primero, lo tiene una persona, en tanto debe configurar con otra un mundo en común; por ejemplo: los padres frente a los hijos. El titular de este tipo de rol, al quebrantarlo responde a título de autor, ya que está obligado de manera directa frente a la víctima. Mientras que, sólo habrá responsabilidad a título de participación, cuando quien se halla obligado por el deber específico carece de un elemento especial de autoría. Por su parte, el *rol común*, es el que obliga a comportarse como una persona en Derecho: respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios. Este rol tiene dos contenidos: *positivo* y *negativo*. El primero, consiste en constituir a la persona en cuanto persona en Derecho. Mientras que el segundo, conlleva el deber de no lesionar a otros.

defraudó las expectativas generadas por ella. El criterio del rol es entonces, el instrumento teórico para establecer los límites del juicio de imputación en el caso de referencia<sup>431</sup>. De tal manera que, quien realiza algo estereotipado socialmente como adecuado no responde ante el Derecho, y ello con independencia de lo que piense y conozca; mientras que quien se adecua a un plan delictivo está ofreciendo una razón para que el acto ejecutivo le sea imputable<sup>432</sup>.

A esta propuesta de JAKOBS que gira en torno a la idea del rol -el mismo que tiene una configuración normativa-, se le crítica su parcial utilidad, pues el sentido de un comportamiento no depende exclusivamente de su propia configuración, sino también de las circunstancias en el que éste se enmarca, pues un contexto marcadamente delictivo tiene repercusión sobre un comportamiento que de por sí se encuentra como adecuado por la sociedad<sup>433</sup>. Incluso el mismo JAKOBS acepta ello, cuando sostiene que el presupuesto indispensable para que la conducta de una persona -en el entramado de contactos sociales actuales- se pueda distanciar frente a un contexto delictivo, es que necesariamente exista un entorno en el que todos desempeñen su papel y dejen a los demás el suyo, pues *si el entorno es caótico, desaparecen tales expectativas*<sup>434</sup>. De esta manera, el rol social (dato sociológico) nos puede ayudar a interpretar el sentido objetivo de una conducta, pero en absoluto opera -exclusivamente- como un filtro objetivo (o condiciona las reglas de imputación)<sup>435</sup>. Por lo tanto, lo que le consigna sentido social a una conducta no depende exclusivamente de la expectativa abstracta surgida del cumplimiento del rol, sino que debe tomarse en cuenta el ambiente concreto de la acción<sup>436</sup>.

#### **IV. LA RELEVANCIA PENAL DE LAS CONDUCTAS NEUTRALES Y LA PARTICIPACIÓN A TÍTULO DE COMPLICIDAD.**

---

<sup>431</sup> MONTEALEGRE LYNETT - PERDOMO TORRES. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Pg. 20.

Acerca del papel que desempeña el rol, PIÑA ROCHEFORT. *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Pg. 347; ha manifestado que “*la función del rol no sólo se refiere a la individualización de los destinatarios de expectativas sociales sino que, por el contrario, se trata de una estructura que delimita los contornos de toda imputación*”.

<sup>432</sup> Cfr., JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 163.

<sup>433</sup> Cfr., RUEDA MARTÍN. “Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso”. Pg. 126.

<sup>434</sup> Cfr., JAKOBS. “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. Pg. 174.

<sup>435</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ. *Límites de la participación criminal*. Pg. 63.

<sup>436</sup> Cfr., WOHLERS. “Complicidad mediante acciones «neutrales» ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?”. Pg. 436.

#### **IV.1 Propuesta de solución a los casos de complicidad mediante conductas externamente neutrales.**

El artículo 25° del Código Penal peruano establece que:

*“El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.*

*A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena”<sup>437</sup>.*

De acuerdo con este precepto, toda contribución dolosa al hecho punible de un tercero será castigada como complicidad, aunque haciendo la salvedad, tal como distingue nuestro ordenamiento jurídico penal, de si se trata de una complicidad primaria o esencial para el desarrollo del hecho punible, o si por el contrario, se trata de una contribución secundaria o no esencial para el mismo<sup>438</sup>. Sin embargo, no se debe obviar que la punibilidad de la complicidad recién se configurará cuando el autor comience a desarrollar los actos ejecutivos.

Ahora bien, para poder distinguir las dos formas de complicidad que recoge el artículo 25° es necesario recurrir al *iter criminis* o etapas de desarrollo del hecho punible doloso. En doctrina se sostiene que llevar a cabo un delito tiene cinco etapas: (i) el proceso de ideación o planeamiento; (ii) los actos preparatorios; (iii) la ejecución; (iv) la consumación; y (v) la etapa de agotamiento. De estas etapas sólo son punibles las de ejecución y consumación<sup>439</sup>.

En el caso del cómplice primario tiene que prestar su aporte durante la etapa de preparación del hecho (iii), pues si interviene durante la ejecución sería coautor. Por ejemplo: si un sujeto entrega, antes de la ejecución del delito, la clave que abre la caja

---

<sup>437</sup> En nuestra legislación penal ni se admite la complicidad culposa, ni se sanciona la tentativa de complicidad.

<sup>438</sup> Vid., BACIGALUPO. *Principios de derecho penal*. Pg. 388; quien sostiene que “La única distinción que corresponde hacer entre los cómplices es la relativa a su aportación al hecho principal y al momento de la participación, que son presupuestos para determinar la pena aplicable”. También, CASTILLO ALVA, José Luis. “La complicidad como forma de participación criminal”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Año V. N° 9. Grafica Horizonte. Lima. Pgs. 680-681; para quien esta distinción que se mantiene en la regulación legal de la complicidad en el Código Penal peruano, obedece exclusivamente a razones de tradición legislativa. Opinando que lo más acertado sería: suprimir esta distinción, tratar a la complicidad de forma unitaria, y conducir la valoración del aporte de los cooperadores a constituir uno más de los criterios de individualización de la pena (regulado en el artículo 46° de nuestro ordenamiento jurídico penal).

<sup>439</sup> BACIGALUPO. *Principios de derecho penal*. Pg. 335.

fuerte en donde se guarda todo el dinero del negocio de su padre para que otros ejecuten el asalto, actuará como cómplice primario. Mientras que, si el sujeto concurre con los otros a la ejecución del hecho y abre la caja aprovechando que conoce el código de ella, será coautor. Por su parte, el cómplice secundario, al consistir su conducta en un mero auxilio - como lo señala el Código Penal peruano- puede actuar tanto en la etapa de preparación (ii) como en la etapa de ejecución (iii)<sup>440</sup>.

Hecha estas precisiones, es necesario determinar si lo prescrito en el artículo 25° comprende las acciones que aparecen como neutrales y cotidianas, y cuyo carácter delictivo no se manifiesta claramente. El punto central al que pretendo arribar, es determinar bajo qué circunstancias -formuladas a través de criterios generales y no a partir de casos concretos- se puede señalar que una concreta conducta puede tener el sentido de colaborar con un tercero para la producción de un hecho delictivo. Es decir, se trata de averiguar si un sujeto ha recortado su conducta teniendo en cuenta la posterior continuación delictiva por parte del autor<sup>441</sup>. En definitiva, estamos ante la pregunta por los límites de toda complicidad delictiva.

Siguiendo a lo postulado por THOMAS WEIGEND<sup>442</sup>, puedo empezar por sostener que los supuestos que se engloban bajo la denominación de conductas neutrales, no representan más que una visión naturalista o prejurídica del tema. La venta de cuchillos o panes, el dictado de una clase de Derecho penal o la acción de alcanzarle bebidas a alguien, no tienen un sentido delictivo por sí mismas, siempre que nos las representemos en supuestos carentes de peligro (contextos no caóticos). Como en su momento sostuvo ROXIN, de ninguna conducta se puede predicar su carácter no delictivo de forma general y absoluta. Bajo determinadas condiciones incluso dormir pacíficamente en la propia cama puede fundamentar la punibilidad como, por ejemplo, sería el caso del garante que en tal momento debe cumplir con su deber de proteger determinados bienes jurídicos en peligro<sup>443</sup>. Lo que torna discutible el calificar la conducta del primer sujeto como complicidad, radica en el distanciamiento existente entre su conducta y la del segundo actuante. Para poder solucionar tal problemática, voy a aplicar todo lo ya desarrollado

---

<sup>440</sup> Cfr. CASTILLO ALVA. "La complicidad como forma de participación criminal". Pg. 680; BACIGALUPO. *Principios de derecho penal*. Pg. 388.

<sup>441</sup> Cfr., ROBLES PLANAS. *Garantes y cómplices*. Pg. 27.

<sup>442</sup> WEIGEND. "Los límites de la complicidad punible". Pgs. 206 y ss.

<sup>443</sup> *Ibidem*, Pg. 207.

hasta el momento y, posteriormente, engarzarlo con las bases fundamentales por las cuales se legitima el castigo de la participación delictiva.

Por regla general, se sostiene que como cómplice responde aquél que realiza dolosamente una acción para favorecer el hecho antijurídico de un tercero, en tanto que su acción favorezca efectivamente la ejecución o la tentativa de realización del hecho principal. A partir de esta idea general, podemos señalar que lo injusto de la complicidad presenta un componente de acción y uno de resultado. El primero alude a la norma de conducta sobre la que se erige el artículo 25° del Código Penal peruano: *¡No favorezcas la comisión de delitos por parte de terceros!* A ella, se le ha de añadir el elemento del resultado, de acuerdo con el cual, la actuación del cómplice por un lado, contribuye a la realización del hecho principal y, por otro, muestra que aquél ha dispuesto de una razón para reclamar el hecho también como suyo. Entonces, la complicidad se configura cuando un sujeto dispone libremente de una contribución (prestación o servicio), la misma que efectivamente conlleva a que el hecho principal se realice. Así, por ejemplo, habrá complicidad cuando un ladrón A abrió una caja fuerte, con una clave de acceso que le ha proporcionado previamente un sujeto B, facilitándole así el acceso al botín; en cambio, no habrá complicidad cuando, en el mismo supuesto, el ladrón A tuvo la clave brindada por B, pero no la usó porque decidió forzar la caja fuerte.

Con independencia de nuestra posición acerca de la poco clara separación que se hace de la complicidad en el artículo 25° del Código Penal peruano<sup>444</sup>, debemos tomar en consideración que la complicidad primaria -aquella que es castigada con la misma pena que el autor- implica que la contribución debe de ser de tal magnitud que sin ella el hecho punible no hubiese podido realizarse; mientras que la complicidad secundaria supone una contribución que posee mucho menos trascendencia en el delito que la anterior. Si partimos por considerar, que estas dos formas de complicidad se pueden configurar durante los actos preparatorios (sin embargo, sólo la secundaria puede presentarse también en el transcurso de los actos ejecutivos) como momento del *iter criminis*, es factible que las conductas neutrales de favorecimiento a un delito puedan encajar dentro de alguno de estos tipos de complicidad, pues, como he sostenido al inicio de este capítulo, dichos casos se

---

<sup>444</sup> Acerca de las posturas que intentan solución el “entuerto” que implica esta diferenciación entre complicidad primaria y secundaria, vid., CASTILLO ALVA. “La complicidad como forma de participación criminal”. Pgs. 698-708.

caracterizan por ser actos que se presentan durante fases inmediatamente próximas al comienzo de los actos ejecutivos<sup>445</sup> o incluso, en plena realización del mismo.

Sin embargo, a partir de los casos de conductas neutrales propuestos en doctrina, se ha de tomar en consideración que la conducta del primer sujeto (se lleve a cabo antes o durante la ejecución del hecho típico, según lo hemos planteado en el párrafo precedente) es ciertamente *necesaria* para la realización del delito a cargo de otro<sup>446</sup>. De esta manera, un comportamiento que es calificado como neutro podría devenir esencialmente en una *complicidad primaria* o en *coautoría*, según el momento en que tenga lugar la contribución.

Por consiguiente, tomando en consideración lo esencial del aporte para la realización del delito, si éste interviene (conociendo que lo hace) durante la ejecución de un hecho delictivo con una prestación o contribución de una importante magnitud para aquél, su responsabilidad será como coautor<sup>447</sup>. Si dicho aporte (a sabiendas) se da durante los actos preparatorios, se configurará una complicidad primaria.

De esta manera, es necesario recalcar que, en ambos casos, el sujeto debe de saber, a partir del contexto en el que actúa, que se está interviniendo en un acto vulnerador de la norma penal, es decir, aquél debe de actuar dolosamente<sup>448</sup>. Por tal razón, es necesario analizar el papel de los conocimientos individuales a la hora de determinar si una conducta -la del posible cómplice- es relevante jurídico-penalmente.

---

<sup>445</sup> Cfr., LANDA GOROSTIZA. *La complicidad delictiva en la actividad laboral "cotidiana"*. Pg. 223.

<sup>446</sup> En relación con este punto, WEIGEND. "Los límites de la complicidad punible". Pg. 210.

<sup>447</sup> Como hemos dejado establecido, aquellos supuestos de conductas sobre las que se predica su normalidad social o neutralidad y que pueden configurarse como coautoría, no serán analizadas en la presente tesis.

<sup>448</sup> Desde nuestro punto de vista, el dolo implica el "*conocimiento de los elementos del tipo objetivo*, es decir, *de los elementos que caracterizan la acción como generadora de un peligro jurídicamente desaprobado que afecta de manera concreta un determinado objeto protegido*". Cfr. BACIGALUPO. *Principios de derecho penal*. Pg. 225. (Con cursivas en el original).

Si bien es cierto, el artículo 25° del Código Penal peruano reconoce a la complicidad dolosa como única forma de colaboración punible (al margen de la inducción), es decir que la complicidad imprudente no es sancionada por el legislador penal; no obstante, pienso que a pesar de la regulación legal, desde el punto de vista dogmático sí es configurable la complicidad imprudente, en tanto, como ha expresado ROBLES PLANAS, Ricardo. "Participación en el delito e imprudencia". En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. N° 1. Grijley. Lima. 2000. Pg. 333; al tomar a la prohibición de regreso (como se ha hecho también en la presente tesis) como criterio de imputación objetiva y criterio a partir del cual, se ha de decidir la relevancia jurídico-penal de los actos externamente neutrales, este instituto dogmático va a regir con independencia de si el interviniente ha obrado de forma dolosa o imprudente, de manera que bien puede tener lugar la participación imprudente en un delito doloso, así como la participación dolosa o imprudente en un delito imprudente, siempre que pueda afirmarse que el partícipe ha co-configurado el hecho típico.

## IV.2 Los conocimientos individuales.

Como se ha precisado anteriormente, la determinación acerca de si las conductas neutrales caben o no dentro del límite mínimo de la complicidad punible se presenta como dificultosa o difusa, pues estos actos se verifican en fase de realización del delito o antes del inicio de la ejecución típica. Sin embargo, la segunda dificultad que presentan estos grupos de casos, radica en el dato del *conocimiento* del eventual cómplice acerca de las intenciones delictivas del posterior autor del hecho delictivo. En los últimos tiempos, el tema de los conocimientos individuales y su relevancia en el análisis objetivo de las conductas, ha sido discutido a nivel doctrinal con una gran intensidad sin que hasta ahora se pueda postular una solución con aceptación mayoritaria. Ésta controversia se ha centrado básicamente entre los defensores de una Teoría de la imputación objetiva frente a los ataques provenientes de distintos sectores del finalismo. Como acertadamente lo ha puesto de manifiesto MIR PUIG, la indagación sobre el papel de lo subjetivo y lo objetivo en la teoría del delito, se ha presentado como el debate doctrinal más importante del siglo XX<sup>449</sup>.

Los conocimientos individuales pueden ser clasificados en dos grupos: por un lado, los *especiales*, en tanto se han adquirido producto de la intensa relación -ya sea educativa o profesional- de un individuo con una determinada materia, por ejemplo aquellos que todo estudiante de ingeniería posee acerca de la construcción de edificaciones. Por otra parte, los *comunes*, que son aquellos que todo ciudadano llega a conocer a causa de los procesos de interacción personal o del entorno en el cual lleva a cabo sus comportamientos.

En este apartado, lo que pretendemos es decidir qué hacer con los conocimientos de los que dispone un sujeto en un determinado contexto, y mediante los cuales está en la posibilidad de prever un daño. Se plantea, por ejemplo, si en el siguiente caso se puede responsabilizar penalmente al estudiante de biología que trabaja como camarero durante sus vacaciones y que reconoce en la exótica ensalada que tiene que servir, pedazos de una planta venenosa, debiéndose tal descubrimiento a que poco tiempo antes había escrito un trabajo precisamente sobre dicha planta. Sin titubear, el camarero sirve la ensalada y el comensal fallece.

---

<sup>449</sup> MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Ariel. Barcelona. 1994. Pg. 181.

Desde el punto de vista de los defensores de una idea subjetivista, se sostiene que los conocimientos son la primera clave de comprensión del problema de las conductas neutrales y que pueden, en primer lugar, ayudar a explicar los términos de la discusión y, en segundo lugar, a estructurar las vías de solución<sup>450</sup>. Sin embargo, desde la perspectiva que venimos defendiendo en este trabajo, esta postura de impronta finalista no resulta siendo adecuada ni eficaz para poder trazar la frontera que separe todo aquello que es una conducta impune de lo que se constituye como complicidad punible.

Por otro lado, tampoco podemos compartir lo postulado por JAKOBS cuando pretende negar todo tipo de relevancia a los conocimientos individuales, de manera tal que no sería relevante, en principio, que el presunto favorecedor un delito tome conocimiento de la resolución delictiva del autor principal. Como lo señala el mismo autor, “los conocimientos especiales constituyen algo que no hay obligación de adquirir o mantener; se trata de pura subjetividad, y nada más”<sup>451</sup>. Esto significa, que un conocimiento sin deber de conocer sería un elemento ajurídico del delito, al estar definido de manera totalmente psicológica<sup>452</sup>.

Para JAKOBS, el tema de los conocimientos especiales es un problema que afecta a la parte subjetiva del hecho, y por lo tanto, se trata de una dificultad en la que deberá ceder el hecho psíquico ante la exigencia normativa<sup>453</sup>. En los supuestos de conocimientos especiales, se trata de un sujeto que piensa en algo que no le compete<sup>454</sup> o que no le corresponde en el contexto actual en el que se desenvuelve. Como afirma el mismo autor, lo relevante es determinar si el sujeto, al margen de sus conocimientos, era o no competente por los hechos, es decir, que lo prioritario es la situación normativa, esto es, el círculo de obligaciones de aquél en el supuesto de hecho concreto. ¿Quién castiga al repartidor de periódicos por un artículo que supone traición, quién al técnico del aparato reproductor por el contenido pornográfico de la película, quién al cartero por las injurias en una postal? Aunque los últimos en cada caso: el repartidor de periódicos, el técnico, el

---

<sup>450</sup> Cfr., LANDA GOROSTIZA. *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”*. Pg. 225.

<sup>451</sup> JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 138.

<sup>452</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ - CANCIO MELIÁ. “La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva”. Pg. 138; PIÑA ROCHEFORT. *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Pg. 436; quien manifiesta que “en una sociedad de libertades no se puede castigar a alguien por saber aquello que no tiene por qué saber. Sólo en la medida en que el conocimiento se ajuste con el rol, es decir, si dentro de la expectativas (sic.) que lo integran se incluye la de «deber saber algo» se puede fundamentar que se deba utilizar ese conocimiento para evitar un determinado resultado”.

<sup>453</sup> JAKOBS. “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”. Pg. 34.

<sup>454</sup> *Ídem*.

cartero, sepan de qué se trata, por haberse ocupado del contenido de las obras a comunicar, estas consecuencias directas de sus respectivos comportamientos no les atañen en nada; pues este conocimiento puede ser, en todo caso, un conocimiento casual, y, por ello, sólo se obtendrían éxitos casuales si se vincularan deberes a estos conocimientos; mientras que un recurso al penúltimo o al anterior sujeto: al editor del periódico, a quien explota el cine, a quien ha escrito la postal, resuelve el problema desde la raíz<sup>455</sup>.

Para graficar su idea, JAKOBS emplea el siguiente ejemplo: el trabajador de una empresa química tiene el cometido de verter el contenido de un tanque a un río cuando se den ciertas condiciones exactamente definidas. Concurren esas condiciones, pero el trabajador sabe con base en una conversación entre dos ingenieros que escuchó de modo casual, que en el tanque se hallan residuos cuyo vertido se encuentra prohibido como delito de contaminación de aguas. Si el trabajador lleva a cabo, a pesar de ello, el vertido del contenido del tanque, no es él quien comete un delito de contaminación de aguas, sino los ingenieros a quienes les incumbe la calidad del líquido. Puesto que sólo los ingenieros están en condiciones de llevar a cabo una reducción del peligro competente, más que meramente casual, sólo ellos son los afectados, en consecuencia, por el correspondiente deber<sup>456</sup>.

Sin embargo, y como lo entendió el mismo JAKOBS, se presenta el problema de si ¿debe toda persona conjutar permanentemente todos los conocimientos de todos los roles que desempeña con el fin de proteger bienes jurídicos, o le está permitido ignorar en el marco de *un rol lo que conoce en otro*?<sup>457</sup>. Sostiene el profesor alemán, que para quienes respondan afirmativamente esta pregunta, estaría completamente fuera de cualquier duda una sanción al estudiante de biología que actúa como camarero y sabe que lo que lleva en el plato es una planta venenosa. Éste respondería por un delito doloso. Pero para JAKOBS esta solución no es correcta, en tanto, de acuerdo a su posición, en la interacción entre camarero y cliente, al primero únicamente le corresponde un conocimiento derivado de su rol de camarero y no el de estudiante de biología. Ello no implica que no se le pueda sancionar por un delito relacionado con los deberes de solidaridad.

---

<sup>455</sup> JAKOBS. “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. Pg. 169.

<sup>456</sup> *Ibidem*, Pg. 170.

<sup>457</sup> JAKOBS. “Representación del autor e imputación objetiva”. Traducción de Carlos J. Suárez González. En: *Estudios de Derecho penal*. Civitas. Madrid. 1997. Este artículo, cuyo título en alemán es “*Tättervorstellung und objektive Zurechnung*”, fue publicado en el Libro Homenaje en Memoria a Armin Kauffman, en 1989.

Otro interesante ejemplo en el que se puede graficar, el papel que el rol desempeña al momento de determinar la validez de los conocimientos especiales, lo propone JAKOBS de la siguiente manera: un ingeniero que quiere adquirir un coche usado y en la conducción de prueba se percata, dados sus especiales conocimientos técnicos, que los frenos del vehículo pronto van a dejar de funcionar, comete homicidio si él, en un ulterior viaje, lesiona a un peatón, no, sin embargo, si devuelve (actuar) el automóvil a su propietario sin indicación alguna al respecto y éste a causa del defecto sufre un accidente. El rol de un conductor de vehículos es distinto al de un potencial comprador y ello tanto en lo que concierne a la organización activa (acelerar, devolver) como a la omisiva (no frenar; no impedir que el propietario que desconoce el hecho recoja, él mismo, el automóvil)<sup>458</sup>.

Como lo señala JAKOBS, en casos así resulta evidente cómo en la práctica uno podría eludir la responsabilidad: evitando saber algo acerca del daño que amenaza con producirse. Cuando un peón albañil participa, de manera no dolosa, en la construcción de un edificio mal diseñado estáticamente, o un tabernero piensa tan poco en las consecuencias del consumo desmesurado de su alegre parroquiano, será difícil constatar la trasgresión de un riesgo no permitido o la existencia de algún tipo de “infracción de cuidado”. Se trata de un deber contradictorio: si se sabe lo que ocurre hay plena responsabilidad, pero nada obliga a darse por enterado de la situación amenazante o a no olvidar, de inmediato, lo que se ha llegado a conocer<sup>459</sup>.

Sin embargo, no estamos de acuerdo con una argumentación que descansa en argumentos netamente subjetivos ni objetivos. Es por ello que sin desconocer la relevancia de la determinación objetiva de una conducta, ni su tratamiento como filtro previo al análisis subjetivo de una conducta, debemos de reconocer cierta relevancia a los conocimientos de los individuos; en tanto se trata de datos que nos pueden posibilitar una descripción intersubjetiva del contexto en que debe llevarse a cabo el juicio de peligrosidad del tipo de complicidad. Como ha manifestado LANDA GOROSTIZA: “el comportamiento humano es una unidad objetivo-subjetiva o interno-externa de forma que para captar su sentido debe atenderse también a datos «subjetivos» no porque sirvan para fundamentar un reproche en línea con concepciones finalistas, sino como elementos que describen la realidad objeto de valoración”<sup>460</sup>.

---

<sup>458</sup> *Ibidem*, Pg. 238.

<sup>459</sup> *Ibidem*, Pg. 236.

<sup>460</sup> LANDA GOROSTIZA. *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”*. Pg. 229.

Al hacer referencia a cuál es la importancia que tienen los conocimientos de los sujetos en el análisis de la relevancia jurídica o no de las conductas neutrales, se tiene que tomar en consideración que aquella pregunta tiene su origen en la crítica y el rechazo que, en su momento, la escuela finalista del Derecho penal formuló en contra de la Teoría de la imputación objetiva, señalando que ésta implica “una normativización encubierta del Derecho penal que abriría la vía a la inseguridad jurídica”<sup>461</sup>.

Frente al reproche planteado por los finalistas, ha salido al frente WOLFGANG FRISCH sosteniendo que los conceptos de poder final sobre el hecho, dominio del hecho y lo previsible (que son conceptos que se encuentran orientados hacia lo ontológico) son incluso mucho más dudosos y objeto de innumerables controversias<sup>462</sup>. No obstante ello, la propuesta de los críticos de la imputación objetiva va más allá, pues ellos sostienen que sólo cabe emitir el juicio sobre la creación de un peligro desaprobado *después* de considerar el tipo subjetivo<sup>463</sup>.

En síntesis, para los finalistas el juicio sobre la creación de un peligro objetivamente desaprobado es absolutamente imposible de llevar a cabo solamente sobre bases puramente objetivas<sup>464</sup>, en tanto no se debe de renunciar a tomar en consideración también el estado de información, los conocimientos del autor, entre otros datos subjetivos. Esta idea se puede graficar con el siguiente ejemplo: un sujeto A renta un automóvil a un sujeto B, durante el uso del vehículo A se percata de que el auto tiene muchas averías y podría causar un accidente de no ser subsanadas, sin embargo devuelve el auto a B sin hacerle notar las falencias que se presentan. B renta posteriormente el mismo carro a C quien producto de los desperfectos de aquel sufre un accidente y pierde la vida. En este ejemplo, surge la pregunta de si A, quien tomó conocimiento de los desajustes del automóvil, ha de responder por la muerte de B. Como lo propusieron los finalistas, en este caso la respuesta a la pregunta de si en la entrega (del vehículo) existió o no una creación del peligro desaprobado depende de los conocimientos que tuviera el que la realiza. Así, de

---

<sup>461</sup> FRISCH, Wolfgang. “La imputación objetiva: estado de la cuestión”. En: AAVV. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*. Civitas. Madrid. 2000. Pg. 40.

<sup>462</sup> *Ibidem*, Pgs. 54-55.

<sup>463</sup> Cfr., FRISCH. *Tipo penal e imputación objetiva*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Yesid Reyes Alvarado [Para el segundo capítulo]. Pg. 78.

<sup>464</sup> Al hacer referencia al *tipo objetivo* debemos tomar en consideración que se hace referencia a conjunto de las circunstancias de hecho del tipo que están fuera de la psique del autor.

acuerdo con uno de los principales miembros de la escuela finalista como ARMIN KAUFMANN “no puede llegarse a una solución sin considerar lo subjetivo”<sup>465</sup>.

Ahora bien, tradicionalmente se sostiene que lo subjetivo tiene que ver con el aspecto interno del sujeto (el campo del dolo y la culpa) que actúa, mientras que lo objetivo analiza el lado externo o el aspecto fenomenológico. En opinión de FRISCH, a la cual nos suscribimos, en el análisis de la creación de un peligro desaprobado<sup>466</sup> o infracción de la libertad, no tiene lugar un esquema de análisis que distinga de manera estricta y hermética, desde un plano naturalista u ontológico, entre circunstancias objetivas y subjetivas<sup>467</sup>. De esta manera, la objeción dirigida por el finalismo en contra de la teoría de la imputación objetiva acerca de la imposibilidad exclusiva de un juicio objetivo, afecta solamente a un esquema que distinga de forma tajante lo subjetivo de lo objetivo, pues la determinación del injusto típico no descansa sobre dicho esquema.

Respecto a la toma en consideración de los conocimientos de los intervinientes en el análisis de la existencia de una creación del peligro desaprobada, FRISCH destaca la corrección parcial de esta idea, en tanto “se puede esperar (y se espera de manera racional) que aquel que conoce elementos de peligro que los demás desconocen (es decir, normalmente), los considere en la orientación de su conducta. Si no lo hace se extralimita en su libertad”. Predica la falsedad parcial de aquella, mientras se sostenga que al aceptarla nos encontremos ya en el campo de lo subjetivo (doloso). Para FRISCH no solamente son importantes los conocimientos que disponga el autor en el momento del hecho, pues también interesan los datos que anteriormente haya adquirido y que debería emplear durante su actuación<sup>468</sup>. Por otro lado, sostiene que es un error basar el juicio de imputación en los conocimientos subjetivos y no en los datos objetivos que se tengan. De ahí que sostenga, la imposibilidad de un juicio *puramente* objetivo de la creación del peligro desaprobado, en tanto los conocimientos y experiencias del autor deben enmarcarse en un juicio con parámetros objetivos y fundamentado en circunstancias objetivas<sup>469</sup>. Sobre la base de ello, es que FRISCH postula la toma en consideración de una creación *personal*

---

<sup>465</sup> Cfr., FRISCH. “La imputación objetiva: estado de la cuestión”. Pg. 42.

<sup>466</sup> Para FRISCH la desaprobación jurídica (en especial la creación de un riesgo desaprobado jurídico-penalmente) se denomina *extralimitación en la libertad tolerable*.

<sup>467</sup> Así, FRISCH. “La imputación objetiva: estado de la cuestión”. Pg. 57; LANDA GOROSTIZA. *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”*. Pg. 229.

<sup>468</sup> Cfr., FRISCH. *Tipo penal e imputación objetiva*. Pg. 83.

<sup>469</sup> Cfr., FRISCH. “La imputación objetiva: estado de la cuestión”. Pg. 57.

de un riesgo desaprobado<sup>470</sup>, en tanto los conocimientos que dispone el autor son circunstancias personales distintas a la parte subjetiva del hecho del correspondiente delito. “Sólo una cosa es correcta: el autor actúa en conocimiento de factores que fundamentan o insinúan el riesgo típicamente relevante, crea normalmente un riesgo que también desde el punto de vista persona (sic.) se halla desaprobado. Con todo, eso nada tiene que ver con la presencia del dolo del hecho. Se relaciona más bien -muy sencillamente- con que, de aquel que incluso conoce las circunstancias constitutivas de riesgo, o bien cuya posible presencia ha comprendido a través de puntos de referencia concretos<sup>471</sup>, puede ser exigida sin ningún problema la omisión de actuación arriesgada, de manera que parece como justificado calificar el comportamiento contrario (también bajo aspectos personales) como creación desaprobada de riesgo”.

De esta manera, lo que hay que tomar en consideración al momento de hacer un análisis de la importancia de los conocimientos especiales para determinar la responsabilidad jurídico-penal de una persona, es que en el injusto se ha de considerar una *medida objetiva*, en tanto, las normas de comportamiento representan modelos de conducta para los ciudadanos, en cuanto éstos puedan orientarse de acuerdo a ellas<sup>472</sup>. De ahí que, siguiendo a MIR PUIG, *objetividad* significa “intersubjetividad”<sup>473</sup>. Ello no significa que la parte subjetiva del hecho no desempeñe papel alguno, pero, en todo caso, cuando desempeña alguno, lo hace para la parte objetiva<sup>474</sup>; de la misma forma que pueden ser incluidos en la valoración objetiva otros datos provenientes del contexto en el que se produce el suceso delictivo. Como convenientemente lo ha expresado CANCIO MELIÁ:

---

<sup>470</sup> Cfr., FRISCH. *Tipo penal e imputación objetiva*. Pg. 83. Para este autor el establecimiento de una visión *personal* de la creación de un riesgo desaprobado, implica que no solamente ha de tenerse como exigencia -a efectos de establecer la tipicidad de una conducta- la exigencia de la creación de un peligro típicamente relevante, sino también la existencia de circunstancias personales.

<sup>471</sup> En la propuesta de FRISCH, estos puntos de referencia concretos sobre el riesgo de producción de un resultado típico, constituyen indicadores de que tras la producción de una acción se producirá un suceso con tendencia lesiva.

En relación con el rol que desempeña una persona, cabe esperar la aprehensión de esos puntos de referencia y con ello de la omisión de la acción.

<sup>472</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ - CANCIO MELIÁ. “La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva”. Pg. 66.

<sup>473</sup> MIR PUIG. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Pg. 184.

<sup>474</sup> Cfr., JAKOBS. “La intervención delictiva”. Pgs. 85-86.

Vid., también RANSIEK. “Colaboración neutral en organizaciones formales”. Pg. 341; cuando postula que “si el colaborador sabe con seguridad que el delito será cometido, la situación objetiva es inevitablemente distinta que cuando se trata de puras presunciones. Este conocimiento tiene que derivarse de circunstancias externas. En algunos casos se puede reconocer con relativa seguridad a partir de las circunstancias a qué servirá el acto de colaboración. En otros casos quien colabora puede haber obtenido conocimientos especiales de los cuales se puede concluir que el delito será cometido, como por ejemplo cuando dicha información proviene de un tercero o del propio autor”.

“un dato subjetivo como el conocimiento de determinado hecho puede incluirse en el tipo objetivo sin que se destruyan las barreras entre tipo objetivo y subjetivo: pues la valoración en la que es introducida ese dato es distinta de la que procede realizar en el tipo subjetivo. Lo que importa para este análisis es el significado “intersubjetivo” de la conducta. Y este puede variar en función de los datos conocidos por el sujeto actuante”<sup>475</sup>.

### **IV.3 Solución final.**

Tomando en consideración, que el objetivo de esta tesis es determinar en qué circunstancias el favorecimiento de un delito mediante una conducta neutral puede ser calificado como complicidad, es preciso considerar las siguientes pautas. En primer lugar, debemos averiguar si un sujeto (que concurre con otros en un mismo hecho) tiene o no competencia por la producción de un resultado delictivo. Para ello, es necesario examinar no sólo si el sujeto se desempeñó dentro de lo socialmente permitido (cumplió o no su rol), sino también tomar en consideración el contexto que tuvo lugar durante su actuación así como los conocimientos de los que dispuso en dicho momento.

En una segunda fase de análisis, debemos centrar nuestra atención en el aspecto del *efectivo favorecimiento* para la realización del hecho delictivo, debido a que cuanto más se pretenda no incriminar las contribuciones inocuas o neutrales, mayor medida de favorecimiento o eficiencia se podrá exigir a la contribución para castigarla<sup>476</sup>.

Como hemos sostenido en el texto, una vez que se ha determinado la competencia de unos sujetos respecto un hecho delictivo, en un posterior momento se ha de establecer la calificación de ellos como autores o partícipes. De esta manera, la distinción entre quienes han intervenido como autores y quienes como cómplices, no debe significar que se busca una diferenciación en el nivel cualitativo (pues todos responden por un mismo hecho), sino que se ha de hacer desde el plano cuantitativo. Ahora bien, lo mismo se puede apreciar entre aquellos comportamientos neutrales y aquellos que buscan directa o intencionadamente favorecer un hecho delictivo. En estos casos, se debe plantear una diferenciación desde el punto de vista cuantitativo. Para ello, se tomará en consideración el dato según el cual: la contribución de todo cómplice debe poseer una adecuada capacidad

---

<sup>475</sup> CANCIO MELIÁ. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Pg. 95.

<sup>476</sup> WEIGEND. “Los límites de la complicidad punible”. Pg. 211.

de rendimiento para alcanzar la realización del hecho criminal, es decir, lo que se requiere es que ofrezca un efectivo favorecimiento para que se pueda realizar el hecho delictivo<sup>477</sup>.

Hechas estas precisiones, veamos a continuación la aplicación de estas pautas en los grupos de casos que se han presentado al iniciar el presente capítulo:

i) No existe complicidad cuando nos encontramos ante una comunidad limitada, en la que nadie tiene que ser obligado a ampliar su prestación a favor de otro. En estos casos, si bien el primer actuante propicia la oportunidad para realizar un delito, no aumenta el riesgo de que tal se produzca pues el autor ya estaba resuelto a llevar a cabo el mismo<sup>478</sup>. Ello se presenta en supuestos de *satisfacción de necesidades* vitales como la venta, entrega o prestación de un elemento fácilmente adquirible en el mercado. El sujeto sólo actualiza la situación normal de riesgo (riesgo permitido) caracterizada por la sencilla obtención de los objetos corrientes. En los ejemplos presentados al inicio del capítulo, esta exención se presenta en: **a, b, c, d, e, f**.

ii) Tampoco habrá complicidad en aquellos casos en los que una persona es obligada por otra, de modo unilateral, a establecer una comunidad, tomando arbitrariamente como punto de partida de su conducta un comportamiento del primero. Son supuestos que concluyen en el mero cumplimiento de determinadas obligaciones que no necesariamente son penales. En los ejemplos presentados al inicio del capítulo, esta exención se presenta en: **g, h, i, j**.

Esta consideración se encuentra plasmada en la sentencia de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, consignada como **R. N. N° 2270-2004. LA LIBERTAD**, de fecha dieciséis de septiembre de dos mil cuatro, en la que se expresa que:

**CONSIDERANDO: Primero:** Que, conforme aparece de la denuncia formalizada del Fiscal Provincial de fojas sesenta y uno y del auto de apertura de instrucción de fojas sesenta y tres, se imputa al encausado Vilchez Pella que, en su condición de jefe de Banca Personal I del Banco de Crédito en Trujillo, facilitó el curso y destino de varias operaciones -cuatro en total- realizadas por el encausado Inafuku Higa, Presidente en ese entonces del Consejo Transitorio de Administración Regional de La Libertad, con dinero del Consejo Regional de La Libertad, el cual tendría origen delictivo y sustenta, conjuntamente con otros hechos, el cargo por delito de enriquecimiento ilícito. **Segundo.**

---

<sup>477</sup> En relación con este punto, WEIGEND. “Los límites de la complicidad punible”. Pg. 210.

<sup>478</sup> *Ibidem*, Pg. 212.

Que el tipo de participación requiere que el sujeto, objetivamente, realice un aporte cocausal -psíquico, o por medio de consejos, y/o material, mediante la ejecución de los hechos concretos-, según las reglas de la imputación objetiva, respecto del hecho del auto principal, y que lo haga en la etapa de preparación o, según el caso, en la etapa de ejecución del delito; y subjetivamente, que su actuación sea dolosa, esto es, que conozca que presta aporte a la realización de un hecho punible; 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, como explica Günther Jakobs, uno de los casos en que a pesar de la actuación conjunta del participante con el autor decae la responsabilidad del primero se da cuando "...nadie responde por las consecuencias del cumplimiento puntual de una obligación" (Derecho Penal-Parte General, marcial Pons, Segunda Edición, Madrid, 1977, páginas ochocientos cuarenta y dos – ochocientos cuarenta y cinco). **Tercero:** Que en el caso de autos, las cuatro operaciones cuestionadas, en lo que respecta a la intervención del encausado Vílchez Pella, se relaciona con las prácticas bancarias que están en el ámbito de actuación del citado procesado y que no importaron, en sí mismas, vulneración de la legislación bancaria ni una realización de los actos fuera de lo cotidiano de atención a un cliente de un banco; que las funciones que realizó el citado imputado no están fuera de las que le correspondían, según la comunicación de fojas doscientos cuarenta y uno; 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 sí mismas, no pueden considerarse como actos idóneos de facilitación o apoyo para la comisión del delito de enriquecimiento ilícito; que esa conducta -la propiamente delictiva realizada por el autor en función al plan criminal adoptado- en todo caso es exclusiva de quien entregó el cheque al funcionario Bancario y quien dispuso su depósito a una determinada cuenta personal del banco del que era funcionario el encausado Vílchez Pella. **Cuarto:** Que, siendo así, la conducta que se imputa al indicado procesado, tal como parece descrita en la denuncia formalizada y en el auto de apertura de instrucción, no se encuentra comprendida en el tipo penal de complicidad del delito de enriquecimiento ilícito; que precisamente el artículo cinco del Código de Procedimientos Penales, al incluir la excepción de naturaleza de acción, hace

viable su amparo, en uno de sus supuestos, cuando el hecho denunciado no constituye delito, esto es, no es típicamente antijurídico, el cual precisamente es aplicable cuando, como en el presente caso, la conducta que se describe importa la realización de obligaciones funcionales ajenas a conciertos previos con el autor para materializar el delito cometido (...).

En estos dos primeros grupos de casos es accesible una prohibición de regreso, en tanto se favorece el delito sin que existan datos objetivos en la situación concreta para dudar de que un tercero haya decidido ejecutar un hecho delictivo<sup>479</sup>. Por el contrario si existirá complicidad:

iii) Cuando el sentido de la conducta depende de que el otro la prosiga de forma delictiva, pues entonces esta prosecución no es una consecuencia arbitrariamente impuesta por un sujeto diferente, sino el contenido que uno mismo ha elegido para el comportamiento. Esta situación se presentará, cuando para la ejecución de un delito se precisa disponer *inmediatamente* del objeto en cuestión<sup>480</sup>. El primer sujeto, no se aviene a realizar una prestación con carácter neutral, sino que específicamente configura su prestación de tal modo que encaje dentro de un contexto delictivo de comportamiento. Por regla general, esto es palmario cuando se interviene en *momentos previos* al inicio del estadio ejecutivo. En los ejemplos presentados al inicio del capítulo, esta exención se presenta en: *k* y *l*.

---

<sup>479</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ. *Límites de la participación criminal*. Pg. 61.

El fundamento de la impunidad de estas conductas (agrupados en a) y b)), podemos hallarlo ya en la filosofía del Derecho, en particular en la obra de HEGEL que ha servido de fundamento en gran parte de este trabajo. Así, HEGEL. *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*. Pg. 186 §118; ha señalado que “*la acción, en tanto que trasladada en la existencia empírica externa, la cual se desarrolla según todos los aspectos, tiene múltiples consecuencias. Las consecuencias, en cuanto figura, la cual tiene como alma la finalidad de la acción, son lo suyo (lo perteneciente a la acción), pero al mismo tiempo ella, en cuanto finalidad puesta en la exterioridad, es abandonada a las fuerzas externas, las cuales la vinculan a algo completamente diferente, en cuanto ella es para sí, y la implican en consecuencias lejanas y extrañas. Es, asimismo, el derecho de la voluntad atribuirse sólo las primeras, porque sólo ellas se encuentran en su propósito*”.

Vid., también RANSIEK. “Colaboración neutral en organizaciones formales”. Pg. 347; quien sostiene que todos los tipos penales tienen un elemento en común, que él denomina *infracción del deber*, y que se excluye cuando: “*para el colaborador no es suficientemente seguro que se comete un hecho principal doloso y antijurídico*” o “*cuando la comisión del hecho principal es objetivamente segura, pero a través del acto de colaboración sólo se cubren necesidades vitales básicas del autor, el círculo de posibles acciones no se amplía, o el acto de colaboración no sólo puede ser utilizado, sino que es utilizado necesariamente por el autor del delito al mismo tiempo con fines no delictivos*”.

<sup>480</sup> WEIGEND. “Los límites de la complicidad punible”. Pg. 213.

En estos grupos de casos, lo que determina el sentido de un comportamiento no sólo depende de la configuración del comportamiento, sino también del *contexto* en el que éste se enmarca. De manera especial, puede que un contexto marcadamente delictivo repercuta en un comportamiento que de por sí está estereotipado como adecuado en la sociedad<sup>481</sup>. Ello, en tanto como lo afirma el mismo JAKOBS, “el mundo social está configurado de modo normativo, sobre la base de competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su *contexto*”<sup>482</sup>. Por ejemplo, en el caso de la venta del cuchillo a una persona A que trae arrastrando a un sujeto B a quien quiere causarle la muerte. En este supuesto, la venta pierde su cotidianeidad, puesto que tanto por parte del comprador como del vendedor se le da al acto de venta un sentido delictivo. Aquí, el sentido del negocio es posibilitar la inmediata comisión del delito (el acto del vendedor se encuentra espacio-temporalmente cerca del inicio de los actos ejecutivos), y no el respeto de la libertad general de contratar o de disponer de los bienes<sup>483</sup>. Cuestión distinta es que ante daños ingentes todos tengamos un deber atenuado -claramente no equiparable a la comisión- de prestar auxilio, consistente en este caso en negarse a realizar la aportación que *per se* es inocua (los denominados *deberes de solidaridad*<sup>484</sup>).

Por lo tanto, es el contexto delictivo el que no permite ya considerar ajeno el delito y que hace, entonces, aparecer el comportamiento externamente neutral como parte de una obra delictiva común<sup>485</sup>. De esta manera, si nos encontramos en un contexto de cercanía del colaborador al hecho, habría que decidir que, cuanto más cerca se encuentra del hecho, es más claro a qué servirá su contribución. Por ejemplo: quien en medio de una pelea se

---

<sup>481</sup> JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 164.

<sup>482</sup> *Ibidem*, Pg. 11.

<sup>483</sup> RANSIEK. “Colaboración neutral en organizaciones formales”. Pg. 342.

<sup>484</sup> Estos deberes de solidaridad, obedecen a un sistema de mandatos que se orientan al desarrollo del principio de solidaridad entre ámbitos de organización autónomos. Su objeto, consiste en fomentar sobre los destinatarios de estos mandatos, que desarrollen conductas tendientes a salvaguardar intereses adscritos a esferas de organización ajenas que en un contexto determinado, se encuentran amenazadas por un peligro cuya fuente puede hallarse en la naturaleza o en el comportamiento organizador de otros sujetos. Cfr., BALDÓ LAVILLA. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Pgs. 57 y ss; JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 160, este autor ha afirmado que estos deberes que incumben a todos, existen y subsisten con independencia del comportamiento actual. Dicho de otro modo, cuando el rol de ciudadano impone de manera excepcional deberes de auxilio, éstos mantienen su plena vigencia aunque de por sí concurriese la prohibición de regreso. Vid, FEIJÓO SÁNCHEZ. *Límites de la participación criminal*. Pg. 75; quien manifiesta que “Desde un punto de vista del fundamento de los deberes infringidos, la tipicidad de la conducta en estos supuestos en los que están en peligro bienes jurídicos muy importantes no estaría más bien en lo que el sujeto emprende, sino en no tener un grado mínimo de solidaridad para modificar una actuación en beneficio de la víctima ya que se sabe o se tienen indicios de que alguien está dispuesto a realizar un delito”.

<sup>485</sup> LANDA GOROSTIZA. *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”*. Pgs. 223-224.

dedica a repartir bates de béisbol está realizando una conducta que sólo se puede entender como participación en unas lesiones. Sin embargo, quien en una situación normal alcanza un bate a su compañero de equipo no participa en unas lesiones aunque posteriormente este golpee a un contrario con el mismo. Cuanto más objetivada y cercana esté la realización del tipo, más difícil le será al que la favorece distanciarse jurídico-penalmente de la ejecución del hecho típico principal<sup>486</sup>.

Estas consideraciones, no se encuentran todas presentes en la Sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, signada como **R. N. N° 4166-99. LIMA**, del siete de marzo del año dos mil, en la que se señala lo siguiente:

**VISTOS;** con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo; y **CONSIDERANDO:** **que**, conforme fluye de autos, se imputa al encausado, Luis Alberto Villalobos Chumpitaz, ser coautor del delito de robo agravado, en agravio de Sixto Rogato Basilio Minaya, Víctor Eduardo Santolalla Villanueva Meyer y José Manuel Ignacio Chávez, hecho que habría perpetrado el catorce de febrero de mil novecientos noventinueve, en horas de la madrugada, en compañía de otros sujetos no identificados, siendo su rol, el de conducir el vehículo automotor a bordo del cual desplazaron las especies sustraídas del domicilio de los citados agraviados, hasta ser interceptados por efectivos policiales, quienes procedieron a la captura del referido encausado, mas no así de sus acompañantes, quienes lograron darse a la fuga; **que**, ha quedado establecido a través de las pruebas aportadas al proceso, que Villalobos Chumpitaz, el día de los hechos, se encontraba por inmediaciones del domicilio de los agraviados, ubicado en la manzana Q guión uno, lote once Villa Chorrillo, realizando su labor habitual de taxista, siendo requeridos sus servicios por un individuo que lo condujo hasta el inmueble en mención; al llegar al lugar recibió la indicación de hacer ingresar el vehículo hasta la cochera del mismo, lugar donde esperaban otros sujetos, en número de cinco aproximadamente, quienes introdujeron diversas especies al vehículo, luego de lo cual, le indicaron que iniciara la marcha, siendo intervenidos, durante el trayecto por la autoridad policial; **que**, conforme ha quedado sentado en su manifestación policial obrante a fojas once con presencia del señor Fiscal Provincial, en su instructiva de fojas treinticinco continuada a fojas setentitrés y durante el interrogatorio llevado a cabo durante el juicio oral, recaído en el acta de audiencia de fojas doscientos seis, el encausado Villalobos Chumpitaz afirmó haberse percatado de las intenciones

---

<sup>486</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ. *Límites de la participación criminal*. Pg. 73.

delictivas de los sujetos que tomaron sus servicios, en el instante que lo hicieron ingresar a la cochera del inmueble, situación ante la cual, refirió, no haber podido hacer nada dado que ya se encontraba dentro; **que**, siendo estos los hechos que han quedado establecidos como presupuesto fáctico en la causa que nos ocupa, corresponde calificar la participación de Villalobos Chumpitaz a efectos de determinar si es posible imputarle o no el delito materia de autos; **que**, el punto inicial del análisis de las conductas a fin de establecer si devienen en penalmente relevantes, es la determinación del rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción; así el concepto de rol está referido a “un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables” de modo que el quebrantamiento de los límites que nos impone dicho rol es aquello que objetivamente se imputa a su portador; **que**, una vez establecido esto, cabe afirmar, que 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; **que**, como hemos sostenido, ha quedado acreditado en autos que Villalobos Chumpitaz, se limitó a desempeñar su rol de taxista, el cual, podríamos calificar de inocuo, ya que no es equivalente per se, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado; **que**, de otro lado, se ha establecido en autos que el citado encausado, en un momento determinado del desarrollo de la acción, tuvo pleno conocimiento de la ilicitud de los hechos desplegados por sus contratantes, lo cual tampoco es sustento suficiente para dar lugar a alguna forma de ampliación del tipo, de modo que la responsabilidad penal por el delito perpetrado pueda alcanzarle, ya que el sólo conocimiento, no puede fundar la antijuridicidad de su conducta; **que**, dicho esto, concluimos afirmando que, si bien el encausado, intervino en los hechos materia de autos, su actuación se limitó a desempeñar el rol de taxista, de modo, que aún cuando el comportamiento de los demás sujetos, fue quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable en virtud a la prohibición de regreso, lo que determina que su conducta no pueda ser calificada como penalmente relevante, situándonos, en consecuencia ante un supuesto de atipicidad (...).

Como podrá verse, la decisión de la Sala contradice algunos aspectos que figuran a lo largo de este trabajo. Para demostrarlo procederemos a analizar los fundamentos jurídicos de esta sentencia.

En primer lugar se sostiene que: *el punto inicial del análisis de las conductas a fin de establecer si devienen en penalmente relevantes, es la determinación del rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción.*

Como he señalado en la tesis, para poder determinar la responsabilidad jurídico-penal de los intervinientes en un suceso penal, se procede a una valoración en dos etapas. La primera (la que importa en esta parte) supone tomar en consideración que tras la concurrencia de un hecho delictivo, se deberá determinar si la conducta ha sobrepasado el riesgo general permitido o marco de libertad jurídico-penalmente garantizado; y por ende, se ha tornado en relevante a efectos penales. Para lograr tal determinación, el rol por sí solo no es un criterio suficiente<sup>487</sup>, por consiguiente hay que recurrir también al análisis del entorno en el cual tiene lugar el comportamiento. Así lo ha manifestado JAKOBS, al afirmar que la teoría de la imputación objetiva se funda “sobre la base de competencias, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto”<sup>488</sup>.

Esta línea de argumentación parece ser la que también declara la Sala.

Luego se afirma que: *una vez establecido esto, cabe afirmar, que 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.*

También aquí es correcta la sentencia. En este trabajo hemos sostenido la impunidad de: a) aquellas conductas en las que una persona es obligada por otra a establecer una comunidad, tomando arbitrariamente como punto de partida de su conducta un comportamiento de la primera (los casos de satisfacción de necesidades vitales); y b) aquellas conductas que concluyen con el mero cumplimiento de determinadas obligaciones no necesariamente penales. Como JAKOBS ha precisado: “No todo es asunto de todos”.

La sentencia declara que el procesado: *se limitó a desempeñar su rol de taxista, el cual, podríamos calificar de inocuo, ya que no es equivalente per se, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado.*

---

<sup>487</sup> Como FEIJÓO SÁNCHEZ. *Limites de la participación criminal*. Pg. 63; lo ha manifestado: “*el rol social nos puede ayudar a interpretar el sentido objetivo de una conducta, pero en absoluto opera de manera exclusiva como un filtro objetivo o nos va a permitir condicionar las reglas de imputación*”.

<sup>488</sup> JAKOBS. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Pg. 11.

Ello también es cierto, pues quien se mantiene dentro del ámbito de organización jurídicamente reconocido por el Estado (cumple su rol), y no se irroga un ámbito de organización ajena (no actúa fuera de los límites del rol), se enmarca dentro de lo permitido por el Derecho.

Asimismo, declara la Sala que: *se ha establecido en autos que el citado encausado, en un momento determinado del desarrollo de la acción, tuvo pleno conocimiento de la ilicitud de los hechos desplegados por sus contratantes, lo cual tampoco es sustento suficiente para dar lugar a alguna forma de ampliación del tipo, de modo que la responsabilidad penal por el delito perpetrado pueda alcanzarle, ya que el solo conocimiento, no puede fundar la antijuridicidad de su conducta.*

Si bien los fundamentos anteriores se encuentran en la misma línea que defendemos en la tesis, no obstante, con lo declarado en este extremo, sí que caben ciertas contradicciones.

Habíamos dejado establecido que la imputación objetiva tiene como ejes: el establecimiento de competencias y el contexto en el cual se desarrolla el hecho. Respecto de este segundo criterio, JAKOBS ha declarado que el presupuesto indispensable para que la conducta de una persona (en el entramado de contactos sociales) se pueda distanciar frente a un contexto delictivo, es que necesariamente exista un entorno en el que todos desempeñen su papel y dejen a los demás el suyo, pues *si el entorno es caótico, desaparecen tales expectativas*<sup>489</sup>.

Si partimos considerando que la imputación objetiva en la concepción de JAKOBS (por la que me inclino en esta tesis), establece criterios generales (contrarios a soluciones *ad hoc*) a partir de los cuales se ha de determinar lo relevante o no de una conducta a efectos penales; entonces, sucede con el taxista lo mismo que con el vendedor de cuchillos que accede a vender uno de estos a un sujeto que entra a su establecimiento sujetando por el cuello a otro y gritando que lo quiere matar. Aquél no puede defenderse argumentando que cumplía su rol de vendedor, debido a que el *contexto* en el que se produce la venta no es uno de interacción normal (riesgo permitido).

---

<sup>489</sup> Cfr., JAKOBS. “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. Pg. 174. (Las cursivas son nuestras). También, vid., GARCÍA CAVERO. “La prohibición de regreso en el Derecho penal”. Pgs. 70-71; quien señala que “*una conducta neutral (...) deja de serlo si se entra en un contexto marcadamente delictivo*” y pone el siguiente ejemplo “*Subirse a un taxi con un revolver escondido en la ropa para asaltar un banco no expresa socialmente aún un sentido delictivo, lo cual cambia cuando se suben varias personas con fusiles y pasamontañas*”.

En el caso del taxista, éste no puede sostener que tras percatarse de las intenciones delictivas de los sujetos que tomaron sus servicios, en el instante que lo hicieron ingresar a la cochera del inmueble, y comenzaron a introducir diversas especies al vehículo (como él mismo lo manifiesta según se declara en la sentencia), se mantenía actuando de acuerdo con su rol. También aquí el contexto es caótico y por tanto el conductor, por ejemplo, debió abstenerse de seguir realizando el servicio o dar, de alguna manera, inmediato aviso a la autoridad policial. Empero si tuvo tal intención, ella no se materializó pues la intervención policial realizada durante el trayecto del taxi, impidió conocer qué comportamiento era el que el taxista iba a desplegar en aras de denunciar el delito.

Por otro lado, la Sala manifiesta que si bien el taxista tuvo pleno conocimiento de la ilicitud de los hechos desplegados por sus contratantes, ello no es suficiente para imputarle también el hecho delictivo, pues el sólo conocimiento, no puede fundar la antijuridicidad (¡!) de su conducta. Respecto de este considerando, es necesario hacer una precisión dogmática a la sentencia. El conocimiento o desconocimiento de un hecho (imputación subjetiva) junto a la calificación de la conducta como relevante jurídico-penalmente (imputación objetiva), tienen como resultado la calificación de una conducta como típica. El análisis de si una conducta es antijurídica o no, según la teoría del delito, es un examen posterior a la determinación de la tipicidad de la conducta.

Ahora bien, creo que la Sala se equivoca nuevamente cuando prescinde de la consideración de determinados datos que el sujeto, en un supuesto concreto, conoce<sup>490</sup>. Esta apreciación sólo sería correcta si se mantiene al rol como criterio exclusivo para determinar la imputación objetiva de una conducta, pero como he señalado en este trabajo, ello no es así. El rol y el contexto son interdependientes, lo cual implica que los sujetos adquieren o conocen variados datos según la situación en la que se desenvuelvan. Éstos han de ser incorporados también al análisis objetivo, pues un elemento subjetivo como por ejemplo el conocimiento de determinado hecho (en la sentencia: el conocimiento del taxista -por cómo se venían presentando los hechos en el instante que lo hicieron ingresar a

---

<sup>490</sup> Desde mi punto de vista, no está suficientemente argumentado por qué la doctrina que defiende esta solución, sí toma en consideración los conocimientos que adquiere el sujeto cuando “cambia la víctima”, así por ejemplo CARO JOHN, José. “La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho penal”. En: *Libro Homenaje al Profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Ara editores. Lima. 2006. Pg. 357; quien sostiene que “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 esta 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”.

la cochera del inmueble- de las intenciones delictivas de los sujetos que tomaron sus servicios) puede incluirse en el tipo objetivo sin que se destruyan las barreras entre tipo objetivo y subjetivo, debido a que la valoración en la que es introducida ese dato es distinta de la que procede realizar en el tipo subjetivo<sup>491</sup>.

Lo que importa para este análisis, es el significado “intersubjetivo” de la conducta, el cual puede variar en función de los datos conocidos por el sujeto actuante<sup>492</sup>. Somos de la misma opinión de FRISCH, cuando manifiesta que en el análisis de la creación de un peligro desaprobado, no tiene lugar un esquema de análisis que distinga de manera estricta y hermética, desde un plano naturalista u ontológico, entre circunstancias objetivas y subjetivas<sup>493</sup>. Ello es propio de una concepción finalista del delito<sup>494</sup>, y al parecer, tal idea es la que se plantea en la sentencia.

De todo lo expresado previamente, podemos afirmar que sólo se puede predicar una neutralidad en el comportamiento del taxista, si éste no tuvo acceso al conocimiento del contexto en el que se desenvolvía su comportamiento, pero como lo refiere la sentencia, el taxista sí conoció -por las circunstancias del hecho- las intenciones de los sujetos que tomaron sus servicios.

---

<sup>491</sup> Es contrario a esta idea CARO JOHN. “La impunidad de las conductas neutrales. A la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho penal”. Pgs. 355-356; quien afirma que “*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 a conocer. En suma: el conocimiento especial no constituye un elemento vinculante para fundamentar una participación*”. Acerca de lo mismo, este autor en *La imputación objetiva en la participación delictiva*. Grijley. Lima. 2003. Pgs. 81-82.

Pienso que el caso que se propone aquí, no puede ser encajado dentro de lo que se denomina participación mediante conductas neutrales, ello porque como sostengo en esta tesis, el contexto tiene que ser caótico, y lo es cuando el segundo actuante está a punto de comenzar a desarrollar los actos ejecutivos o durante el desarrollo de éstos. En el ejemplo que utiliza CARO JOHN, solamente se conoce lo que hará el cantante famoso, pero la situación anormal, es decir el inicio de los actos ejecutivos de un delito de evasión tributaria no está espacio-temporalmente cerca (contexto caótico) de la acción del taxista.

<sup>492</sup> Cfr. CANCIO MELIÁ. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Pg. 95.

<sup>493</sup> Así, FRISCH. “La imputación objetiva: estado de la cuestión”. Pg. 57; LANDA GOROSTIZA. *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”*. Pg. 229.

<sup>494</sup> Como LANDA GOROSTIZA. *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”*. Pg. 229; ha precisado que “*el finalismo que, desbocada por la inercia, quiere constituir el injusto con una separación tan tajante de lo objetivo y lo subjetivo que olvida que no cabe apreciar, percibir, la peligrosidad intersubjetiva sin conocimientos especiales u otros datos subjetivos*”.

Por último, los magistrados manifiestan que: *si bien el encausado, intervino en los hechos materia de autos, su actuación se limitó a desempeñar el rol de taxista, de modo, que aún cuando el comportamiento de los demás sujetos, fue quebrantador de la norma, el resultado lesivo no le es imputable en virtud a la prohibición de regreso, lo que determina que su conducta no pueda ser calificada como penalmente relevante, situándonos, en consecuencia ante un supuesto de atipicidad.*

No estamos de acuerdo con esta decisión de la Sala, pues según lo hemos demostrado, el taxista también interviene durante la realización del delito de robo agravado.

Es preciso señalar que, como el taxista participa durante los actos ejecutivos del hecho criminal, su conducta -atendiendo al *iter criminis* y a lo esencial del aporte para la realización del delito- calificaría como coautoría, pues tal como lo he manifestado anteriormente, aquellas conductas de las cuales se predica una aparente neutralidad se caracterizan por ser actos que se presentan durante la fase preparatoria del hecho principal o incluso en la ejecución del mismo<sup>495</sup>. De esta manera, este caso del taxista descrito en la sentencia, desde nuestro punto de vista, no es un supuesto de favorecimiento de un delito mediante conducta neutral.

Por último, frente a todo esto que venimos sosteniendo, podría argumentarse que calificar como punible el comportamiento del taxista supondría sostener que el Derecho le exigía un comportamiento heroico al momento de los hechos. Ello no es así, en tanto si el taxista hubiese hecho algo para impedir el delito (negarse a continuar con el servicio, huir del lugar, dar aviso a la policía, etc.)<sup>496</sup>, y por tal razón podría haberse visto amenazado por los otros sujetos, ello sí hubiese generado la atipicidad de su conducta, debido a que al encontrarse amenazado, su condición de sujeto habría sido rebajada a la de mero instrumento en manos de otros (supuesto de autoría mediata) y no se podría haber

---

<sup>495</sup> *Ibidem*, Pg. 223.

<sup>496</sup> No entendemos por qué si el taxista no realizó ninguna de estas acciones se le deba “premiar”, al hacerlo responsable por una omisión de auxilio o aviso a la autoridad (artículo 127° del Código Penal) que tiene una penalidad no mayor de un año; o una omisión de denuncia (artículo 407° del Código Penal) con una penalidad no mayor de cuatro años, tal como CARO JOHN. *La imputación objetiva en la participación delictiva*. Pgs. 86-87; lo manifiesta “*el taxista que se comportó correctamente en su rol durante el trayecto, tiene el deber de hacer algo para impedir el delito al llegar al lugar de destino, bien avisando a la policía, o realizando cualquier tipo de prestación que signifique evitar el delito que pretende cometer el cliente. Pero todo esto no en su rol de taxista, sino en su rol de persona. Quien en estos casos omite la posibilidad de impedir o neutralizar un curso lesivo iniciado infringe el deber de solidaridad que fundamenta una responsabilidad por omisión*”.

pregonado que el taxista ha actuado. En la sentencia no se menciona cuáles fueron las circunstancias ni los móviles que adujo el taxista al momento de la intervención. Sin embargo, todos estos datos de corte fenomenológico han de ser tomados en consideración en el proceso penal, aquí sólo interesa que los parámetros generales a toda imputación objetiva e intervención en el delito se han cumplido.

## **CONCLUSIONES GENERALES**

- ✓ Para una adecuada determinación de lo que constituye o no participación criminal se ha de emplear a la Teoría de la imputación objetiva, en tanto con ella se evita llevar a cabo un examen meramente naturalista del tipo penal y de la intervención en el delito. Por el contrario, el análisis ha de efectuarse a partir de una visión axiológica o normativa con patrones teleológicos y que estén en consonancia con la misión que debe cumplir el Derecho penal.
- ✓ El fundamento del por qué se castiga a los partícipes, ha de ser elaborado desde una visión normativista, respetuosa con el principio de responsabilidad por el propio injusto. Así, el hecho típico pertenece además del autor también al partícipe, en la medida que éste con su conducta ha dispuesto de una razón para que se le impute el injusto penal como propio, pues solamente cuando la lesión de una norma se objetiviza como hecho (como suceso social con unidad de sentido) es posible hablar de participación.
- ✓ El fundamento del castigo penal tanto del autor como del partícipe es el mismo (no obstante las cuotas de responsabilidad son diferentes), en tanto se trata de conductas que comportan una unidad de acción o que poseen un solo sentido delictivo, el mismo que se manifiesta en una negación de la pretensión de respeto para con la norma penal y, con ello, ambos reclaman la pertenencia por el todo del hecho. El hecho principal tiene el significado de ser tan propio del autor como del partícipe, quedando de esta manera salvaguardado el principio de autorresponsabilidad por el propio injusto.
- ✓ La estructura en la participación se elabora de la siguiente manera: en primer lugar, el partícipe con su conducta va a disponer de una razón para que le sea imputado como propio el hecho típico; en segundo lugar, en ese proceso de imputación, la accesoriedad es quien opera trasladando la tipicidad propia del hecho que es penalmente relevante a la conducta de aquél. De esta manera, y tal como se ha venido postulando en este trabajo, es que se logra respetar el principio de autorresponsabilidad.
- ✓ La prohibición de regreso, como criterio (de la imputación objetiva) de determinación de ámbitos de responsabilidad, posibilita evitar la punición de las personas que no actúan en connivencia con el autor del delito, ni mucho menos se han solidarizado con el plan delictivo de aquél; no obstante, con aquellas conductas

se favorezca causalmente el hecho delictivo, al crear una situación que le sirve al autor para realizar el delito.

- ✓ El uso del término conductas neutrales, únicamente tiene fines expositivos. Debido a que insertada en un contexto inocuo toda acción puede ser aparentemente neutral, y si se le contextualiza en el campo de lo ilícito, la conducta dejará a primera vista (por lo general) de ser inocua.
- ✓ El problema de las conductas neutrales ha estado vinculado especialmente al ámbito de la causación indirecta de un resultado delictivo, esto es, al hecho de que tras la entrega, la prestación, etc., de un bien o un servicio por parte de un sujeto a otro, éste último termina desviándolo a la realización de un delito. Sin embargo, tal aseveración resulta siendo parcial, porque si atendemos a que lo esencial para que una conducta deje de ser neutral y se convierta en punible, es que el sujeto conozca, a partir de los elementos que ofrece el contexto en el que actúa, que su comportamiento concurre junto a otro en la realización de un delito, es posible sostener que las conductas neutrales pueden configurarse incluso durante la etapa de realización del hecho punible.
- ✓ El punto de vista a partir del cual se ha de discutir la relevancia penal de los comportamientos neutrales radica en el desvalor de la conducta del cómplice.
- ✓ En los supuestos en los que la conducta desarrollada por un primer sujeto es tomada posteriormente por un segundo interviniente, quien le da una finalidad delictiva; por lo general, la acción de la primera persona no constituye participación en dicho delito, en tanto se reconoce la validez del argumento según el cual: no se tiene la obligación de velar por las consecuencias de la propia conducta cuando existe la ulterior actuación de un sujeto autorresponsable.
- ✓ La exclusión de la responsabilidad penal de los sujetos valiéndose de la prohibición de regreso, se configurará sólo en los dos siguientes supuestos: en primer lugar, los contactos sociales en la actualidad se caracterizan por la complejidad de la interacción personal, y por ende, las comunidades que se formen entre los diversos protagonistas de los procesos de comunicación social no serán absolutas, sino limitadas a determinadas formas. Esto significa, que las metas que sean pretendidas por uno de los miembros de esa comunidad más allá de lo común, no habrán de ser tenidas en cuenta por el otro componente de la comunidad. En segundo lugar, se

puede afirmar que los campos de responsabilidad se separan mucho más cuando no existe una comunidad entre las personas, sino que una es obligada por otra a tal comunidad.

- ✓ Solamente se configurará la complicidad en el delito (y en general de participación criminal) si un interviniente con su conducta genera una conexión -deseada por él como aporte o contribución- con el hecho delictivo. Únicamente cuando se realiza una conducta inequívoca de adaptación o acoplamiento al hecho que va a ser cometido habrá complicidad. Lo señalado en la anterior conclusión no rige aquí, debido a que es el propio sujeto el que decide dotar de sentido delictivo a su conducta, afirmando de esta manera que el hecho criminal también le pertenece, pese a la autorresponsabilidad del autor.
- ✓ Lo que determina el sentido de un comportamiento no sólo depende de la configuración del comportamiento, sino también del contexto en el que éste se enmarca. También los datos subjetivos (conocimientos individuales) que surgen del contexto, como el conocimiento de determinado hecho, se pueden incluir en el tipo objetivo sin que ello represente destruir las fronteras entre el tipo objetivo y subjetivo, pues la valoración en la que son introducidos esos datos es diferente de la que se hace en el marco del tipo subjetivo.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004.

AMBOS, Kai. “La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales”. Revisión de Teresa Manso Porto. En: *Revista de Derecho penal y criminología*. N° 8. 2001. UNED. Madrid. 2001.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de derecho penal. Parte general*. 4ª edición. Akal. Madrid. 1997.

BALDÓ LAVILLA, Francisco. *Estado de necesidad y legítima defensa*. Bosch. Barcelona. 1994.

BERLIN, Isaiah. “Dos conceptos de libertad”. Traducción de Julio Bayón. En: *Cuatro ensayos sobre la libertad*. 1ª reimpresión de la 1ª edición. Alianza Editorial. Madrid. 1993.

BLANCO CORDERO, Isidoro. *Límites a la participación delictiva. Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*. Comares. Granada. 2001.

BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoría y participación*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1960.

BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en Derecho penal*. Tirant lo blanch. Valencia. 2000.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal. Parte General*. 1ª reimpresión de la 4ª edición. PPU. Barcelona. 1994.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza. 2001.

– *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*. 2ª edición. Bosch. Barcelona. 2001.

CARO JOHN, José. “La impunidad de las conductas neutrales a la vez, sobre el deber de solidaridad mínima en el Derecho penal”. En: *Libro Homenaje al profesor Raúl Peña Cabrera*. Tomo I. Ara editores. Lima. 2006.

– *La imputación objetiva en la participación delictiva*. Grijley. Lima. 2003.

CASTILLO ALVA, José Luis. “La complicidad como forma de participación criminal”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Año V. N° 9. Grafica Horizonte. Lima.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte General III*. 5ª reimpresión. Tecnos. Madrid. 2005.

DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y la participación criminal*. 2ª edición. Rubinzal–Culzoni editores. Buenos Aires. 2002.

FEIJÓO SÁNCHEZ, José Bernardo. “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas”. En: *Imputación objetiva en Derecho penal*. Grijley. Lima. 2002.

– *Imputación objetiva en Derecho penal*. Grijley. Lima. 2002.

– *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*. Bosch. Barcelona. 2001.

– *Límites de la participación criminal. ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?* Comares. Granada. 1999.

– *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*. Colex. Madrid. 1997.

FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Jurisprudencia penal y constitucional*. RAO. Lima. 2004.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de la edición alemana (Heidelberg, 1988) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons. Madrid–Barcelona. 2004.

– “La imputación objetiva: estado de la cuestión”. Traducción de Ricardo Robles Planas. En: AAVV. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*. Civitas. Madrid. 2000.

– *Tipo penal e imputación objetiva*. Traducción de Manuel Cancio Meliá; Beatriz de la Gándara Vallejo; Manuel Jaén Vallejo; Yesid Reyes Alvarado. Colex. Madrid. 1995.

GARCÍA CAVERO, Percy. “La prohibición de regreso en el Derecho penal”. En: AAVV. *Estudios de Derecho penal*. Ara editores. Lima. 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en Derecho penal*. B de F. Montevideo–Buenos Aires. 2006.

GÓMEZ GONZÁLEZ, Orlando. *Participación criminal: Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Dykinson. Madrid. 2001.

GÓMEZ RIVERO, M<sup>a</sup> del Carmen. *La inducción a cometer el delito*. Tirant lo blanch. Valencia. 1995.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde y M<sup>a</sup> del Mar Díaz Pita. Tirant lo blanch. Valencia. 1999.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*. Traducido por Eduardo Vásquez. Biblioteca Nueva. Madrid. 2000.

HENKEL, Heinrich. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Taurus ediciones. Madrid. 1968.

HOBBS, Thomas. *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Traducción de Carlos Mellizo. 3<sup>a</sup> reimpresión en Alianza Universidad. Madrid. 1995.

HRUSCHKA, Joachim. “Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias”. En: *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Traducción de Pablo Sánchez-Ostiz. Aranzadi. Navarra. 2005.

– Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación. Traducción de Pablo Sánchez-Ostiz. Aranzadi. Navarra. 2005.

HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho penal. Parte General I*. 3<sup>a</sup> edición. Grijley. Lima. 2005.

JAKOBS, Günther. “La intervención delictiva”. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. En: *Cuadernos de Política Criminal*. 2<sup>a</sup> época. N<sup>o</sup> 85. Cesej. Madrid. 2005.

– “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de vigencia de la norma”. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. En: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Civitas. Madrid. 2004.

- “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”. Traducción de Teresa Manso Porto. En: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Civitas. Madrid. 2004.
- *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Civitas. Madrid. 2004.
- “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. En: JAKOBS, Günther – CANCIO MELIÁ Manuel. *El sistema funcionalista del derecho penal*. Grijley. Lima. 2000.
- “La omisión: estado de la cuestión”. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. En: AAVV. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*. Civitas. Madrid. 2000.
- *Sobre la génesis de la obligación jurídica*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1999.
- *Estudios de Derecho penal*. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos – Carlos Suárez González – Manuel Cancio Meliá. Civitas. Madrid. 1997.
- “La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. En: *Estudios de Derecho penal*. Civitas. Madrid. 1997.
- “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y el «principio de confianza»”. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos. En: *Estudios de Derecho penal*. Civitas. Madrid. 1997.
- “Representación del autor e imputación objetiva”. Traducción de Carlos J. Suárez González. En: *Estudios de Derecho penal*. Civitas. Madrid. 1997.
- “El concepto jurídico-penal de acción”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. En: *Estudios de Derecho penal*. Civitas. Madrid. 1997.
- “La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión”. Traducción de Enrique Peñaranda Ramos. En: *Estudios de Derecho penal*. Civitas. Madrid. 1997.

– *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras - José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. 2ª edición. Marcial Pons. Madrid. 1997.

– *La imputación objetiva en Derecho penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Civitas. Madrid. 1996.

– *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1996.

– *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez. Civitas. Madrid. 1996.

JESCHECK, Hans Heinrich - WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho penal. Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. 5ª edición, renovada y ampliada. Granada. 2002.

KANT, Immanuel. *La metafísica de las costumbres*. Traducción de Adela Cortina Orts – Jesús Conill Sancho. 4ª edición. Tecnos. Madrid. 2005.

– *Crítica de la razón práctica*. Traducción de Roberto R. Aramayo. 1ª reimpresión de la 1ª edición. Alianza Editorial. Madrid. 2001.

– *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Edición a cargo de Luis Martínez de Velasco. Espasa-Calpe. Madrid. 1990.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena. *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana” (Contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”)*. Comares. Granada. 2002.

LESCH, Heiko Hartmut. *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Traducción de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trelles. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1995.

– *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*. Peter Lang. Frankfurt am Main-Bern-New York-Paris. 1992.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Traducción de Carlos Mellizo. 2ª reimpresión. Alianza Editorial. Madrid. 1996.

- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “La participación y los delitos especiales”. En: *Problemas de Autoría*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1994.
- LÓPEZ PEREGRIN, M<sup>a</sup> Carmen. *La complicidad en el delito*. Tirant lo blanch. Valencia. 1997.
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General I*. Editorial Universitas. 1<sup>a</sup> reimpresión de la 1<sup>a</sup> edición. Madrid. 1999.
- MANTOVANI, Ferrando. “Libertad, responsabilidad jurídica y genes”. En: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. Vol. I. Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha y Salamanca. Cuenca. 2001.
- MARAVÉR GÓMEZ, Mario. “Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad”. En: AAVV. *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*. Idemsa. Lima. 2007.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Edersa. Madrid. 1992.
- MAURACH, Reinhart – GÖSSEL, Karl Heinz – ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte General 2*. Traducción de la 7<sup>a</sup> edición alemana por Jorge Bofill Genzsch. Astrea. Buenos Aires. 1995.
- MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*. Traducción de Pablo de Azcárate. Biblioteca de los Grandes Pensadores. Barcelona. 2004.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General*. 7<sup>a</sup> edición. Reimpresión. B de F. Montevideo –Buenos Aires. 2005.
- *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*. Ariel. Barcelona. 1994.
- MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo - PERDOMO TORRES, Jorge. *Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2006.
- NAUCKE, Wolfgang. “Sobre la prohibición de regreso en Derecho Penal”. Traducción de Manuel Cancio Meliá. En: AAVV. *La prohibición de regreso en derecho penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogota. 1998.

- OTTO, Harro. “Diagnosis causal e imputación del resultado en Derecho penal”. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. En: AAVV. *La prohibición de regreso en derecho penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho penal. Estudio Programático de la Parte General*. 1ª reimpression de la 3ª edición. Grijley. Lima. 1999.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*. Tecnos. Madrid. 1990.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique – SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos – CANCIO MELIÁ, Manuel. “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”. En: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*. Civitas. Madrid. 1997.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos. “La persona del Derecho penal en la Filosofía del Derecho de Hegel”. En: *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*. Tomo I. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2004.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*. Bosch editor. Barcelona. 2005.
- PLATÓN. *República*. Traducción directa del griego por Antonio Camarero. 24ª edición, 4ª reimpression. Eudeba. Buenos Aires. 2005.
- RADBRUCH, Gustav. *El hombre en el Derecho*. Traducción de Aníbal Del Campo. Depalma. Buenos Aires. 1980.
- RANSIEK, Andreas. “Colaboración neutral en organizaciones formales”. Traducción de Iván Meini Méndez. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. N° 4. Grijley. Lima. 2003.
- RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. 6ª reimpression. Fondo de Cultura Económica. México. 2006.
- REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación Objetiva*. 2ª edición. Temis. Colombia. 1996.
- ROBLES PLANAS, Ricardo. *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Atelier. Barcelona. 2007.
- *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona. 2003.

– “Participación en el delito e imprudencia”. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. N° 1. Grijley. Lima. 2000.

ROJAS VARGAS, Fidel. *Jurisprudencia penal y procesal penal*. Idemsa. Lima. 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*. Traducción de Consuelo Berges. Biblioteca de los Grandes Pensadores. Barcelona. 2002.

– *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Traducción de Mauro Armiño. 5ª reimpresión de la 1ª edición. Alianza Editorial. Madrid. 1988.

ROXIN, Claus. “¿Qué es la complicidad?”. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. En: *La teoría del delito en la discusión actual*. Grijley. Lima. 2007.

– *La teoría del delito en la discusión actual*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez Grijley. Lima. 2007.

– *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. Beck. München. 2003.

– *Derecho Penal - Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. 1ª reimpresión de la 1ª edición. Civitas. Madrid. 2000.

– *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo. Marcial Pons. Madrid–Barcelona. 2000.

– “Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión”. Traducción de María Teresa Castiñeira Palou. En: AAVV. *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*. Civitas. Madrid. 2000.

– “Observaciones sobre la prohibición de regreso”. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. En: AAVV. *La prohibición de regreso en derecho penal*. Universidad Externado de Colombia. Bogota. 1998.

– *Dogmática penal y política criminal*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Idemsa. Lima. 1998.

– “La delimitación entre autoría y participación según el Derecho alemán”. En: *Dogmática penal y política criminal*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Idemsa. Lima. 1998.

– “Acerca del fundamento penal de la participación”. En: *Dogmática penal y política criminal*. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Idemsa. Lima. 1998.

RUEDA MARTÍN, M<sup>a</sup> Ángeles. “Consideraciones acerca de la relevancia penal de las acciones cotidianas en la comisión de un hecho doloso”. En: *Revista Penal*. N° 9. La Ley. 2002. España.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. “Cuestiones filosóficas, dogmáticas y político-criminales del delito de instigación al suicidio”. En: *Modernas tendencias de dogmática penal y política criminal. Libro homenaje al Dr. Juan Bustos Ramírez*. IDEMSA. Lima. 2007.

– “Fundamento filosófico de los delitos de dominio del hecho [delitos de organización] y de los delitos de infracción de deber”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 18. Idemsa. Lima. 2006.

– “El principio de legalidad en un estado democrático de derecho (Garantía del ciudadano frente a la arbitrariedad estatal)”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 14. Idemsa. Lima. 2004.

SAN MARTÍN CASTRO, César. *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema*. Palestra. Lima. 2006.

SANCINETTI, Marcelo. “El ilícito propio de participar en el hecho ajeno. Sobre la posibilidad de la autonomía interna y externa de la participación”. En: *Ilícito personal y participación*. 2<sup>a</sup> edición. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2001.

– *Ilícito personal y participación*. 2<sup>a</sup> edición. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2001.

SCHUMANN, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. JCB Mohr. Tübingen. 1986.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La Expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Reimpresión de la 2<sup>a</sup> edición. B de F. Montevideo–Buenos Aires. 2006.

– *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Bosch. Barcelona. 1992.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Aranzadi. Navarra. 2005.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos – CANCIO MELIÁ, Manuel. “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”. En: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho penal*. Civitas. Madrid. 1997.

– “La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva”, estudio preliminar a Günther Jakobs. En: JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Civitas. Madrid. 1996.

URQUIZO OLAECHEA, José. “El concepto de autor de los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el Código penal peruano”. En: AAVV. *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*. Idemsa. Lima. 2007.

URQUIZO OLAECHEA, José – CASTILLO ALVA, José – SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. *Jurisprudencia penal*. Jurista editores. Lima. 2005. Pg. 217.

VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal. Parte General*. 2ª edición. Editorial San Marcos. Lima. 2001.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal. Parte General*. Grijley. Lima. 2006.

VIVES ANTÓN, Tomás. *La libertad como pretexto*. Tirant lo blanch. Valencia. 1995.

WEIGEND, Thomas. “Los límites de la complicidad punible”. Traducción de Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro y Nicole Mutschke. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Universidad Nacional de Educación a Distancia. 2ª época. N° 10. Madrid. 2002.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán. Parte General*. 11ª edición. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1970.

WOHLERS, Wolfgang. “Complicidad mediante acciones «neutrales» ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?”. Traducción de José Caro John. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. N° 4. Grijley. Lima. 2003.

ZACZYK, Rainer. *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*. Müller. Heidelberg. 1993.