UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

La Imputación Objetiva en la Comisión por Omisión

TESIS Para optar el grado académico de MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

AUTOR
Hesbert Benavente Chorres

LIMA – PERÚ 2005

DEDICATORIA

Al incondicional apoyo brindado por quienes con su cariño y comprensión lograron impulsarme hacia metas más altas: mi familia.
Y en especial para mi sobrino: Christian Renato, que el Señor le guíe sus pasos de aquí en adelanta.

AGRADECIMIENTO

A los distinguidos docentes de la Unidad de Post Grado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, por la enseñanza recibida en los claustros académicos. Y especialmente, al ilustre Doctor José Urquizo Olaechea, quien, por su calidad de vida y enseñanza, me guió en mi formación personal, así como, académica; encaminándome por los derroteros de un Derecho penal cada vez más garantista y basado en los valores de dignidad, libertad e igualdad de la persona.

INTRODUCCIÓN

Aproximadamente cinco años atrás, se elaboró la tesis: "El Know How Empresarial", a fin de optar el título de Abogado. En esa investigación, se postuló, entre otros puntos, la factibilidad de una protección jurídico – penal a los secretos de empresa, en el sentido de amparar la lealtad en la competencia, y mediatamente, el patrimonio del titular de tales secretos

Para ello, se empleó las categorías analíticas del delito; esto es, cómo se podría configurar los elementos del injusto penal reprochable, en el marco de los secretos de empresa, y cuáles serían los supuestos que originarían la exclusión de su carácter de delictivo.

En esa investigación no se pretendió elaborar las bases de la imputación de responsabilidad hacia la persona; sin embargo, esto nos motivó que en una nueva investigación, por lo menos, se elabore los lineamientos generales de un modelo de imputación acorde con un Derecho penal garantista y respetuoso de la persona, como sujeto libre.

En ese orden de ideas, se eligió a la omisión como la categoría jurídica que permita comprobar la razonabilidad, coherencia y utilidad práctica de nuestro modelo de imputación de responsabilidad basado en los roles. Las razones son: (a) la omisión es una figura muy poca tratada en la doctrina nacional, teniéndose que recurrir a fuentes extranjeras, las cuales, fueron redactadas en un contexto, usualmente, distinto al peruano; (b) es una categoría empleada por nuestros operadores jurídicos en casos de gran importancia, como son, el de "Mesa redonda" y el de la "Discoteca Utopía"; y, (c) es una institución jurídico – penal que ha implicado circularidades en el razonamiento, tanto de dogmáticos, como de operadores jurídicos, originando un panorama poco claro de la misma..

Frente a ello, es objetivo de la presente investigación, establecer, al menos, los lineamientos que permitan fundamentar la siguiente premisa: *que en un modelo de imputación de responsabilidad sobre la base de roles, la dicotomía acción / omisión se convierte en irrelevante para un sistema penal alejado de cuestiones naturalísticas, y por el contrario, permite situar el análisis en el tipo de rol infringido, el cual configura, o delitos de competencia por organización, o delitos de competencia institucional.*

Para lograr justificar nuestra premisa es menester confrontarnos con la compleja realidad problemática que presenta la omisión impropia. En efecto, analizar (sólo) la omisión en Derecho penal, origina el discutir una serie de interrogantes, como por ejemplo, el concepto de omisión (pre-jurídico, normativo, pre-típico, típico, negativo, positivo, etc.), el cual, desde 1986, el Dr. Silva Sánchez presentase, en lengua española, tan magníficamente; luego, habría que discutir (como Radbruch desde 1904) la posibilidad (o no) de establecer un supraconcepto que englobe tanto la acción como la omisión; además, se debe estudiar, en sede del tipo objetivo, la posición de garante (entendiéndolo, o bien, como un elemento especial, exclusivo y excluyente de la omisión impropia, o bien, como un elemento común en la imputación de

responsabilidad sobre la base de roles), debiendo uno ir más allá a lo estudiado por Armin Kaufmann en la década de los ´50; asimismo, hay que analizar el problema de la adscripción de la conducta al tipo de omisión impropia (ya sea eligiendo la teoría de la causalidad hipotética, o bien aplicando los criterios de la imputación objetiva); tampoco, no podemos dejar de estudiar el tipo subjetivo de la omisión impropia (¿dolo o cuasi dolo?); por lo demás, nos queda indagar sobre las causales de justificación e inexigibilidad en la omisión (propia e impropia), además la problemática de la autoría y participación, así como, de la tentativa y consumación, etc.

Todo ello, justificaría la opinión de establecer dentro de la teoría del delito una estructura dogmática propia de la omisión (sin perjuicio de seguir distinguiendo la estructura tanto para la omisión propia, así como, para la impropia). Sin embargo, dicha apreciación, ¿cómo encajaría ante fórmulas legales, que en el caso de la omisión (impropia), hablan de una equiparación con la comisión?

Si bien es cierto, desarrollar las cuestiones señaladas ut supra amerita de por si una investigación más exhaustiva, sólo nos detendremos para analizar cuáles son las bases de un modelo de imputación único tanto para la comisión como para la omisión, que permita ya no hablar de una mera equivalencia o correspondencia, sino de una identidad típica. Para ello, la investigación se divide de la siguiente forma:

En el capítulo I, .se describió los lineamientos metodológicos de la investigación, esto es, la delimitación del problema, objetivos, hipótesis, variables, métodos y técnicas de recolección y procesamiento de datos. Incidiendo en el hecho de que la Corte Suprema no viene trabajando adecuadamente las figuras de omisión impropia e imputación objetiva.

En el capítulo II, se analizaron las más importantes corrientes doctrinales especializadas en la materia, la posición jurisprudencial, y los marcos legales tanto nacionales, como internacionales; es decir, nuestra posición se ha visto confrontado por las más importantes fuentes jurídicas: (a) ley, (b) jurisprudencia y (c) doctrina.

En el capítulo III, se realizó el estudio empírico a fin de contrastar nuestra hipótesis de trabajo; para ello, los instrumentos empleados fueron: (a) cuestionario para los encuestados, y, (b) ficha de estudio documental para el análisis de los casos judiciales.

Finalmente, se elaboraron las respectivas conclusiones y recomendaciones; así como, se ha adjuntado una serie de anexos, como son los gráficos, estadísticas, así como, el modelo de encuesta y de ficha de estudio documental. Frente a ello, la presente investigación se ha elaborado en un lenguaje claro, coherente y con un sustento de razonabilidad; con el anhelo de haber contribuido en algo, con el enriquecimiento de nuestra dogmática jurídico – penal.

CAPÍTULO I
MARCO METODOLÓGICO

1.1 ENUNCIADO DEL TEMA

La comisión por omisión es una situación compleja: es comisión y es omisión. Esta figura está prevista en el artículo 13° del Código Penal, cuya *ratio*, se basa en un deber jurídico que el sujeto activo detenta y la realización del tipo penal mediante un hacer.

Sin embargo, la figura de la comisión por omisión presenta un bajo tratamiento jurisprudencial y dogmático en el país, que, frente al texto del artículo 13° del Código Penal, presenta dificultades a la hora de establecer si se está o no ante la realización del tipo penal de hacer mediante una omisión. Estas dificultades se presentan tanto en la calificación de sujeto activo, así como, en el comportamiento típico, haciendo dificultoso la labor de los Tribunales de Justicia, específicamente al dictarse diversos pronunciamientos contradictorios o sin suficientes fundamentos normativos – valorativos, esto es, de contenido material.

Frente a ello, es necesario brindar criterios *nomológicos* que permitan determinar si se procede o no a imputar la conducta en un tipo penal específico por la presencia de una comisión por omisión u omisión impropia.

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.2.1 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1.1 OBJETIVOS GENERALES

- Explicar la naturaleza jurídica de la imputación objetiva en el Derecho penal.
- Describir la *ratio essendi* del tipo de comisión por omisión.
- Aplicar el juicio de imputación objetiva en sede de la comisión por omisión u omisión impropia.
- Inferir un modelo teorético con relación a las consecuencias materiales extraíbles de la imputación objetiva en la omisión impropia según el caso concreto.
- Valorar la coherencia y congruencia del modelo teorético con la realidad y el criterio de justicia material.

1.2.1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Definir la imputación objetiva, así como, la comisión por omisión.
- Conceptuar la imputación objetiva y la comisión por omisión u omisión impropia.
- Describir la realidad problemática de las responsabilidades penales fundadas sobre la base de una comisión por omisión.

- Interpretar la toma de postura de la Corte Suprema de Justicia del país en la determinación de una omisión impropia en el caso concreto.
- Deducir las consecuencias materiales de las diferentes posiciones doctrinales que giren entorno a la comisión por omisión.
- Elaborar un marco teorético, sobre la base de la razón y lo racional, el cual, gire entorno a la imputación objetiva en la comisión por omisión.
- Resolver, en sede dogmático – penal, los problemas de subsunción típica en la omisión impropia.
- Identificar las causas que impiden una solución racional en el ámbito jurisdiccional con relación a la comisión por omisión.
- Formular un modelo que persiga la solución de los problemas descritos en la investigación y que sean operados en el Órgano Jurisdiccional.
- Juzgar el cumplimiento de las reglas propias de los componentes onto - praxológico, lógico, mesológico, axiológico y teleológico en el modelo teorético propuesto en la investigación.

1.2.2 DESARROLLO DE LAS PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

1.2.2.1 ALCANCES DEL PROBLEMA

Este estudio pretende ser especializado, esto es, circunscribirse al Derecho penal.

A. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

¿A través de qué criterios normativos se puede establecer si una omisión corresponde a la realización del tipo penal de comisión?

B. SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

- ¿Cuál es el porcentaje de sentencias en las cuales han fallado adecuadamente la presencia de algún delito en la modalidad de comisión por omisión en la Corte Suprema del país durante el periodo 1997 - 2005?

- ¿De qué manera la presencia de criterios materiales influirá en las decisiones jurisdiccionales que giran en torno a la figura de la comisión por omisión?

1.2.2.2 CONVENIENCIA DE LA INVESTIGACIÓN

La presenta investigación se realiza porque una de las cuestiones que más se le critica a la administración de justicia es la de fallar sin una adecuada fundamentación en casos tan complejos como una comisión por omisión (sin perjuicio en afirmar que la misma falla también su puede presentar en casos

menos complejos); ello se vuelve más notorio en situaciones como las que el Perú está viviendo en casos tan sonados (Vg. Incendio en mesa redonda y en la Discoteca Utopía, etc.), los cuales, presentan como nota distintiva el juicio negativo (social) que se le formula a algunas personas (funcionarios públicos y particulares) por el hecho de ***no haber*** realizado algo que pudo haber evitado el resultado (Vg. Poner extintores o cerrar la discoteca, antes del incendio en el referido lugar). Por otro lado, la falta de investigaciones que se hayan planteado como tema de estudio: la responsabilidad penal por omisión impropia, incrementa los factores de aparición de un panorama de desconocimiento del tema que nos ocupa, tanto en la esfera del experto como en la del lego o profano (así, éstos buscan fundamentar un juicio de responsabilidad sobre móviles como la moral o venganza que en uno de contenido normativo-valorativo).

Frente a ello, el logro de la seguridad jurídica es un anhelo de cualquier persona, por lo que, esta investigación pretende a contribuir, en algo, el logro de este ideal, así como, coadyuvar contribuir al enriquecimiento de la teoría jurídica. En efecto, realizar la presente investigación se justifica plenamente y reviste especial importancia, ya que como se ha enunciado se busca establecer los criterios de imputación objetiva que los Jueces puedan emplear a la hora de realizar la subsunción típica a través de la figura de la omisión impropia, conllevando a pronunciamientos con base científica.

1.2.2.3 RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

A. IMPLICANCIA TEÓRICA

El tema que nos ocupa presenta como implicancia teórica el desentrañar la aplicación de los niveles de la imputación objetiva para la atribución valorativa del resultado a la creación de un riesgo prohibido por parte de una persona, entendida, fenoménicamente, como un sujeto libre, en el sentido de no haber evitado el resultado, pese que se tenía el deber o la posición de garante para evitarlo. Para ello, partimos, como contexto, de un Derecho penal como sistema de imputación, el cual, tiene como límites y fundamentos determinados principios y garantías, los cuales, están presentes en la Constitución y en otras normas (sentido formal) que se reducen a la dignidad de la persona humana, bien común político y la justicia material (sentido material). Todo ello, pretendemos esbozar en la investigación, el cual, ***responda e interrelacione*** los siguientes componentes:

- Ontológico.- Porque atenderemos los contenidos antropológicos y sociales reflejados en la experiencia humana concreta, relacionados al tema de investigación.

- Praxológico.- Porque analizaremos la postura adoptada por la Corte Suprema del país en los últimos cinco años con relación a la omisión impropia o comisión por omisión.

- Teorético.- Porque utilizaremos la doctrina, conceptos y taxonomias existentes de la materia que nos ocupa.

- Lógico.- Porque pretendemos eliminar toda contradicción interna a nuestro modelo teórico, confiriéndole consistencia; y de esta forma, alcanzar nuestros objetivos inmediatos u operacionales, así como, los terminales o finales.

- Axiológico.- Porque nuestro modelo teorético pretende ser respetuoso al criterio de justicia material, así como, a los principios de eficiencia, igualdad, libertad y tolerancia, proporcionalidad, entre otros.

- Teleológico.- Porque esta investigación pretende presentar conclusiones que puedan operar con la finalidad tanto de la Política Criminal, así como, de las normas jurídicas (esto es, ámbito de protección o mensaje del tipo), con relación a la *última ratio* del Derecho penal (*in concreto* con la omisión impropia).

B. IMPLICANCIA PRÁCTICA

Asimismo, el tema que nos ocupa presenta como implicancia práctica partir del rol o posición que tenemos las personas en la sociedad, recogidos en el tipo penal. En efecto, si pretendemos brindar seguridad jurídica no sólo a los operadores del Derecho sino también a la ciudadanía, debemos de partir del sujeto real y no de un sujeto construido, a fin de que, atendiendo a criterios normativos – valorativos, cualquier inacción no implique sanción penal: *no todos somos guardianes de* todos. Brindar seguridad jurídica, así como, argumentos lógicos para los operadores jurídicos son los efectos prácticos que esperamos dotar, incidiendo, por tanto, en la esfera jurisdiccional y social.

C. IMPLICANCIA METODOLÓGICA

Además, el tema que nos ocupa presenta como implicancia metodológica, responder, por un lado, a un modelo fundado en la epistemología, así como, a tipos de investigación (Vg. Investigación de síntesis – para revisar el material existente y evaluar qué se ha tratado sobre nuestro tema - , investigación operativa – para mejorar la traducción de las hipótesis en operaciones de investigación -, e, investigación epistemológica – que persigue hacer un análisis del lenguaje penal-); y, por el otro lado, al impacto social; es decir, no buscar sólo una investigación dogmática, sino jurídico – social (esto último implica partir de nuestro modelo de sociedad – y no lo existente en otros países – y las responsabilidades que detentamos las personas – según el caso concreto, extraíbles a través de diversas técnicas, como las encuestas y entrevistas).

D. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

En el Perú, y según los datos obtenidos por las Escuelas de Post – Grado en el Internet, no existe investigación alguna que se haya ocupado de la imputación objetiva en la comisión por omisión. Sin embargo, si tenemos

investigaciones concernientes a la imputación objetiva; así tenemos, la tesis de Pre – Grado de José Caro J., titulada "Imputación Objetiva" y sustentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; en esta tesis, se aborda los rasgos generales de esta figura y de la relación de causalidad. Además, tenemos la tesis de Post – Grado del Dr. Paredes Vargas, titulada "Imputación Objetiva en el Derecho Penal", sustentada en la Maestría de Derecho con mención en Derecho Penal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; en esta tesis se presentan los hitos históricos de las teorías causales, los principales sistemas de imputación y las figuras operables en la imputación objetiva.

Sin embargo, en el extranjero, las mayores investigaciones se presentan en Alemania (Vg. Enrique Gimbernat Ordeig – tesis doctoral – *traducido es:* "Reprochabilidad Objetiva") y España (Vg. Jesús Silva Sánchez – tesis doctoral - "La Omisión: Conceptos y Sistemas"), a lo que tendremos que avocarnos para desarrollar el presente estudio.

E. MEDIOS DE INVESTIGACIÓN DISPONIBLES

Pese a lo novedoso y complejo de la investigación, se contó con los siguientes medios:

- Doctrina.- Presente tanto en investigaciones, tratados, libros, monografías y artículos de revistas, escritos y traducidos al castellano, así como, al italiano (idioma que el maestrante está estudiando).

- Jurisprudencia.- Presente en los Anales de la Corte Suprema de Justicia y demás compilaciones jurisprudenciales.

- Datos empíricos.- Obtenidos del análisis de casos, encuestas y entrevistas.

- Otros datos presentes en el Internet, así como, en el intercambio de conocimientos (Vg. Conferencias, seminarios, mesas redondas, charlas, e-mail, etc.).

1.3 FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

- **HIPÓTESIS PRINCIPAL**

"La imputación objetiva presenta los criterios materiales más adecuados que permiten establecer si una omisión corresponde a la realización del tipo penal de acción, coadyuvando al dictado de pronunciamientos jurisdiccionales con fundamentaciones lógicos - normativos".

- **HIPÓTESIS SECUNDARIA**

"El porcentaje de sentencias que, adecuadamente, han fallado en causas relativas a la presencia de omisión impropia en la Corte Suprema de Justicia del Perú durante el período 1997 - 2005 es mínimo".

1.4 VARIABLES DE LA HIPÓTESIS

- **VARIABLES INDEPENDIENTES (A)**

A1**.-** La imputación objetiva presenta los criterios materiales más adecuados en la comisión por omisión.

A2.- El porcentaje de sentencias que, adecuadamente, han fallado en causas relativas a la presencia de omisión impropia.

- **VARIABLES DEPENDIENTES (B)**

B1.- Coadyuvará al dictado de pronunciamientos jurisdiccionales con fundamentaciones lógicos - normativos

B2.- En la Corte Suprema de Justicia del Perú durante el período 1997 - 2005 es mínimo".

1.5 DELIMITACIÓN DEL UNIVERSO Y MUESTRA

1.5.1 TEMPORAL

La investigación se desarrolló sobre la base de fallos en los casos en que se ha discutido la presencia de una omisión impropia durante el periodo 1997 -2005.

1.5.2 ESPACIAL

Corte Suprema de Justicia del Perú

1.5.3 SOCIAL

Esta investigación tiene como objeto de estudio a los operadores procesales del proceso penal: Jueces y Vocales Penales.

1.5.4 FÍSICA

Se investigaron los fallos de causas que han girado en torno a la figura de la comisión por omisión correspondiente al período indicado en la delimitación temporal.

1.6 MÉTODOS Y TÉCNICAS

1.6.1 MÉTODO

En el presente trabajo se utilizó el método de análisis y síntesis así como el inductivo y deductivo para trabajar la información teórica; asimismo, para el estudio e interpretación de la legislación pertinente se empleó el método dogmático y para desarrollar el trabajo empírico se utilizó el método explicativo y tecnológico.

1.6.2 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

Se utilizaron las técnicas típicas para este tipo de investigación como son:

- **ENCUESTA.**

Fue dirigida a la muestra, seleccionada en forma aleatoria, observando criterios metodológicos para determinar sus términos, para lo cual, y en forma previa, se instrumentalizó el cuestionario de preguntas.

- **ENTREVISTA.**

En la presente investigación se entrevistó a magistrados del Distrito Judicial de Lima, seleccionados del universo por sus condiciones, entrevistándoles en forma verbal, previo cuestionario de preguntas, teniendo en cuenta las variables de estudio.

- **DOCUMENTAL**.

Se realizó en fallos de casos relacionados con la comisión por omisión durante el periodo 1997 - 2005.

- **FICHAJE DE INFORMACION DOCTRINARIA.**

En la presente investigación se empleó fichas bibliográficas, a fin de guardar información obtenida de las diversas obras consultadas para luego analizarla, procesarla e interpretarla conforme a criterios metodológicos adecuados.

1.6.3 TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO DE DATOS

- Contrastación de la hipótesis en el trabajo operacional
- Diseño de comprobación de hipótesis.

1.6.4 UNIVERSO

Considerando los lineamientos precisados, el universo es el siguiente:

- Corte Suprema de Justicia del Perú
- Fallos de casos relacionados con la comisión por omisión durante el periodo 1997 - 2005 en la Corte Suprema de Justicia del Perú.

1.6.5 MUESTRA

Del universo se han elegido:

- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

- El 60% de los casos concluidos durante el periodo 1997 – 2005.

1.7 PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA

Para ello se elaboró una Matriz Tripartita de Datos a través de Ms Office 2003.

1.8 INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS

- Contratación de las hipótesis en el trabajo operacional

- Contrastación de los datos obtenidos de los casos analizados

- Contrastación de las encuestas a operadores

- Procesamiento de información documental

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO - CONCEPTUAL

2.1 LA OMISIÓN ESTUDIADA DESDE EL ONTOLOGICISMO

Se considera que la razón para el estudio jurídico – penal de la *omisión* se debe a la necesidad de establecer, desde el principio, los fundamentos de su punibilidad, dado que, la doctrina ha estado ocupada fundamentalmente en discutir la punibilidad del omitir sin tener claro qué es omitir.[1] Por otro lado, la construcción de un injusto para la omisión se remonta a Schopenhauer, quien lo hacía en forma análoga a la del pensamiento sistémico contemporáneo, pues para este filósofo la exigencia de la justicia es no lesionar a otro (de allí que el injusto sea la negación de algo negativo).[2]

Sin embargo, antes de ingresar al análisis de temas específicos de la omisión, debemos partir de un determinado concepto de omisión; y para ello, como siempre, la dogmática será el instrumento a emplear. En ese orden de ideas, se debe considerar que la dogmática penal ha estado en el vaivén entre ontologicismo y normativismo,[3] el cual, se aprecia en la clasificación de SCHUNEMANN de las grandes etapas que ha atravesado la dogmática penal (alemana) desde 1871[4] (haciendo mención que la discusión entorno a una fundamentación empírico – ontológica o normativa del Derecho penal, que aparece en variadas formas, no ha sido de ninguna manera decidida en forma definitiva a favor del normativismo, sino resurge una y potra vez). Por tanto, el método que se empleará será estudiar los tópicos relativos a la omisión, por un lado, desde el punto de vista del ontologicismo, y, por el otro lado, desde el ángulo del normativismo, a fin de tomar una posición determinada.

La corriente filosófica denominada: *ontologicismo*, postula que existen realidades previas, que el legislador no puede obviar. Son realidades ónticas que tienen además la trascendencia, sobre todo en el

---

[1] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "EL DELITO DE OMISIÓN. CONCEPTO Y SISTEMA", Editorial Bosch, Barcelona - España. 1986, Pág. 3.

[2] Con esta concepción se construye un injusto de modo particular: *deber es una acción mediante cuya omisión se lesiona a otro, esto es, se comete un injusto. Manifiestamente, esto sólo es posible cuando el omitente se había comprometido a esta acción.* Por otro lado, Jiménez de Asúa, precisó que en los tiempos más remotos existió una idea bastante clara de los delitos de omisión, tanto en el antiguo Oriente, como en el Derecho hebraico, encontrándose algunas muestras en el Derecho romano, como el caso, criticado por Kohler, de castigar como falsificación de moneda el no impedir la misma. Cfr. LUZON CUESTA, José María. "COMPENDIO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 11ava. Edición, Editorial Dykinson, Madrid – España, 2000, Pág. 197.

[3] Como es conocido, los esfuerzos de sistemática penal en la posguerra han tendido a irse desligando cada vez más de los datos ontológicos previos y de las estructuras lógico – objetivas en los cuales el finalismo quería basar el Derecho penal, y también han tendido a tratar de desarrollar las teorías generales del Derecho penal a partir de puntos de vista normativos. Así, tanto las de Jakobs – caracterizados por SCHUNEMANN como normativista libre de empirismo – así como la de Roxin, se le han caracterizado como planteamientos normativista, aunque este último vincula su teoría con criterios de política criminal, así como, con realidades empíricas.

[4] Estas etapas son: el naturalismo, el neokantismo, la perspectiva totalizadora, el finalismo y el funcionalismo. Cfr. SCHUNEMANN, Bernd (Comp.) "EL SISTEMA MODERNO DEL DERECHO PENAL: CUESTIONES FUNDAMENTALES", traducción de Silva Sánchez, Editorial Tecnos, Madrid – España, 1991, Págs. 43 – 77.

ámbito de la acción. Así esta corriente, empieza a desarrollarse en Alemania en la década del 30´. En el resto de los países desde los 40-60.[5]

A continuación, analizaremos aquellas construcciones dogmáticas de la omisión elaboradas desde la perspectiva del ontologicismo.

2.1.1 LA DEFINICIÓN PRE JURÍDICA DE LA OMISIÓN

En este punto se estudiarán aquellas posiciones que tratan de definir a la omisión partiendo que el contenido del concepto es de materia ontológica, pues el objeto no se conforma a través del conocimiento, sino que ya está formado de antemano. Sin embargo, según el método a emplear, así como, la posición sistemática que, en nuestro caso, ocupa la omisión,[6] origina una diversidad de posturas.

2.1.1.1 EL CAUSALISMO CLÁSICO

El período de iniciación del debate en torno al concepto de omisión, debe situarse en el último tercio del siglo XIX, en pleno auge del dominio del causalismo naturalista en la dogmática penal alemana, cuando el concepto de acción en la sistemática penal alcanzó su máximo componente causal en la obra de Franz Von Liszt. Los sistemas anteriores al causalismo, esto es, al concepto idealista de acción y de delito, propio de la escuela hegeliana, no planteaban problemas significativos en orden a la punibilidad de la omisión. Por que, en primer lugar, el concepto de acción se construye sobre la base de la *teoría de la imputación*. En segundo lugar, en él lo decisivo es la voluntad; la acción aparece como una exteriorización de la *voluntad moral*, noción en la que, desde luego, es posible estimar comprendidas las omisiones.[7]

---

[5] En la acción, que es el elemento decisivo, donde se produce el cambio más notable, se considera que los causalistas dan más importancia a la producción del resultado, dicen que se olvidan de algo importante y además que viene impuesto por la naturaleza de las cosas, y es que el hombre se mueve por la finalidad. En esta escuela es más importante el fenómeno subjetivo que el resultado que va a producir. Es importante el fin que nueve el sujeto para realizar algo. La acción esta integrada siempre por la intención del sujeto. Es la voluntad o intención del sujeto. Los siguientes elementos que siempre van referidos a la acción, afectan no solo a la parte externa de la conducta, sino también a la finalidad de la acción. Hablamos de la Tipicidad y Antijuricidad. La acción es típicamente antijurídica. La acción es Dolosa: cuando el sujeto persigue una acción con voluntad, partiendo de una finalidad. Y es Imprudente cuando el sujeto infringe para realizarla, cuan do no ha tenido el cuidado debido. En los dos casos se trata de la realización de los elementos objetivos del Tipo. Son dos tipos de Injusto. La culpa es otro de los Tipos de Injusto. la Antijuricidad queda igualmente apartada por las causas de justificación. En la Culpabilidad nos queda la imputabilidad, el conocimiento de la Antijuricidad. La culpabilidad es igual al reprochamiento, se le puede reprochar al sujeto. Existen también las causas que excluyen la culpabilidad, a igual que en la Teoría Causalista. Sobre el ontologicismo, véase: SCHUNEMANN, Bernd. "LA RELACIÓN ENTRE ONTOLOGISMO Y NORMATIVISMO EN LA DOGMATICA JURÍDICO-PENAL". En: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid - España, 2001, Págs. 654 y sgts.

[6] Hay partidarios de un concepto ontológico de omisión que la sitúa antes del tipo (Maurach), y hay que no (Kaufmann); aunque lo mismo ocurre con los defensores de un concepto normativo de omisión. Al respecto, véase: SILVA SÁNCHEZ, Jesús M. "EL DELITO DE OMISIÓN…", Ob. Cit., Pág. 18.

[7] Cfr. REATEGUI SANCHEZ, James. "ASPECTOS HISTÓRICO-DOGMÁTICOS, POLÍTICO-CRIMINALES Y DE DERECHO POSITIVO EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN". En: *XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho*

En el marco del naturalismo-positivista[8], -donde se gestaron las primeras concepciones sobre el *ser* de la omisión-, en la cual manifestaban que la omisión en el mundo exterior, era considerado una nada, era el no-ser, las elaboraciones conceptuales mejor estructuradas fueron dadas por Liszt, Beling y Radbruch.

Para Liszt la omisión es omisión de una acción esperada, y también en ella se da una voluntad (de no realizar el acto que se espera del sujeto), un resultado y una relación de causalidad entre ambos "análoga" a la que se da en los delitos de acción.[9] La teoría de la acción esperada rechaza un objeto prejurídico para el mandato, y liga la esencia de la omisión a la acción-no-realizada que es preciso representarse y suponer mentalmente para afirmar la existencia de una omisión. *Omisión* es, en general, la no realización de determinado hacer esperado. Omitir es un verbo transitivo. No significa no hacer, sino no hacer algo. Y por cierto, lo que era esperado, debido. De nadie podemos decir que haya omitido saludarnos, visitarnos, invitarnos, si no teníamos razón para esperar el saludo, la visita o la invitación".[10]

Se aprecia que Liszt abandona una posición naturalista en la definición de omisión (el mero *no hacer algo*), sino que, lo concibe como la no realización de una acción esperada, siendo este tipo de acción una actitud interna.[11]

Sin embargo, para Beling hay una incorrecta introducción del contenido de la omisión en su respectivo concepto; es decir, que el delito de omisión consiste en no hacer algo determinado está claro, pero cosa diferente es qué significa omitir; por este motivo deben, según Beling, distinguirse dos niveles: el del comportamiento (en este caso inactividad) y el de su contenido (donde la inactividad puede verse como omisión de algo).[12]

Y este entender de Beling se debe al concepto que da sobre la omisión, esto es, la voluntaria contención de los nervios motores. Se aprecia que la voluntad, como factor que distingue la conducta humana del *acaso*, constituye el elemento esencial. Y en ese orden de ideas, Beling diferencia el concepto[13] de omisión de su contenido; en donde el primero es de naturaleza ontológica,

---

Penal y Criminología, **organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y el INECIP, Ponencia, Córdoba – Argentina, 2003, Pág. 02.**

[8] Se afirma *positivista,* porque el objeto de análisis y sistematización característicos de la dogmática no es otro que el Derecho positivo. En cuanto al método se trata de deducir de la ley la solución aplicable al caso mediante la *construcción jurídica*, esto es, a través de la abstracción progresiva de los conceptos más específicos a los más generales.

[9]Sin embargo, se debe precisar que en anteriores ediciones de su *Lerbuch*, Liszt definió a la omisión como una no ejecución arbitraria de un movimiento corporal; por ende, se concluye que inicialmente Liszt definía *naturalísticamente* a la omisión, para luego de contenido su definición de la omisión.

[10] Cfr. REATEGUI SANCHEZ, James. Ob. Cit., Pág. 04.

[11] Esta actitud permite hablar de una concepto negativo – transitivo de la omisión: *no hacer algo posible o esperado*, en donde el motivo en fundamentar la omisión en la mera acción esperada es que por no realizarse siendo exigida (antijurídica) el juez castigará como punible, una vez comprobada la culpabilidad.

[12] Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús M. "El DELITO DE OMISIÓN…", Ob. Cit., Pág. 24.

[13] Esta noción se le encuadra en el denominado concepto negativo – intransitivo de la omisión, el simple no hacer nada.

originando que la omisión tenga una posición sistemática antes del tipo, dado que, es el simple *no hacer nada*; en cambio, el segundo se determina en el tipo, dado que, lo relevante para el Derecho penal es que *no se hizo algo mandado*.

No obstante, tal escisión tornaría al concepto *per se* de la omisión irrelevante para el sistema penal, y como es sabido desde el primer nivel de la sistemática del delito, esto es, el comportamiento[14], cumple una función relevante, exclusiva y excluyente.[15]

Por otro lado, si es dificultoso que se produzcan situaciones de extrema inactividad voluntaria en un hombre, se afirma que *el no hacer nada* implica una *intransitividad* no perseguida por el Derecho penal, siendo, por tanto, errónea la dicotomía de Beling entre una omisión naturalística (lo que él denomina *concepto)* de una omisión jurídica (lo que él llama *contenido*).

Radbruch, otro representante del causalismo clásico, partiendo de la renuncia a un criterio unitario de acción, entendió que la omisión se agota en la no realización de una acción determinada que, además, fuera posible para el autor; en donde esta *posibilidad* debe ser física, el de actuar, [16] esto es, hacer lo contrario de lo mandado pudiéndolo realizarlo, siendo irrelevante la voluntariedad en la omisión. Asimismo, para este jurista la acción y la omisión resultan ser conceptos contradictorios, que se comportan entre sí como afirmación y negación, no siendo posible hallar un supraconcepto que las englobe. De ello, se sigue la necesidad de dividir el sistema en dos partes sólo vinculadas entre sí por el concepto formal de delito como supuesto de hecho al que el Derecho asigna la pena como consecuencia jurídica. Por tanto, la *posibilidad física – objetiva*, así como, el carácter *contradictorio* entre las nociones de acción y omisión, originan para Radbruch un esquema bipartito.

No obstante, la *posibilidad física – objetiva* no es adecuada para representar el elemento constitutivo del concepto de omisión, dado que, denotaría una total ausencia de límites. Así Silva Sánchez acota que ni siquiera sería posible de hablar de omisión sino de omisiones, pues siempre que se realiza algo, se omite todo lo demás que en aquel momento se *podría* estar realizando.[17]

Sobre el segundo componente del esquema de Radbruch, la doctrina se encuentra dividida, puesto que, para unos no es posible la elaboración de un supraconcepto capaz de englobar tanto la acción como la omisión;[18] y para

---

[14] Ya sea que se considere al comportamiento como un supraconcepto que englobe tanto acción como omisión, o bien, considerando que el comportamiento implica acción y que la omisión se percibe en el tipo, se concluye que desde un inicio la figura como concepto y contenido presenta relevancia jurídico – penal.

[15] Y esto se observa con aquellas causales de exclusión de la conducta: fuerza física irresistible, movimientos reflejos y estados de inconsciencia (en donde el primero de los señalados presenta referente legal en el art. 20.6 del C.P., demostrándose que en este primer estadio, el sistema penal busca eliminar lo que le es relevante de lo que no lo es.

[16] Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús M. "EL DELITO DE OMISIÓN…", Ob. Cit., Pág. 30.

[17] Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús M. "EL DELITO DE OMISIÓN…", Ob. Cit., Pág. 33.

[18] Aparte de Radbruch, tenemos a los siguientes juristas: Cerezo Mir, Dohna, Sax, Schmidhauser,

otros es posible evitar la escisión del sistema del delito en dos partes ya desde el principio.[19] Sin embargo, sobre este punto nos ocuparemos más adelante.

Luego de la indicación de las nociones sobre omisión brindadas por los más importantes representantes del causalismo clásico, se puede apreciar la imposibilidad de los mismos para enlazar la *omisión* con el esquema causal del delito – sin mencionar las dificultades del propio método del positivismo naturalista[20] – el cual, presentaba en la acción, la piedra angular en donde se erigía el ilícito penal,[21] la misma que presentaba como elementos: (1) la existencia de una voluntad, (2) un hecho, y, (3) la relación de causalidad entre ambos, apreciándose que en la omisión algunos de estos elementos están ausentes.

En efecto, el causalismo clásico fue incapaz de elaborar una definición de la omisión en un ámbito pre-jurídico, y así lo demuestra, por ejemplo, el concepto de Silvela: *en donde la omisión es una inactividad de la voluntad que deja de traducir la idea de la Ley en hechos reales,*[22] no precisando el jurista cómo falta la realización de la *idea de la ley*.

Frente a ello, les era necesario elaborar un concepto nuevo y con elementos distintos a los de la acción; así Beling distinguía una omisión en clave naturalística de una jurídica; o bien, Radbruch, elaboraba su noción sobre la base de la *posibilidad física – objetiva;* no obstante, estas construcciones han sido rechazadas por las razones ya expuestas.

Sin embargo, mención aparte merece la postura de Liszt, puesto que, la expresión: *la no realización de una acción esperada*, no solo se aleja de los criterios naturalistas, sino que, en la actualidad, puede encontrar algún eco con aquellas posturas que ven a las omisiones como la no realización de una determinada expectativa.[23]

Schroeder, Gallas, Grunwald, Roxin, Otter, Cury, Huerta, Cobo / Vives, entre otros.

[19] Entre quienes postulan la posibilidad de elaborar un supraconcepto, tenemos: Armin Kaufmann, Maihofer, Rudolphi, etc.

[20] Como se sabe, en la actualidad, y por la sucesión de corrientes doctrinales, se han abandonado las dos premisas básicas del *positivismo*: a saber, la de entender que el objeto de la ciencia jurídica está constituido tan sólo por el Derecho positivo, y la de estimar que a tal ciencia le corresponde únicamente su análisis y sistematización por la vía del método (inductivo) de construcción jurídica, dado que, la teoría no puede desprenderse de presupuestos metateoréticos.

[21] Salvo Radbruch, puesto que, ante la imposibilidad de un supraconcepto que englobe la acción con la omisión, debería ser en el tipo la base de la estructura del delito.

[22] Cita de: COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTON, Tomás. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 5ta. Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia – España, 1999, Pág. 383.

[23] Así tenemos a Gallas, para quien el juicio de omisión se basa, no en la circunstancias de que el sujeto haya dejado de llevar a cabo un hacer cualquiera, sino en el hecho de no haber realizado una actividad *esperada;* pero esta espera representa, en tanto no se indique el motivo, una fórmula vacía (Cfr. COBO DEL ROSAL / VIVES ANTON. Ob. C IT., Pág. 384).

Similar concepto lo encontramos en Rodríguez Devesa, para quien: *la omisión, es independiente, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de acción, de la existencia de un coeficiente psíquico volitivo en el momento en que debería haberse realizado la acción que el ordenamiento jurídico espera que realice el sujeto.* (Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María. "DERECHO PENAL ESPAÑOL. PARTE GENERAL", 10ma. Edición, Editorial Dykinson, Madrid – España, 1986, Pág. 383).

En la doctrina alemana, Jescheck parte de la ausencia de la acción esperada complementada con la capacidad individual de la acción (al sentido del finalismo), al precisar que, al tipo del delito de

No obstante, se le critica a Liszt la falta de concreción de cuál es esa acción no llevada a término; y en ese sentido, las discrepancias en la doctrina son mayores, puesto que, para unos basta omitir cualquier acción pensable (no realizada en un momento dado por el sujeto), y para otros, es necesario, además, que fuera posible, o bien, a través de otros criterios como: esperada en algún sentido, mandada, etc.[24]

Por otro lado, no se quiere terminar este punto sin referirme a la definición de Engisch, quien conceptúo a la omisión como la no aplicación de energía en una dirección determinada;[25] esta contracción muscular voluntaria, permite a Engisch la delimitación clara y unívoca entre actuar y omitir. Sin embargo, se objeta en contra de esto que tal concepto permite comprobar que no se ha producido un movimiento corporal, no aportando una definición de la omisión más allá de la simple redundancia.

Por tanto, las construcciones dadas por el causalismo clásico a la omisión, en la actualidad, han sido dejadas de lado por la dogmática.

2.1.1.2 EL NEOCAUSALISMO

En el sistema neo-causalista o causalista de corte valorativo o neokantismo jurídico, también pretendía construir su modelo de imputación en base a todas las manifestaciones delictivas posibles (acciones y omisiones, dolosas e imprudentes), pero apreció una inconsistencia en su sistemática,[26] por que concibieron a la acción como causal, y por tanto, no captaron la

---

omisión pertenece por naturaleza la ausencia de la acción requerida (*esperada)* conforme a la situación típica. Cfr. JESCHECK, Hans – Heinrich. "TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 4ta. Edición, traducción de Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada – España, 1999, Pág. 560.

[24] Muñoz Conde precisa que de todas las acciones posibles que un sujeto puede realizar, al ordenamiento jurídico – penal sólo le interesa aquella que espera que el sujeto haga (auxiliar, socorrer, impedir que se cometa un delito, etc.), porque le impone el *deber* de realizarla. Cfr. MUÑÓZ CONDE, Francisco / GARCIA ARAN, Mercedes. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 2da. Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia- España, 1996, Pág. 253. Sin embargo, cabe afirmar que esta *acción esperada* y mandada por la norma no fundamenta el concepto de omisión, sino que es la expresión de contenido del deber de actuar, esto es, de aquella afirmación que la omisión es un delito de infracción de deber y que el sujeto activo es un sujeto cualificado (garante); por ende, la teoría de la acción espetada, al menos, en el sentido de Muñoz Conde, es sustento de la posición de garante (la cual será estudiada más adelante) y no del concepto de omisión.

[25] Cita tomada de: STRUENSEE, Eberhard. "ACTUAR Y OMITIR, DELITOS DE COMISIÓN Y DE OMISIÓN". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 03, Editorial Grijley, Lima – Perú, 1994, Pág. 242.

[26] Si bien se le reconoce al neokantismo que sustituyó el método puramente jurídico - formal del positivismo – naturalista, introduciendo consideraciones axiológicas y materiales, también hay que reconocer que no trajo consigo un cambio en lo relativo al *objeto* de la ciencia dogmática del Derecho penal, es decir, el neokantismo jurídico tomó como objeto el mismo concepto positivista de Derecho de la fase anterior, convirtiéndose en una teoría complementaria del positivismo jurídico. Para Silva Sánchez, el neokantismo jurídico, además no consiguió desprenderse de su integración con la perspectiva naturalística que estima consustancial a la realidad la idea de causalidad (Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María. "APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL CONTEMPORANEO", Editorial Bosch, Barcelona – España, 1992, Pág. 55).

esencia de las omisiones que interesarían al Derecho penal, que como es afirmado en la actualidad, en la omisión hay una total ausencia de causalidad.

Sin embargo, puede decirse que ya se evidenciaba una existencia de un "deber de actuar" que daba inicio a los debates de la omisión,[27] pero asimismo se apreció incongruencias al tratar temas como los delitos imperfectamente realizados y la ubicación y naturaleza del dolo en los mismos. Se podía afirmar, para esta teoría, que en la omisión, efectivamente, existía una voluntad de omitir, de no realizar la acción mandada, pero no se podrá decir para efectos penales que esa voluntad consista en una voluntad de causar porque aquel sujeto no está interfiriendo en el curso causal hacia el resultado, es decir, es todo lo contrario.[28]

En la omisión, entonces no existía una voluntad como hecho psíquico de corte mecánico (en sentido naturalista), pues el contenido de aquel era una cuestión a decidirse en la culpabilidad; con lo cual la acción humana casi no se diferenciaba de la acción de los animales, y tampoco era un hecho, pues no existía un movimiento corporal de carácter voluntario que produzca el resultado exterior, y ni mucho menos podría hablarse de causalidad como una trasformación en el espacio y tiempo.

No obstante, esta derivación conceptual se contrapone al subjetivismo epistemológico y relativismo axiológico que son las bases fundantes del neokantismo jurídico, dado que, para esta corriente, mediante la referencia axiológica es el sujeto quien aporta a la realidad del Derecho positivo una concreta dimensión de sentido, conllevando las ineludibles referencias valorativas como factores no inherentes al objeto, no absolutos, universales e inmutables, sino condicionados subjetivamente, culturalmente;[29] y siendo así, cómo se justifica que esta corriente elaborase una noción de omisión en donde no participa el contenido de la voluntad, en donde precisamente, se da el material de análisis del sentido que sujeto le da a sus conductas.

Con un concepto de voluntad, vacío de contenido, los neo-causalistas elaboraron sus definiciones sobre la omisión.

Así, M. E. Mayer precisó que la omisión niega la actividad, pero no la acción. Pues para la acción – continúa el jurista – es esencial una voluntad de realización, causalmente, la técnica de esta voluntad de realización. Pero, al igual que es indiferente con qué músculo se inserta la voluntad en el mundo exterior – concluye el autor - tampoco importa si lo querido se estampa exteriormente en un movimiento corporal o en una inactividad corporal.[30] Sin

---

[27] Se considera que fue en el neokantismo en donde se originó la teoría de las fuentes formales del deber de actuar, la cual, aporta criterios de delimitación del rol de garante, el cual, será analizado más adelante.

[28] Cfr. REATEGUI SANCHEZ, James. Ob. Cit., Pág. 05.

[29] Con estas derivaciones se vislumbra los importantes aportes del neokantismo jurídico, puesto que, al poner de manifiesto las referencias valorativas de la construcción conceptual en derecho penal en sí es una aportación esencial al descubrimiento de la real naturaleza de las elaboraciones dogmáticas. En cuanto a la perspectiva político – criminal, el resultado dependerá del valor o valores que se tomen como punto de partida de la construcción jurídico – dogmática.

[30] Cita tomada de: BACIGALUPO, Enrique. "DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN", Ediciones

embargo, Mayer fue inconsecuente con su teoría, pues a la omisión culposa lo entiende como una especial categoría de delitos sin *actuación de voluntad* (¡!), conllevando una ruptura, ya no a nivel del comportamiento (en el sentido de Radbruch) sino en el tipo, que según Mayer es el primer elemento del delito, debiéndosele definir como un *suceso.*

Mención aparte merece el concepto de Mezger, el cual, partiendo de la teoría de la acción esperada, rechaza un objeto prejurídico para el mandato y liga la esencia de la omisión a la acción no realizada que es preciso representarse y suponer mentalmente para afirmar la existencia de una omisión. Con ello se afirma la relatividad de la omisión a una representación. De esta manera, se funda un concepto amplio de acción que alcanza también a la omisión, que pertenecería a un plano *normativo* constituida por un mero juicio.[31]

No obstante, se le critica a Mezger por la indeterminación de ese *algo esperado*, a qué plano pertenece ese *algo*, o, mejor dicho, de qué naturaleza es. Una búsqueda tal llevará a soluciones tan objetable como la de Mezger, que pretendió, *artificialmente*, convertir en un hecho, una acción meramente pensada.

En suma, si bien para la estructura general de la teoría del delito, el neocausalimo introdujo criterios distintos al causalismo clásico, en lo que respecta al contenido de figuras específicas, como es el caso de la omisión, al mantener un esquema conceptual que descansa en la causalidad y en la escisión de la expresión de la voluntad con el contenido de la voluntad, origina una definición ontológica – causal de la omisión similar al de la fase anterior, por lo que, participa de las mismas críticas elaboradas contra la corriente causalista – naturalista, a la que nos hemos referido en el anterior punto.

2.1.1.3 EL FINALISMO

El rechazo a la escisión de la voluntad con su contenido fue una de las consecuencias derivadas del método del finalismo. Para esta corriente, no se trata de incorporar la valoración en el proceso de construcción categorial, y menos por cada sujeto en particular, lo que conduciría a un rechazable relativismo y subjetivismo; más bien se trata de advertir la dimensión de sentido inherente a la realidad, sus estructuras lógicas – objetivas, y a partir de ahí, concluir cuál es la regulación jurídica que debe darse a los diferentes problemas penales. El método seguido – una vez sentadas las premisas ontológicas – será de naturaleza deductiva – abstracta.[32]

Sin embargo, lo que se discute del método del finalismo es si, es uno puramente ontológico o más bien responde a ciertas premisas previas de índole normativa; y esto no es baladí, porque la posición que se tome incide en la ubicación del concepto finalista de la omisión, esto es, de corte ontológico o normativista.

Pannedille, Buenos Aires – Argentina, 1970, Pág. 58.

[31] Cfr. BACIGALUPO, Enrique. "DELITOS…", Ob. Cit., Pág. 72.

[32] Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús M. "APROXIMACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 60

Al respecto, tenemos la posición de Laura Zúñiga, la cual, afirma que el pensamiento de *Welzel* sería uno ius-naturalista y que, el mismo, distinguía entre un Derecho natural ideal y otro existencial. "Su pensamiento (se refiere al de Welzel) no se aparta del *ius* naturalismo existente en el Kantismo, sino que concibe dos derechos naturales, uno ideal, eternamente válido, cognoscible por la razón y otro existencial, condicionado por la experiencia vital de la existencia".[33]

Por otro lado, y crítico a posiciones como el de Laura Zúñiga y de toda aquella postura que etiquete al finalismo como un método *ontológico*, es Gracia Martin, dado que, considera como un grave error reducir al finalismo a un sistema "ontológico", pues el finalismo – según este jurista – es un sistema fundamentalmente valorativo, aunque con la particularidad de que, a diferencia del normativismo imperante, es un sistema de normatividad objetivo y no, como aquél, uno en que la normatividad sólo es construida mediante el frágil instrumento de una intuición puramente subjetiva que opera sin el mínimo asidero material, y sólo con el impulso de la oportunidad y de lo conveniente históricamente.[34]

Para Gracia, los fundamentos reales del método del finalismo son de carácter *sintético*, esto es, óntico-axiológico, o real-normativo, en virtud de su aspiración a lograr una plausible fusión de realidad y valor. Al respecto, indica lo siguiente: "el método del finalismo consiste básicamente en que a partir de la contemplación de la función y de los fines del Derecho penal, procede a identificar los fenómenos reales que interesan al Derecho penal, para analizarlos en sus estructuras y sintetizar después los resultados del análisis, y todo ello con el fin de conocer el fenómeno en su unidad y en su realidad para poder fundirlo con los valores jurídicos correspondientes".[35]

Asimismo, para Rueda Martín, "el finalismo en modo alguno se limita a *señalar* el carácter ontológico de la acción humana, sino que lo que hace es *ordenar* la materia antes de efectuar las valoraciones a través del concepto ontológico de la acción (*imputativitas*) a la que añade, posteriormente criterios de significación social extraidos de la realidad social".[36]

Frente a ello, hay que distinguir lo siguiente, que el punto de partida de la construcción finalista se halla en la concepción retributiva de la pena y del Derecho penal como mecanismo dirigido a la protección de valores ético –

---

[33] Cfr. ZÚÑIGA, Laura. "POLÍTICA CRIMINAL", Editorial Colex, Madrid – España, 2001, Pág. 97.

[34] Al respecto, véase el prólogo realizado por Gracia Martín, al libro de su discípula: RUEDA, MARTIN, María Ángeles. "TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO EN EL DELITO DOLOSO DE ACCIÓN", Editorial Bosch, Barcelona – España, 2001, Pág. 31. Asimismo, véase la total adscripción de Gracia al finalismo welzeliano, en: GRACIA MARTIN, Luís. "PROLEGÓMENOS PARA LA LUCHA POR LA MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL Y PARA LA CRITICA DEL DISCURSO DE RESISTENCIA", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 2003, Pág. 218.

[35] Cfr. GRACIA MARTIN, Luís. "EL FINALISMO COMO MÉTODO SINTÉTICO REAL-NORMATIVO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). Nº 06-07, 2004, Pág. 07:03. Disponible en internet: http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-07.pdf.

[36] Cfr. RUEDA MARTIN, María Ángeles. Ob. Cit, Pág. 416.

sociales de la acción.[37] En la base de la argumentación welzeliana se halla la idea de que el Derecho no está constituido por meras normas de valoración, sino que tiene la misión de influir sobre el comportamiento humano (de constituir una fuerza configuradora de la vida social) y, por tanto, dirige a sus destinatarios mandatos y prohibiciones de conducta; al ser la conducta humana el objeto de sus normas, el Derecho queda vinculado a las estructuras del ser de aquélla.

En esa medida, es cierto que en el origen de las cadenas argumentativas del finalismo se insertan consideraciones que no son de naturaleza estrictamente ontológica. Más ello no puede conducir a negar que lo decisivo del finalismo es que, una vez determinadas del mondo apuntado las estructuras lógico – objetivas, éstas – es decir, un criterio apriorístico y no teleológico – vinculan estrechamente a la construcción dogmática.[38] Por ende, la lectura que pretenden dar Gracia Martin y Rueda Martín es la relación entre la esfera ontológica (del ser) con la normativa (deber ser), en donde, el primero funge como un límite a las valoraciones jurídico – penales en el ámbito del injusto y de la culpabilidad.

Sin embargo, nadie duda que el pensamiento de Welzel no fue establecer límites al normativismo, sino, por el contrario, la más importante conclusión que Welzel deduce de la asignación del Derecho penal del *orden de pensar* es el *carácter final de la acción* como concepto *prejurídico*,[39] una estructura lógica – objetiva a tomar en cuenta per se. Y por esta razón, ubico la noción finalista de la omisión en el ámbito del ontologicismo.[40]

En lo que respecta al delito de omisión, el finalismo adoptó un punto de vista ontológico; es decir, pretende aprehender la estructura lógica-objetiva del ser del hombre, del actuar y del omitir, que determina el juicio subyacente a la norma y al injusto, originando un concepto negativo – transitivo de la omisión,

---

[37] Cfr. GIL GIL, Alicia. "PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA Y FUNCIÓN ÉTICO SOCIAL DEL DERECHO PENAL". En: Díez/ Romeo/Gracia/Higuera, *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir,* Editorial Tecnos, Madrid - España, 2002, Pág. 10. GRACIA MARTIN, Luís. "PROLEGÓMENOS…", Págs. 191 y sgts. *El mismo* "EL FINALISMO"…, Ob. Cit., Pág. 07:11.

[38] Hay que afirmar que en esto se distinguía de los neokantianos, puesto que, éstos daban prioridad al método antes que al objeto, y en ese sentido, el valor que se le asigna a un objeto está dado por el razonamiento subjetivo e individual del sujeto cognoscente, el cual, emplea una razón sin condiciones apriorísticas, y por ende, relativas; en cambio, el finalismo, priorizaba el objeto antes que al método; esto es, que la realidad ya presenta un sentido, y es el sujeto cognoscente quien tiene que descubrirlo, no por razones subjetivas o individuales, sino por un razonamiento puro, de condiciones apriorísticas y universales.

[39] Cfr. MIR PUIG, Santiago. "INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL: CONCEPTO Y MÉTODO", 2da. Edición, Editorial B de F, Montevideo – Uruguay, 2002, Pág. 232.

[40] Hirsch precisó que Welzel se opuso a una unilateral metodología normativa de la ciencia del Derecho penal, sino que, postulaba que antes de toda valoración jurídica hay que analizar las estructuras de los fenómenos que se encuentran previamente en la realidad. Cfr. HIRSCH, Hans Joachim. "LA DISPUTA SOBRE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN Y DE LO INJUSTO, ESPECIALMENTE EN SU REFLEJO EN LA ZEITSCHRIFT FUR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT". En: *Derecho penal. Obras completas,* Tomo II, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires – Argentina, 2000, Pág. 106.

en donde quien omite es aquel que no realiza una acción final, pese a tener capacidad de acción. [41]

No obstante, el propio Welzel, descubrió que el tema no era fácil, porque con el transcurrir del tiempo, ha ido variando su pensamiento en relación a la naturaleza de los delitos de omisión. En un primer momento considero que la omisión era un problema concretado en la voluntad, luego considero que la omisión era un problema de finalidad y causalidad potencial de la persona. Pero fue Kaufmann, quien hizo los mayores estudios de la omisión en el campo del finalismo.

Así, expresión de aquel primer momento que se ha hecho alusión, lo encontramos en la siguiente afirmación de Welzel: "En la omisión, el sujeto no ha causado, por cierto, esa formación de realidad en el sentido causal naturalista, pero sí ha sido un efecto, en el sentido de la formación finalista del porvenir, a través del medio de la omisión...Por cierto, la omisión no puede "causar" nada en el sentido naturalista, pero la *voluntad* como factor de una formación finalista del porvenir puede acarrear una formación determinada realidad a través del dejar acontecer las series de evolución confiadas a él". [42]

Posteriormente Welzel reestructura su noción de omisión; así en esta segunda etapa, el finalismo elaboró, para armonizar el concepto de acción final con el de omisión, -pues la acción y la omisión de una acción son dos subclases independientes dentro de la "conducta" susceptibles de ser regida por la voluntad final- una *no finalidad* por una *finalidad potencial* y la *no causación* por una *causación potencial*, que no fueron más que confesiones de insuficiencia o falta de elaboración. [43] Es decir, que se acepta que la omisión en sí misma no puede existir, que verdaderamente sería una nada, con lo cual el concepto de omisión sólo cobra vigencia en la medida que está referida a una determinada acción. Por lo tanto, Welzel, ha dicho que "...la omisión no es un mero concepto negativo, sino uno "limitado": es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho (a la *finalidad potencial* de la persona). Omisión es la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción. Sólo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho (dominio del hecho) de una persona, puede ser omitida". [44]

En la última etapa, la labor de Armin Kaufmann fue definitiva; así introdujo un nuevo elemento en su concepto de omisión, para encontrar un elemento común con la acción: *la capacidad de acción*, pero solventado con un dato más: el aspecto intelectual.

En ese sentido, en la versión acabada de la doctrina finalista de la omisión, ésta no es el simple *no hacer algo* (mandado, esperado, posible, etc.),

[41] Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María. "EL DELITO DE OMISIÓN…", Ob. Cit., Pág. 35.
[42] Cfr. WELZEL, Hans. "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", traducción de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires - Argentina, 1956, Pág. 211
[43] Cfr. REATEGUI SANCHEZ, James. Ob. Cit. Pág. 07.
[44] Cfr. WELZEL, Hans. "DERECHO PENAL ALEMÁN", traducción de Bustos Ramírez y Sergio Yánez, Ediciones Jurídicas de Santiago de Chile, Santi ago - Chile, 1970, Pág. 277.

sino que, denota el *no hacer una acción final, teniendo capacidad de acción*, esto es, la capacidad de formular decisiones, dirigirse de acuerdo lo decidido, contando con los medios (físicos) para hacerlo posible.[45] Por tanto, el énfasis está dado por el conocimiento y la posibilidad de actuar, sobre la base de ese conocimiento.

Así, por un lado, en una faceta interna, esto es, el conocer; en donde el conocimiento de la situación no debe ser solo *posible* sino un conocimiento real, efectivo,[46] esto es, un *saber seguro*, y no una mera posibilidad de conocer.[47]

Al respecto Armin Kaufmann partiendo que la omisión implica no hacer una acción posible y subordinada al poder final del hecho de una persona concreta, concluye que esta *capacidad de acción* (concepto que tiene la función de servir de común denominador entre las nociones de acción y de omisión) se traduce como *finalidad potencial.*[48]

Estas acotaciones fueron recogidas por Cerezo Mir, para quien entre la acción y la omisión la única nota común es la *capacidad de acción*; y siendo así, "la omisión es la no acción con posibilidad concreta de acción, es decir, la no realización de una acción finalista que el autor podía realizar en la situación concreta".[49]

Sin embargo, cómo concordar esta finalidad *potencial*[50] con la exigencia de un conocimiento *real,* dado que, si la finalidad es solamente *potencial,*

---

[45] Por eso que la capacidad de acción comprende una serie de elementos: a) una posibilidad física de actuar, externa y objetiva, esto es, que la obra *puede* ser realizada; b) una capacidad de conducción final, la cual, abarca dos grupos de cuestiones, por un lado, la adopción de la decisión, y por otro lado, el control del proceso que se ha puesto en movimiento.

[46] Aunque con la salvedad de que si es, para los finalistas, suficiente una posibilidad de conocer los medios de realización.

[47] Sin embargo, hay posiciones como la de Gallas, Herzberg, Maurach y Engisch, quienes consideran suficiente la simple posibilidad de conocer.

[48] Así a la omisión no le son propias la causalidad ni la finalidad (actual), pero tampoco el *dolo de hecho* como voluntad de realización de una acción; con ello la categoría ontológica de la finalidad está negada en las omisiones. Ese poder final del hecho supone en el agente conocer la situación, reconocer los medios y poder ejecutar el plan. La omisión consiste en el nudo no ejercer ese poder final, que es un dato de hecho sin ningún contenido normativo y que no depende de que alguna acción sea esperada. Cfr: KAUFMANN, Armin. "TEORIA DE LAS NORMAS. FUNDAMENTOS DE LA DOGMATICA PENAL MODERNA", Editorial Desalma, Buenos Aires – Argentina, 1977, Págs. 185, 277 y 278.

[49] Cfr. CEREZO MIR, José. "CURSO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL. II. TEORIA JURÍDICA DEL DELITO", sexta edición, segunda reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid – España, 200, Pág. 50. Se alinea a una definición finalista de la omisión, con matizaciones normativistas, el jurista peruana Villavicencio, para quien la omisión *es un no hacer una acción posible subordinada al poder final del hecho de una persona concreta que viene exigida por el ordenamiento jurídico* (Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Luís Felipe. "LECCIONES DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Cuzco, Lima – Perú, 1990, Pág. 271; *el mismo,* "CÓDIGO PENAL", 3da. Edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2001, Pág. 80).

[50] Realizando la respectiva aclaración la finalidad potencial es entendida como aquella finalidad, por la cual, el sujeto hubiera podido desplegar y no lo había hecho. Esta figura aparece en la construcción de NIESE, en 1951, al publicar su libro: "Finalidad, dolo e imprudencia", en donde considera que la finalidad potencial es un requisito de la culpa. Posteriormente, Armin Kaufmann traslada esta figura a la omisión.

debería ser lógico, la sola exigencia de una *posibilidad* de conocer. Asimismo, si lo decisivo si hay un deber de estar atento a fines de la acción cognoscibles, se dejaría sin sustento la punibilidad de la omisión por culpa inconsciente, en donde, precisamente, lo que falta es un conocimiento efectivo, real; y en ese orden de ideas, el sujeto que, desconociendo la existencia de una situación de peligro para un bien jurídico pero pudiéndola conocer, no actúa debería quedar impune. En suma, la exigencia de un conocimiento real y actual conllevaría a indebidas consecuencias, como el ejemplo señalado, y sobretodo el origen de contradicciones en el seno de la doctrina finalista en donde, por ejemplo, la noción de culpa descansa en una finalidad real y no potencial.

Por otro lado, la capacidad de actuar presenta, como faceta externa, el *poder actuar* (obviamente, en función a lo que se conoce), acercándose a posiciones como la de Radbruch, y siendo partícipe de las críticas elaboradas al criterio de la posibilidad física – objetiva como delimitador de la noción de *omisión,* dado que, carece, justamente, del poder limitar los contornos de esta figura, cayendo en una progresión *ad infinitud*, puesto que, un sin número de posibilidades de actuar puede originarse, implicando a todos aquellos hipotéticos intervinientes y, por ende, merecedores de un reproche penal.

Finalmente, cabe indicar un último intento dogmático por parte del finalismo en la noción de *omisión*, esto es, el *Principio de inversión.* Así, si dogmáticamente, y ya que la omisión no es acción (o es no – acción), los delitos omisivos se caracterizan por el *principio de inversión* (que Welzel toma de Kaufmann[51]) de las particularidades de los delitos de comisión. De ahí por qué no hay en los delitos de omisión causalidad ni finalidad, ni voluntad de realización, ni dolo en sentido propio, sino, a lo sumo, algo así como un *cuasi – dolo.*

Este postulado se origina por la conclusión de Radbruch consistente en postular la irreductibilidad de la acción y omisión en un concepto superior: "Como es cierto que un concepto y su opuesto, igual que es cierto que la afirmación y la negación, A y no A no pueden ser incluidos en un concepto común superior; asimismo es cierto que también la acción y la omisión deben estar separadas la una junto a la otra".[52] En ese orden de ideas, Welzel afirmó que la acción y la omisión se comportan como A y no A, posibilitando a Armin Kaufmann la realización metódica de la división del sistema en dos partes, según el llamado principio de la inversión, en el análisis de la omisión de las reglas desarrolladas para la acción.[53]

Esquematizando lo señalado se puede decir que, la tipicidad, por ejemplo, que en la comisión consiste en que la acción concuerde con la descrita en el tipo prohibitivo, en la omisión se aprecia en sentido contrario: la acción es típica cuando no coincide con la mandada por el tipo prescriptito. Con todo estas peculiares inversiones no parecen ir más allá del tipo, ya que, según Welzel, la antijuridicidad y la culpabilidad de los delitos de omisión no

[51] Cfr. WELZEL, Hans. "DERECHO PENAL…", 1970, Ob. Cit., Pág. 280.

[52] Cita tomada de: MARINUCCI, Giorgio. "EL DELITO COMO ACCIÓN. CRITICA DE UN DOGMA", traducción de Saínz – Cantero, Editorial Pons, Barcelona – España, 1998, Pág. 73.

[53] Cfr. MARINUCCI, Giorgio. Ob. Cit., Pág. 74.

presentan características especiales: la primera será la omisión típica no justificada, y dado el tipo de injusto se dará también la culpabilidad si el deber de actuar (que no pertenece a la estructura del delito de omisión, como el deber de omitir no pertenece a la estructura dogmática del delito comisivo) le era reconocible al autor y su cumplimiento le era exigible.

No obstante, en este punto es más notorio la renuncia por parte del finalismo de sus propios presupuestos, esto es, si el sistema penal debe erigirse sobre la base de las estructuras lógico – objetivas, y siendo una de esas estructuras es la presencia de una finalidad inescindible en el comportamiento humano, entonces cómo negar a la omisión toda presencia de ¡finalidad!,[54] aun más cómo justificar figuras como el cuasi – dolo, en donde se elimina la voluntad y se deja en el puro aspecto conativo.

En ese orden de ideas, el *principio de inversión* tornaría a la omisión ciega y solo a la acción vidente; así como, revelaría como posiciones de base ontológicas, como el finalismo, es incapaz de elaborar una noción de *omisión,* sin caer en la renuncia a sus propias premisas metodológicas.

Por tanto, la conclusión es que ni el concepto de capacidad de acción, ni el *principio de inversión*, resultan apropiados para establecer una noción de *omisión* y, por ende, la materia de una valoración jurídica. El plano ontológico se revela, en este punto, incapaz de proporcionar una solución al problema.

2.1.1.4 EL POST FINALISMO

En este punto se analizará la posición de Zielinsky, el cual, se caracteriza por tratar de llevar el esquema finalista a sus últimas consecuencias.

El punto de partida de este autor lo constituye una valoración del papel del resultado en los delitos de omisión. En su opinión, las normas sólo pueden mandar o prohibir acciones y no resultados. De ello, desprende la conclusión de que objeto del mandato no será la salvación (por ejemplo), que es un resultado y como tal, depende del azar, sino la *realización de una acción con tendencia de salvación*, en la que la idoneidad o potencia objetiva de resultado no juega papel alguno.

A partir de estos presupuestos, observa Zielinsky que el concepto de capacidad final de acción de Kaufmann no es el que se deriva del concepto final de acción, sino que contiene, además, los elementos de la capacidad de resultado, de la realización con éxito de una acción. Frente a esto, entiende, que la capacidad de acción final no requiere de elementos objetivos, sino que

---

[54] Sin embargo, esa renuncia se debe a que la psicología tradicional no ha esclarecido con el debido cuidado la naturaleza de los fenómenos negativos, que aquí resultan de interés porque la omisión es no – acción (no hacer), lo que desde luego está muy lejos de significar lo mismo que la frase "la omisión no es acción" (conducta). La percepción da cuenta inequívoca de la existencia de estos fenómenos negativos, que pueden entenderse como *ausencias relativas,* mas no como una *nada:* un testigo ve que el agente no utiliza armas y esto no es igual a no ver, pues la percepción de lo negativo no es una no – percepción, sino más bien la percepción, de un vacío, de una ausencia de algo que podría y debería estar presente.

lo esencial es la finalidad del sujeto, aún cuando esté movida por representaciones erróneas de la realidad.

En conclusión, para la capacidad de acción, en sentido final, basta con la *capacidad de tentativa*, es decir, con que el sujeto pueda plantear y realizar una acción que toma por idónea (para la salvación, por ejemplo).[55] Y en ese orden de ideas, el ilícito del delito de omisión está estructurado de modo plenamente correspondiente al de los delitos de comisión; así como, éste reside exclusivamente en la comisión de una acción final con tendencia a la lesión del bien jurídico, así también aquél consiste únicamente en la omisión de una acción final con tendencia al salvamente del bien jurídico.[56]

La crítica a esta concepción estriba en que al convertir la omisión de no realización de una acción *posible* en no realización de una acción *pensada* como posible, amplía hasta límites muy elevados de inconcreción el ámbito del concepto de omisión.[57] Asimismo, se la puede objetar en el sentido que, como el omitente no es causal respecto del resultado, por tanto, no dirige ningún curso causal, así como, no puede actuar de modo final.

En suma, estas observaciones comulgan con el rechazo total de concepciones del injusto como el de Zielinsky, dado que, si bien se reconoce que una vez lesionado el bien jurídico protegido (penalmente), el Derecho penal (cuando intervenga) no lo podrá restituir a su estado anterior a la lesión, por lo que, su intervención debe dirigirse *primeramente* a la evitación de acciones, también deberá reconocerse que en un Estado social y democrático de derecho sólo se deberá tener en cuenta la afectación al bien jurídico (ya sea en su real afectación o por lo menos tentado) para fundamentar el injusto;[58] por tanto, se debe tomar en cuenta tanto a la acción como el resultado.[59]

2.1.1.5 TOMA DE POSICIÓN

La omisión, desde el punto de vista de las definiciones del ontologicismo, es el no hacer (nada, en sentido intransitivo, algo, en sentido transitivo), y como realidad pre-jurídica su concepto se elabora fuera del ámbito del tipo (aunque para dotarla de sentido, allí si se requerirá acudir al tipo penal[60]); y esto último que aparece como conclusión es, justamente, la premisa de la equivocación de esta tendencia.

---

[55] Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María. "EL DELITO DE OMISIÓN…", Ob. Cit., Pág. 46.

[56] Cfr. ZIELINSKY, Diethart. "DISVALOR DE ACCIÓN Y DISVALOR DE RESULTADO EN EL CONCEPTO DE ILICITO", traducción de Sancinetti, Editorial Hammurabi, Buenos Aires – Argentina, 1990, Pág. 230.

[57] Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María. "EL DELITO DE OMISIÓN…", Ob. Cit., Pág. 46. El jurista español considera que un concepto de omisión no debe fundarse en la tendencia subjetiva ni en un juicio ex post de posibilidad efectiva. Más bien es preciso un juicio ex ante de posibilidad efectiva. Es decir, que un espectador objetivo con los conocimientos especiales del autor le atribuyera a éste la posibilidad de realizar la acción correspondiente (Pág. 47)

[58] A lo que actualmente se le conoce como el contenido de la antijuridicidad material.

[59] Y esto se aprecia en otros niveles del injusto, como en la tipicidad, cuando se requiere, en el ámbito de la imputación objetiva, tanto la creación de un riesgo jurídicamente relevante, y la realización de este riesgo en el resultado.

[60] Como afirmaba Beling.

En efecto, la omisión, desde el plano de la ontología, no existe; esto es, en el mundo del ser sólo hay acciones; lo que comúnmente llamamos omisión es la acción no desplegada y sustituida por otra; es decir, la omisión de una acción que se puede hacer y, por eso mismo, está referida siempre a una acción determinada, cuya no realización constituye su esencia.[61] ***Por el contrario, la omisión es un juicio (interpretación) negativo de algo realizado.[62]***

Este juicio tiene como referencia los roles de las personas (de corte jurídico con referencia a la organización del comportamiento y a las institucionales sociales) como lo veremos más adelante; dado que, la sola *posibilidad* de hacer algo, como propiedad del concepto *omisión* no es suficiente.

La única forma óntica es lo real (lo sucedido); lo que se dejó de hacer (alternativas de acciones) son sólo hipótesis infinitas, por tal, su inconcreción es irrelevante para el Derecho penal. Cuando se prescinde de la indispensable referencia normativa que demanda la omisión, se cae en la aparente paradoja de que la omisión es una acción, que se disuelve cuando se establece la adecuada distinción entre pragma y tipo y, por ende, se advierte que la omisión es una forma típica de prohibir acciones.[63]

Como el punto de referencia del juicio (interpretación) negativo (omisión) es el tipo penal, la relevancia de la omisión se encontrará en el tipo y su contenido delimitado por instrumentos jurídico – penales (como el de la imputación objetiva) que respeten el concepto y contenido normativo de la omisión; y esto último fue lo que no realizó las concepciones anteriormente analizadas.

Así la dogmática causalista fracasó al tratar de analizar la omisión a través de la causalidad (que se estudiará en el siguiente punto), así como, de la figura de la *posibilidad*, el cual, peca de ambiguo y, por ende, incapaz de ser un criterio delimitador de la omisión. Asimismo, la doctrina del finalismo fracasa al fundar la *omisión* en nociones como la *finalidad potencial*, la cual, como se ha indicado, contradice con la exigencia de conocimiento real, esbozado por el finalismo. Al respecto, Fernández Carrasquilla acota lo siguiente: *"Su realidad específica no ha podido ser captada por el causalismo (no es un proceso*

---

[61] Cfr. MUÑOZ CONDE / GARCIA ARAN. Ob. Cit., Pág. 252.

[62] En contra Bacigalupo, porque faltaría el substrato real que deberá marcar el contenido del injusto. Cfr. BACIGALUPO, Enrique. "DELITOS…", Ob. Cit., Pág. 73. Sin embargo, considero, que posteriormente Bacigalupo cambia de posición al estimar que la problemática de la omisión es de *equivalencia*, esto es, cuando el no evitar el resultado es punible con la producción activa del mismo; y esta *equivalencia*, para Bacigalupo, o bien lo establece el tipo penal específico (para los delitos de omisión propia) o bien una cláusula legal genérica (para los delitos de omisión impropia); por lo que, si el fundamento de la omisión es la *equivalencia*, y ésta se determina en la ley; se concluye que es un *juicio de interpretación* (normativa) de cuando la omisión equivale a su realización activa. Para mayores detalles véase: BACIGALUPO, Enrique. "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Cuarta edición, Editorial Akal, Madrid – España, 1997, Pág. 390 y sgts.

[63] Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Volumen II, Editorial EDIAR, Buenos Aires – Argentina, 2000, Pág. 544.

causal) ni por el finalismo (no es sobredeterminación de un proceso causal".[64]

De este modo se puede apreciar que, desde el plano del ontologicismo, no se puede elaborar una definición de la omisión, esto es, tomando en consideración el modo real en que se desenvuelve el comportamiento humano, porque de ello resulta que todo movimiento corporal del hombre se puede ver como acción (en el sentido de hacer algo), ya como omisión (no hacer algo).[65] Si lo decisivo del actuar humano es ir continuamente eligiendo entre alternativas, resulta evidente que el hacer algo constituye, a la vez, omisión de la alternativa. Ello vendría a indicar que conceptos como los de acción y omisión no se limitan a describir la realidad, sino que, más bien, la interpretan.

Por tanto, son erradas aquellas posiciones que elaboran conceptos de la omisión partiendo de su referencia con el mundo real.[66] Así tenemos, a Baumann, para quien la abstención, el no movimiento del hombre, que le era posible realizar a éste, queda relacionada con su entorno y adquiere el alcance de una especial proyección del sujeto en ese mundo.[67] Y son erradas porque la noción de *omisión* – útil para la estructura de la teoría del delito – no parte de criterios naturalísticos, sino que, la significación depende de la regulación legal de la estructura de cada tipo penal.[68]

En España, actualmente, aún encontramos autores que postulan un concepto ontológico de la omisión. Así, Gracia Martin, precisa que "acción y omisión constituyen realidades diversas, irreductibles e incompatibles en la esfera ontológica".[69] Asimismo, Serrano Maillo, partiendo del carácter irreductible de la comisión y omisión, indica que son realidades distintas ya a nivel ontológico, o sea previas a lo jurídico, entidades separadas y diferenciables ya en este nivel.[70]

---

[64] Cfr. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. "DERECBO PENAL FUNDAMENTAL", Volumen II, 2da. Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1989, Pág. 163.

[65] Para Bacigalupo en el plano ontológico sólo hay acciones efectivamente realizadas; pero en las omisiones hay más directamente una alusión al significado de una acción: *se quiere decir que la acción no es la mandada por la norma.* Cfr. BACIGALUPO, Enrique. "LINEAMIENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO", Editorial Hammurabi, Buenos Aires – Argentina, 1989, Pág. 119.

[66] Este *escape* de lo ontológico, en palabras de Bustos, consiste en el paso de una visión con acento naturalístico u ontológico del delito a una concepción político normativo. Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan. "CONSIDERACIONES RESPECTO A LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN LA REFORMA PENAL LATINOAMERICANA". En: *Política criminal y reforma del derecho penal*, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1982, Pág. 278.

[67] Cita tomada de: TERRAGNI, Marco Antonio. "OMISIÓN IMPROPIA Y POSICIÓN DE GARANTE", En: *Derecho procesal penal. Libro homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez* Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires – Argentina, 2000, Pág. 180.

[68] Sobre movimiento corporal e ilícito en un enfoque teórico actual, véase: SANCINETTI, Marcelo A. "FUNDAMENTACIÓN SUBJETIVA DEL ILÍCITO Y DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA. UNA FUNDAMENTACIÓN DEL ILICITO", Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1995, Pág. 08.

[69] Cfr. GRACIA MARTIN, Luís. "LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL". En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid – España, 1995, Pág. 96.

[70] Cfr. SERRANO MAILLO, Alfonso. "ENSAYO SOBRE EL DERECHO PENAL COMO CIENCIA. ACERCA DE SU CONSTRUCCIÓN", Editorial Dykinson, Madrid – España, 1999, Pág. 233.

Sin embargo, en Derecho penal, sólo puede producirse en la esfera de lo típico, pues ninguna otra interpretación (así, expectativas sociales, etc.) tienen carácter prejudicial de la interpretación penal. En un primer nivel se da una realidad interpretable (conducta), y, en un segundo nivel, se dan interpretaciones (comisión y omisión: tipicidad). En efecto, es posible construir sobre una misma realidad empírica enunciados que expresen omisiones muy diferentes; esto es, una misma realidad puede verse sometida a distintas *interpretaciones* (atribuciones de contenido de sentido). No obstante, esto no es privativo de la omisión. También en la actividad una misma realidad puede recibir esas diferentes interpretaciones, es decir, según la perspectiva adoptada puede atribuirse un contenido de sentido diferente: la interpretación como un hacer activo determinado es una de las posibles atribuciones de sentido que pueden darse a una realidad; esa misma realidad puede interpretarse como otras acciones u omisiones de diferente signo.

Al provenir los conceptos jurídicos del *deber ser* están referidos a valores. Por ello, según Roxin, y de un modo aún más pronunciado según Jakobs, la esfera ontológica no puede proporcionar la materia ni los conceptos jurídicos, pues si las regulaciones jurídicas tienen objetos y contenidos esencialmente normativos, entonces sólo es correcto determinar el objeto del Derecho penal en función de las valoraciones y de los fines de éste. En este sentido, el legislador y el Derecho penal serían completamente libres para crear sus conceptos, y tiene que ser precisamente en esta libertad donde sean construidos de un modo racional teleológicamente,[71] esto es, normativamente.[72]

En ese orden de ideas, la diferencia fundamental, entonces, entre el delito comisivo y el omisivo está en las reglas que rigen la verificación de la adecuación típica.[73]

Mención especial merece la teoría de Maurach, la cual distingue entre acción comisiva y acción omisiva. Para Maurach, en el plano ontológico sólo hay acciones – término equivalente a conducta humana – dominadas por la voluntad dirigente, las cuales, pueden llegar a un objetivo tanto por medio de la actividad corporal propia, o bien, por inactividad corporal – desde un plano de valoración jurídica -.[74] Esta aparente acercamiento a la posición tomada en el

---

[71] Cfr. ROXIN, Claus. "PROBLEMAS BÁSICOS DEL DERECHO PENAL", traducción de Luzón Peña, Editorial Reus, Madrid – España, 1976, Pág. 74.

[72] Cfr. JAKOBS, Gunther. "LA IDEA DE LA NORMATIVIZACIÓN EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO – PENAL". En: *Problemas capitales del modemo Derecho penal a principios del Siglo XXI*, Moreno Hernández (Coordinador), Editorial Ius Poenale, México D.F. – México, 2003, Págs. 69 y sgts.

[73] Cfr. BACIGALUPO, Enrique. "LINEAMIENTOS…", Ob. Cit., Pág. 119. Concluye esta idea afirmando que al tipo prohibitivo resulta adecuada solamente la acción que coincide con la descripta en el tipo; al tipo imperativo es adecuada toda acción que no coincida con la ordenada por la norma. Aunque el Bacigalupo de ese entonces consideraba que con el *criterio de causalidad* se logra la adecuación típica que permitirá la distinción entre el delito comisivo con el omisivo; posteriormente, y concordando con lo que se pretende establecer aquí, es a través de las reglas de la imputación objetiva la que permitirá la distinción típica entre acción y omisión.

[74] Maurach afirma que el objeto que el derecho penal describe como omisión se presenta como una acción desde el punto de vista de su estructura óntica, como una conducta humana dirigida a un fin y dominada por la voluntad dirigente. Cfr. MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz / GOSSEL,

concepto de omisión es solo eso, aparente, dado que, Maurach pretende hallar una solución entre la dicotomía de A y no A en la consideración de la acción en la omisión, como una mera categoría jurídica, lo que significa una dicotomización del concepto mismo de acción, o sea, entendida como una realidad en el tipo activo y como una categoría jurídica en el omisivo.

La fórmula clásica refleja una concepción que sitúa a acción y omisión en el mismo plano sistemático (sea éste el del ser -conducta o comportamiento humano - o el de las realidades normativas – tipicidad -). Sin embargo, omisión presenta un plano normativo,[75] y sólo la acción presenta un ámbito prejurídico; esto es, en el plano pretípico solo existen acciones o conductas; en tanto que en el plano típico existen dos estructuras al respecto, una que prohíbe las conductas que describe (activa) y otra que prohíbe las conductas distintas de las que describe (omisiva). En efecto, los conceptos de acción y omisión no se contraponen, sino que se sitúan en niveles sistemáticos distintos. En el plano del ser, sólo hay procesos causales, algunos de los cuales, que son capaces de sentido, esto es, interpretables y no meramente explicables, reciben el nombre de acciones. Estas, al ser contempladas desde perspectivas normativas (es decir, a partir de algún sistema de normas, sea éste del género que sea), pueden manifestarse como comisiones o como omisiones.[76]

No obstante, en este apartado no se quiere afirmar que toda fundamentación ontológica del sistema penal es equivocada. Por el contrario, planteamiento de ese corte como el finalismo ha brindado aportes a la dogmática jurídico – penal de invalorable cuño; y en ese sentido, cabe destacar, como el finalismo ha visto correctamente que las representaciones y los objetivos del autor juegan un papel importante en la determinación del injusto penal – y las mismas serán tomadas en cuenta cuando se analicen las reglas de la imputación objetiva aplicables al tipo de omisión impropia -.

En suma, en este punto se ha querido demostrar la inviabilidad de un concepto de omisión de corte ontológico; sino que, el sistema jurídico – penal aplicable, por ejemplo, a la omisión, tenga un corte normativo delimitado, tanto, por criterios de política – criminal, así como, de los datos empíricos que la realidad brinda; esto es, vinculación entre normativismo y la referencia a lo empírico. En ese sentido, nos adherimos a las siguientes palabras de Roxin: "El sistema penal no debe, entonces, proveer deducciones de conceptos normativos abstractos ni tampoco ser un reflejo de leyes ontológicas, sino

---

kart. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Tomo II, traducido por Jorge Bofill, Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1995, Pág. 220.

[75] En la doctrina peruana, tenemos a Peña Cabrera, quien afirmó que la omisión posee una referencia normativa; de ahí que tiene sentido hablar de omisión en el seno de un sistema normativo, que calificará y precisará omisiones que comporten la no realización de las acciones que quieren sean realizadas. Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl. "TRATADO DE DERECHO PENAL. ESTUDIO PROGRAMATICO DE LA PARTE GENERAL", 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima _ Perú, 1999, Pág. 526. Por otro lado, Villa Stein, solo hace mención de un nuevo concepto de omisión de corte normativo, basado en el criterio de lo *jurídicamente relevante.* Cfr. VILLA STEIN, Javier. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial San Marcos, Lima – Perú, 1998, Pág. 255.

[76] Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María. "COMISION Y OMISION. CRITERIOS DE DISTINCION". En: *Cuadernos de Derecho Judicial,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid – España, 1995, Pág. 15.

constituir una interconexión de ideas centrales de política criminal que penetran en el material jurídico, lo estructuran y posibilitan soluciones a los problemas adecuadas a la peculiaridad de estos".[77]

2.1.2 LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA OMISIÓN

Desde la concepción del delito por Franz von Liszt aparecen como características típicas: (1) la acción, (2) el resultado, y (3) la relación de causalidad, las cuales, *per se*, originan una clasificación de los tipos penales.[78]

En lo que respecta a la cuestión de la causalidad, se recuerda las palabras de Binding en que el Derecho distingue la voluntad humana como causa de todas las otras causas. El hombre causa una modificación cuando desencadena un movimiento en dirección a un fin y logra aumentar la fuerza de este movimiento de manera tal que supera los obstáculos que nunca faltan.[79] Sin embargo, el tema de la causalidad ha sido objeto de comentario de importantes filósofos como Platón,[80] Aristóteles[81] o Santo Tomás de Aquino;[82] siendo los trabajos de STUART MILL, la primera consideración sistemática de la causalidad en el Derecho penal.[83]

En la actualidad se habla de un "Principio de causalidad", dado que, la forma de conocimiento humano aplicable, como evidente e inmediata, es la estructura lógico – formal de la causalidad, la cual, puede explicar la relación que existe entre una acción como causa y un resultado. Es decir, el principio según el cual a toda causa le sigue un resultado se denomina *principio de*

---

[77] Cfr. ROXIN, Claus. "NORMATIVISMO, POLITICA CRIMINAL Y EMPIRISMO EN LA DOGMATICA PENAL". En: *Problemas actuales de dogmática penal*, traducción de Manuel Abanto Vásquez, ARA Editores, Lima – Perú, 2004, Pág. 68.

[78] Recuérdese la clásica dicotomía entre delitos de resultado y delitos de mera actividad. No obstante, esta distinción es rechazada por la doctrina dominante, al considerar que en los delitos de actividad el resultado se produce *simultáneamente* con la actividad; en cambio en los *denominados* delitos de resultado, hay una distancia espacio – temporal entre la actividad – relación de causalidad – resultado. Al respecto, véase: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "LA DISTINCIÓN ENTRE DELITOS PROPIOS (PUROS) Y DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN (O DE COMISIÓN POR OMISIÓN). En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 13, Lima – Perú, 2003, Págs. 58 – 59. Particular posición presenta Laurenzo Copello, al afirmar que en los delitos de peligro abstracto sólo hay un desvalor potencial de resultado; así consúltese: LAURENZO COPELLO, Patricia. "EL RESULTADO EN DERECHO PENAL", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 1992, Pág. 182.

[79] Véase: KAUFMANN, Armin. Ob. Cit., Pág. 26.

[80] Como se sabe, el planteamiento de Platón giraba entorno al mundo de las *ideas*, y al no ignorar el problema causal, afirmó que el mundo de las ideas es regido por leyes causales; esto lo demostraría a través de las figuras silogísticas, en las que una conclusión pueda ser claramente señalada como la consecuencia de dos premisas (mayor y menor) que actúen como causas.

[81] A juicio de Aristóteles, no existe una sucesión infinita de causas, sino que existe un primer principio de todo, que podría ser considerado la causa de todas las causas. Cfr. ARISTÓTELES. "METAFÍSICA", 10ma. Edición, Editorial Porrúa, México D.F – México, 1987, Pág. 32.

[82] Santo Tomás Aquino precisó que todo lo que se encuentra en movimiento ha sido impulsado por algo y que la causalidad es un presupuesto y no un objeto de prueba; asimismo, afirmó que solo Dios puede ser considerado como causa primaria mientras todo lo que a partir de allí acaece corresponde a fenómenos causales secundarios.

[83] John Stuart Mill, en 1843, señaló que solo en forma excepcional puede afirmarse que una consecuencia es resultado de una única causa, pues por regla general es la reunión de diversos antecedentes lo que genera efectos.

causalidad y a la relación entre dicha causa y su resultado, relación de causalidad. Así pues para poder atribuir un resultado a una persona como consecuencia de su actuar, es preciso determinar si entre ambos – acción y resultado – existe relación de causalidad desde un punto de vista natural, para a continuación, determinar la existencia de un vehículo jurídico entre ambos.[84]

En lo que respecta a la omisión, con la entrada del pensamiento científico – natural en la teoría del Derecho penal, se iniciaron a mediados del Siglo XIX los intentos de resolver el problema de la equiparación mediante la prueba de una auténtica *causalidad de la omisión* respecto al resultado producido.[85]

No obstante, la situación es que ***la causalidad es un concepto ontológico***;[86] siendo la dificultad el elaborar una fórmula adecuada que permita decidir en qué casos existe causalidad y en cuáles no. En ese orden de ideas, ¿será posible encontrar un elemento ontológico, como es la relación de causalidad, en la omisión, la cual, *per se*, es normativa? A continuación, se analizarán aquellas opiniones que consideraron como posible la concurrencia de la causalidad en la omisión; para ello, comenzaremos a describir, sucintamente, como los modelos: causalista, neocausalista y finalista, pretendieron encontrar esa concurrencia; para luego, analizar las teorías causales, por un lado genéricas, y por el otro lado, especiales, que trataron este tema.

En la teoría causalista clásica, la imputación se redujo a la determinación de causalidad, y la teoría que sirvió para la explicación de este elemento fue la equivalencia, según la cual un resultado es la consecuencia de todas las condiciones que han contribuido a su producción.[87] Asimismo, la teoría causalista clásica contempló la relación de causalidad como un elemento de la acción previo al tipo; surgiendo así el denominado *dogma causal*.

En efecto, la antigua teoría causal – naturalística de la acción ve en la acción humana un suceso causal, por el cual sólo debe interesar el movimiento corporal provocado por un acto voluntario, con sus consecuencias en el mundo externo, y no en el sentido social del suceso.[88]

Y en lo que respecta a la omisión se tiene que, en la medida en que el punto de partida del modelo de teoría del delito ofrecido por los causalistas clásicos, estaba constituido por conductas vinculadas causalmente a un resultado típico, su preocupación central estuvo constituida por encontrar un denominador común para la acción y la omisión en el ámbito de la

---

[84] Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, Paz María. "TIPICIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 1996, Pág. 108.

[85] Cfr. JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. Cit., Pág. 546.

[86] Cfr. SERRANO MAILLO, Alfonso. Ob. Cit., Pág. 267.

[87] Cfr. PAREDES VARGAS, César Augusto. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL", Tesis para optar el Grado de Magíster en Derecho Penal, U.N.M.S.M., Lima – Perú, 1997, Pág. 7.

[88] Cfr. WESSELS, Johannes. "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", Traducción de la 6ta. Edición alemana por Conrado Finsi, Ediciones Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1980, Pág. 22.

causalidad.[89]

La explicación de Beling, para quien un movimiento corporal voluntario podía consistir en un *hacer* (acción positiva) como por ejemplo levantar la mano, o en un *no hacer* (omisión) ofreciendo el ejemplo de una distensión de músculos, ni siquiera tuvo consenso aún entre quienes consideraron cautivadora la claridad y consecuencia de la sistemática del positivismo.[90]

Frente a esta imposibilidad del modelo causal, es que, como se indicó en el punto anterior, Radbruch fortalece su posición de la imposibilidad de un supraconcepto que abarque A y no A.[91] Sin embargo, lo cierto es que el modelo causal no ofrece razones por las cuales afirmar que en la omisión es posible identificar una relación de causalidad.

Por otro lado, está la teoría neoclásica, la cual postulaba que a través de un estudio empírico de la realidad no se pueden encontrar fundamentos normativos para su valoración y como consecuencia, a nivel del tipo, había que separar la causalidad de la imputación, porque de la causalidad como dato empírico no podían desprenderse juicios de valor propios de la responsabilidad penal.[92] Esta tarea fue iniciada por la relevancia típica, la cual, será comentada más adelante.

Sin embargo, cabe mencionar que, la perspectiva neokantiana no abandonó las categorías naturalistas. En efecto, llega entonces a sostener que si bien acción y omisión no constituyen lo mismo en el plano ontológico, las mismas pueden equipararse jurídicamente; de tal manera, la omisión (específicamente la impropia) puede ser equiparada normativamente a la acción causal del resultado. Por tanto, aunque distintos en el ámbito ontológico o del ser real, tanto la acción como la omisión llegan a equipararse en plano de los valores.[93]

---

[89] Cfr. RIGHI, Esteban. "DELITOS OMISIVOS EQUIVALENTES A LA COMISIÓN ACTIVA DE UN DELITO". En: *El derecho penal español de fin de siglo y el derecho penal latinoamericano. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá – Colombia, 1999, Pág. 186.

[90] Cfr. BELING, Ernst. "ESQUEMA DE DERECHO PENAL", Editorial Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1944, Pág. 20.

[91] Cfr. SCHMIDHAUSER, Eberhard. "SOBRE LA SISTEMÁTICA DE LA TEORIA DEL DELITO. UN TEMA FUNDAMENTAL DE RADBRUCH DESDE PUNTO DE VISTA DE LA NUEVA DOGMÁTICA PENAL". En: *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 4, Nº 05, Buenos Aires – Argentina, 1975, Pág. 35. Una crítica a la posición de Radbruch es ofrecida por Gimbernat, para quien es posible elaborar un supraconcepto de comportamiento, sobre la base de un YO consciente, el cual, origina que la persona se relacione con el mundo externo a través de procesos causales que ha puesta en marcha (comportamiento activo), o bien, dejándolos que sigan su curso (comportamiento pasivo). Al respecto, véase: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "SOBRE LOS CONCEPTOS DE OMISIÓN Y COMPORTAMIENTO". En: *Estudios de derecho penal*, 3ra. Edición, Editorial Tecnos, Madrid – España, 1990, Pág. 195; para quien el comportamiento (activo y pasivo) es de corte avalorado u ontológico. Sin embargo, cómo es posible manejar pasivamente un proceso causal; cómo incidir en éste a través del *dejar que siga su curso*; no obstante ello, la persona se vincula con el mundo externo, en sentido jurídico – penal, pero a través de una adscripción o interpretación típica; por lo que, un concepto avalorado no es apropiado como fundamento de la omisión.

[92] Cfr. PAREDES VARGAS, César Augusto. Ob. Cit., Pág. 09.

[93] Cfr. TORÍO LÓPEZ, Ángel. "LÍMITES POLÍTICO – CRIMINALES DEL DELITO DE

No obstante, el problema estuvo en que en general esta posición siguió en sus fundamentos aferrados al naturalismo, por lo que, se continuó sosteniendo que el objeto de la prohibición era únicamente la *causación* de resultados (en el sentido naturalista del término), quedando la omisión entonces excluida (en principio) de la misma.

En lo que respecta a la teoría finalista, ésta indicaba que el comportamiento humano se caracteriza porque el hombre, con fundamento en su saber causal, tiene capacidad para dirigir el curso de los acontecimientos hacia la consecución de determinados fines. Sin embargo, los finalistas niegan que su concepto de acción coincida con el causal y, es que *finalidad* es algo más que simple voluntad o querer el comportamiento.

En lo que respecta a la omisión, los finalistas afirman que entre la omisión y el resultado no puede existir ninguna relación de causalidad, entendida como causalidad material.[94] En efecto, Armin Kaufmann se refirió a una causalidad potencial, y Welzel hizo referencia a una fórmula causal eurística y a la posibilidad física de evitar el resultado.[95]

Para el finalismo, las omisiones, si bien no podían encuadrarse en el tipo que describe la *causación* del resultado, eran equiparables al mismo, por lo menos aproximadamente en el merecimiento de pena. Para Kaufmann tal equiparación se haría en el plano normativo y de ninguna manera supondría que exista correspondencia dogmática. Lo único que los vincula es que se encuentran referidos a un mismo bien jurídico y que se castigan con la misma pena.

Sin embargo, desde esta perspectiva, el problema de la omisión se mostró como fundamentalmente axiológico, discurriendo por el plano del merecimiento de pena, y sin mayores asideros dogmáticos que el deber de garante, el cual, será estudiado más adelante.

Como se puede apreciar, estas teorías no pueden ofrecer un argumento que permita afirmar la presencia de una relación de causalidad en la omisión. En efecto, encontrar un denominador común a la acción y a la omisión en el ámbito de la causalidad es una tarea infructuosa, porque desde el plano de la causalidad no es lo mismo matar que impedir morir, que entre una omisión y resultado típico no existe un nexo causal, quien nada hace no puede desencadenar ningún proceso causal.[96]

COMISIÓN POR OMISIÓN". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid – España, 1984, Pág. 694.

[94] Cfr. WELZEL, Hans. "DERECHO PENAL ALEMÁN", Ob. Cit., Pág. 277. Welzel indicó que, como la omisión no causa nada, entonces la única pregunta legítima dentro del marco de los delitos de omisión es si la ejecución de la acción omitida habría (o no) evitado el resultado. En España, consúltese: CEREZO MIR, José. "ESTUDIOS SOBRE LA MODERNA REFORMA PENAL ESPAÑOLA", Editorial Tecnos, Madrid – España, 1993, Pág. 201. GRACIA MARTIN, Luís. "DELITOS CONTRA BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES", Editorial Tirant Le Blanch, Valencia – España, 1993, Pág. 74.

[95] Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. Cit., Pág. 547.

[96] Cfr. JUÁREZ, Juana. "DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA O DE COMISIÓN POR OMISIÓN". En: *Ponencias del XVI Congreso latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de*

A continuación, comprobaremos si esta conclusión es posible mantenerla luego de analizar las teorías causales tanto genéricas como específicas, elaboradas para este punto.

2.1.2.1 LA TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES Y LA CONDITIO SINE QUA NON

La teoría de la equivalencia de las condiciones consiste en una visión naturalista de la causalidad, que afirma la existencia de ésta cuando haciendo abstracción mental de la condición puesta en juego por el agente desaparece también el resultado relevante, es decir, éste no se habría producido en su forma concreta. Por ello, todas las condiciones del resultado son causa, recibiendo la misma consideración a efectos penales. Se relaciona directamente con la fórmula de la conditio sine qua non.[97] En este punto, se analizará esta concepción, tanto en su versión clásica, así como, moderna.

A. TESIS DE VON BURI

Esta versión de la teoría de la condición o de la *equivalencia de las condiciones*, ideada por el procesalista Julius Glaser y adaptada al campo penal por el magistrado del Tribunal Supremo alemán del Reich, Von Buri, sostiene que es causa de un resultado toda condición de la cual ha dependido su producción, con independencia de mayor o menor proximidad o importancia; puesto que, según esto, toda condición de resultado es igualmente causa del mismo; se habla, por tanto, *equivalencia de condiciones*.

En efecto, para esta corriente, cada una de las condiciones que contribuyen para el surgimiento de una consecuencia debe ser considerada como su causa, de tal manera que ninguno de los varios factores determinantes del resultado tiene una importancia superior a los demás sino que, por el contrario, poseen todos un valor equivalente, pues solo su conjunción posibilitó el resultado.[98]

La cuestión de cuándo una conducta ha sido condición del resultado se suele resolver mediante la ayuda de una fórmula heurística de carácter hipotético: la fórmula de la *conditio sine qua non*; según esta concepción será causa de un resultado cualquier condición que suprimida mentalmente haga desaparecer el resultado.

La aplicación de la fórmula de la *conditio* exige, ante todo, aislar un

---

***derecho penal y criminología*, U.N.M.S.M., Lima – Perú, 2004, Pág. 103.**

[97] Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "RELACIÓN CAUSAL. ¿DIVERSOS PLANOS DE LA CAUSALIDAD?". En: *Derecho penal de la circulación. Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2da. Edición, Editorial Bosch, Barcelona – España, 1990, Págs. 19 y sgts.

[98] Cfr. BACIGALUPO, Enrique. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Rev. de Colegio de Abogados Penalistas de Caldas*, Manizales – Colombia, 1992, Pág. 15. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio / HUERTA TOCILDO, Susana. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 2da. Edición, Castellanos Editor, Madrid – España, 1986, Págs. 83 – 84. GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. "TEORIA JURIDICA DEL DELITO", Editorial Civitas, Madrid – España, 1984, Pág. 174. MUÑOZ CONDE, Francisco. "TEORÍA GENERAL DEL DELITO", Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1984, Pág. 22.

resultado concreto y elegir una determinada condición antes de preguntar si esa condición ha causado el resultado. Pues si no se hace esa modificación, nada impide encontrar otra condición que, en ausencia de aquélla, cause el resultado.

En lo que respecta a la causalidad en la omisión, Von Buri consideró, en un primer momento, que la omisión que sigue a una acción precedente es causal cuando elimina una condición obstaculizante del resultado típico originado por dicho actuar precedente. El autor, afirmó Von Buri, ha depositado en su actuar precedente la voluntad de evitar el posible resultado dañoso que de la misma se deriva, por lo que hay que reconocer que en dicho actuar se da una condición desfavorecedora de tal resultado. Cuando se despierta en él la voluntad de querer lo contrario, reprime con ella su primitiva voluntad, esto es, la condición desfavorecedora del resultado presente en el actuar precedente. De manera que la *causa* del resultado está en esa represión de la voluntad originaria de evitar el resultado amenazante.[99]

Sin embargo, Von Buri, varió, significativamente, su primigenia postura, al afirmar que la causalidad en la omisión viene dada por el incumplimiento de un deber legal de evitar el resultado que incumbe a determinadas personas por el hecho de haber llevado a cabo acciones peligrosas.

Como se puede apreciar, el propio creador de la teoría de la equivalencia de las condiciones no puede aplicar su modelo de causalidad en la omisión, sino que, tuvo que transitar desde una causalidad en el actuar precedente hasta la inobservancia de un deber legal de actuar, conclusión que demuestra una confusión por parte de Von Buri entre *relacionar* sucesos con la *posición* (o deber) de actuar frente a los sucesos.[100]

Por otro lado, se le critica a Von Buri el no especificar qué entiende por *acciones peligrosas*, extrayéndose más bien de la lectura de esta segunda versión de su pensamiento la idea de que toda acción, dadas determinadas circunstancias, puede llegar a considerarse peligrosa y, por lo tanto, que el deber de evitar el resultado es, en principio, inherente a todo actuar precedente, lícito o ilícito culpable o no.

No da, pues Von Buri, explicaciones sobre cuando una acción precedente puede ser considerada peligrosa, fundamentando el deber de actuar cuyo incumplimiento hace llegar a este autor a la afirmación de la causalidad en la omisión.

B. TESIS DE MIR PUIG

Analizando las críticas a la versión inicial de Von Buri, tanto en los

[99] Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana. "PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA OMISIÓN", Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1987, Pág. 38.

[100] Inclusive posiciones como la de Mir Puig que enlaza la posición de garante con la imputación objetiva, se postula precisando la diferenciación entre relacionar algo (en forma naturalística o normativamente) con el deber de evitar el resultado; a lo sumo, el último podrá ser un elemento del primero – como lo postula Santiago Mir Puig – pero nunca los dos serán figuras equiparables.

procesos de causalidad hipotética, como a los de causalidad cumulativa, Mir Puig, opina que, sobre la base del concepto de causa que ofrece la teoría de la equivalencia de las condiciones, la causalidad puede comprobarse partiendo del conocimiento de las leyes de la naturaleza, lo que bastará en los casos más simples, y utilizando la fórmula de la *conditio sine qua non* cuando haya que analizar varios factores que según aquellas leyes puedan influir en el resultado y en los casos de causalidad indirecta o mediata, en lo que se interpone algún factor causal entre el resultado y la conducta examinada.[101]

No obstante, en lo que respecta a la omisión, considera que es el juicio de imputación objetiva el instrumento a ser empleado; es decir, la omisión presenta como estructura: a) la situación típica; b) la ausencia de la acción; y, c) la capacidad para realizarla; pero completada con la presencia de tres elementos particulares necesarios para la imputación objetiva del hecho: la posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo.[102] Por tanto, se puede colegir que, a pesar que Mir Puig modifica el grado de aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones y su correctivo que es la fórmula de la *conditio sine qua non*, no puede afirmarse una relación de causalidad en la omisión.

C. CRITICA A LA TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES Y DE LA FÓRMULA DE LA CONDITIO SINE QUA NON

Al respecto, se recuerda la observación hecho por Kart Binding, en donde hay que distinguir entre *contexto condicional* y *verdadero contexto causa:* La teoría que sostiene que el carpintero que hizo la cama para la joven pareja y además el colchonero que proporcionó el colchón fueron coautores adúlteros de todos los niños que fueron concebidos en esta cama, es tan exageradamente ingeniosa que aún a los infradotados se les presenta como un extraño disparate.[103]

Las críticas que se han elaborado a esta concepción son:

a. Si toda condición del resultado es causa del mismo, también lo será la más remota que quepa pensar; un *regresus ad infinitum.*

b. La fórmula hipotético – negativa de la teoría de la *conditio sine qua non* no sirve cuando se desconoce la virtualidad que pudo tener la supuesta condición (se desconoce si fue condición de resultado) se acusa a la fórmula hipotética de petición de principio que presupone el conocimiento de la eficacia causal de la supuesta condición.

c. La fórmula de la *conditio sine qua non* falla en aquellos casos en

[101] Cfr. MIR PUIG, Santiago. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 7ma. Edición, Editorial Reppetor, Barcelona – España, 2004, Pág. 225.
[102] Ibidem, Pág. 305.
[103] Cfr. KAUFMANN, Armin. Ob. Cit., Pág. 26.

que concurren a la producción de un resultado dos condiciones, de modo que cada una de ellas hubiera sido suficiente para producir el resultado.

d. En lo que respecta a la omisión, la causalidad entendida como categoría del ser, debe concluirse que no hay un nexo de causación entre la conducta prohibida (la efectivamente realizada) y el resultado lesivo: si se suprime mentalmente esa conducta, el resultado queda igual.

e. La fórmula de la conditio sine qua non desempeña en la cuestión de la causalidad de la omisión, un papel que ocasiona confusión; el comportamiento que ha de suprimirse mentalmente, en el hacer positivo, es un empleo de energía determinado, concreto, mientras que en la omisión es su negación; si suprimo mentalmente esta última, entonces, de acuerdo, con principio *duplex nagatio est affirmatio*, llego a la acción que se añade mentalmente, que por tanto es completamente idéntica, en cuanto a su sentido, a la omisión suprimida mentalmente.[104]

2.1.2.2 LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

En una época de la evolución dogmática en la que no estaba perfilado suficientemente el principio según el cual sólo se responde penalmente de resultados subjetivamente evitables, se hacía imprescindible acotar la causalidad de la que se podía derivar directamente la responsabilidad penal de alguna manera; para ello, la causalidad se recorta jurídicamente, excluyendo aquellas condiciones que no era previsible ni probable que causaran al resultado conforme a una prognosis *ex ante* realizada por un observador ideal con los conocimientos de un hombre cuidados y los especiales del autor (base de un juicio ontológico) conforme a la experiencia general máxima del momento (base de juicio nomológico). Estos son los postulados de la teoría de la causalidad adecuada, que a continuación se analizarán.

A. TESIS DE VON BAR

En un principio, fue formulada por un médico, Von Kries, a fines del Siglo XIX, para quien no toda condición del resultado es causa en el sentido jurídico, sino sólo aquella que generalmente es adecuada para producir el resultado.[105]

De acuerdo con la formulación inicial que de esta teoría planteó Von Bar para el ámbito jurídico, debe reconocerse que un fenómeno es siempre producto de la confluencia de diversas circunstancias sin cuya acción conjunta no podría ser explicado; pero consciente de la indefinición de dicho planteamiento, sostuvo Von Bar la necesidad de distinguir entre causas y

---

[104] Cfr. JAKOBS, Gunther. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL. FUNDAMENTOS Y TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN", Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Editorial Pons, Madrid – España, 1997, Pág. 959.

[105] Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit, Pág. 304.

condiciones, de tal manera que una condición adquiría la categoría de causa solo cuando de acuerdo con la forma como regularmente se desarrollan los fenómenos conduzca a un resultado, es decir cuando de acuerdo con las reglas generales de la vida, de conformidad con la experiencia general, esa condición sea adecuada para la producción de un determinado resultado.[106]

Al respecto, sin desconocer que en su momento representó un significativo aporte en el intento de limitar la exagerada extensión de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causalidad adecuada no alcanza a solucionar casos en los cuales pese a lo improbable del curso causal y aún del resultado resulta innegable la existencia de una causa jurídicamente relevante (por ejemplo, la balística nos enseña innumerables casos en que la muerte se ha producido por una inimaginable trayectoria de los proyectiles al chocar contra partes sólidas del cuerpo humano).

En lo que respecta a la causalidad de la omisión, Von Bar afirmó que la omisión no puede ser, desde el punto de vista naturalístico o mecánico *causa* de un resultado, por lo que, la afirmación de su causalidad – que Von Bar sigue estimando necesaria de cara a la consideración de la omisión como una modalidad del delito comisivo, pensamiento éste característico de la época en la que este escribe – ha de discurrir por la vía de las valoraciones de índole jurídica, extraíbles del total ordenamiento jurídico. Y en ese sentido, llega Von Bar a la conclusión de que la omisión sólo será causal respecto del resultado cuando la acción salvadora a realizar es tan evidente que todos los implicados la *esperan*, siendo dicha esperanza cognoscible al omitente.[107]

Como se puede apreciar, al igual que en la teoría de la equivalencia de las condiciones, el iniciador, para el campo del Derecho penal, de la teoría de la causalidad adecuada, inaplica su propio esquema de causalidad en la omisión, buscando elaborar un esquema paralelo de causalidad, esto es, una para la acción y otra para la omisión, demostrando que, en un plano naturalístico, es imposible elaborar una teoría del delito unitario, puesto que, ni el concepto de acción y omisión, así como, su relación de causalidad presentan estructuras diferentes.

Si bien, no siempre un esquema unitario es el que presenta las mejores consecuencias, también es cierto que, diferenciar a través de premisas equivocadas es aún peor; y esto es lo que genera el estudio de la omisión desde una perspectiva naturalística.

Frente a ello Von Bar pretende encauzar el análisis de la omisión a un baremo normativo - valorativo, esto es, estudiarla a través del criterio de la acción esperada.

En efecto, la no realización de la acción esperada, se transforma en un criterio normativo determinante de la causalidad en la omisión. Sin embargo, lo

---

[106] Cfr. BACIGALUPO, Enrique. "LA IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Págs. 19 – 20. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio / HUERTA TOCILDO, Susana. Ob. Cit., Pág. 86. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Ob. Cit., Pág. 147, GOMEZ BENITEZ, José Manuel. Ob. Cit., Pág. 173.

[107] Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana. Ob. Cit., Pág. 41.

erróneo de esta conclusión está dado por la determinación de una categoría naturalística, cual es la de la causalidad, a través de un elemento normativo; esto es, la relación de causalidad *per se* es un enlace ontológico, cualquier otra denominación: causalidad especial, causalidad jurídica, causalidad sui generis, es simplemente un *fraude de etiquetas*; por ende, si es una relación ontológica sólo su contenido podrá determinarse con criterios o elementos naturalísticos.

B. CRITICA A LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

Las críticas que se han elaborado a esta concepción son:

1. La teoría de la causalidad adecuada adolece de una cierta imprecisión a la hora de concretar el nivel de los conocimientos ontológicos y nomológicos, que han de servir de base a la previsibilidad objetiva; es decir, de determinar cuáles sean las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente y sobre todo, cuál sea la experiencia común de la época sobre los nexos causales.

2. Solamente permite resolver los problemas de los llamados "cursos causales extraordinarios"; no constituye, en consecuencia, una explicación general de lo que es la conducta prohibida

3. Se limita a calificar los sucesos según criterios estadísticos o de causalidad habitual; no obstante, pueden existir condiciones que, a pesar de no ser calificadas como habituales, son relevantes para el tipo penal.

2.1.2.3 LA TEORÍA DE LA RELEVANCIA TÍPICA: TESIS DE MEZGER

La teoría de la relevancia típica fue formulada por Mezger y seguida por algunos autores españoles, entre lo que se debe destacar a Jiménez de Asúa y Rodríguez Mourullo.[108]

Esta teoría considera que los principios de la adecuación no son suficientes para la determinación de la relación causal; el punto fundamental está en una interpretación correcta del sentido del tipo penal, hay que precisar cuáles de las condiciones que han contribuido a la producción del resultado son relevantes para el Derecho penal.

Ha sido criticada por manejar igual que la teoría de la causalidad adecuada consideraciones normativas dentro de la causalidad adecuada. Es imprecisa e indeterminada, pues no ha sido capaz de indicar y fijar los criterios

[108] Rodríguez Mourullo intentó hallar en la omisión un elemento material y una causalidad idénticos a los del hacer positivo. Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Civitas, Madrid – España, 1978, Pág. 306.

de la relevancia típica de una causa, que en cambio han sido luego elaborados y precisados por la teoría de la imputación objetiva.

En lo que respecta a la omisión, Mezger siguió el siguiente razonamiento: a) la causalidad es un concepto lógico y pertenece a la ciencia en general; b) si es cierto que el derecho debe delinear sus propios conceptos, en este caso los intereses del derecho penal podrían exigir que la consideración causal se realizara en base a esta forma de pensamiento, y así es en efecto; c) pero de cualquier forma es de preguntarse *cómo nada puede devenir algo*; d) la solución reside en que omisión jurídico – penal no es sencillamente negación de un hecho, sino un no hacer algo. Por tanto, la omisión es causal de un resultado determinado, si ese *algo* hubiera impedido este resultado.[109]

A esta concepción se le observó en el sentido que, la tesis de Mezger establece la causalidad de la omisión como una *idea*, esto es, como algo que agrega el sujeto cognoscente a un suceso, más precisamente, como una conexión ideal entre dos momentos de la realidad. Por lo que, la causalidad de la omisión sólo puede hacerse en el plano del pensamiento, pero no en el plano de la realidad misma.[110] Frente a ello, Mezger reconoció resignadamente que la omisión no es causal respecto al resultado, y que el fundamento de la omisión es normativo.[111]

2.1.2.4 LA TEORÍA DE LA LEY CAUSAL NECESARIA

En la actualidad, la doctrina, en el tema de la causalidad, parte de la subsunción del hecho en una ley de cobertura dotada de validez científica.[112] La naturaleza está regida por la ley de causalidad cuya expresión concreta son las llamadas *leyes naturales,* las cuales serán genéricas cuando expliquen la relación existente entre una acción y resultado, o bien, serán universales cuando esta ley ha sido conocida en su totalidad por la ciencia. Sobre la gama de leyes es que se desenvuelven las posiciones que a continuación se comentarán.

A. TESIS DE ARMIN KAUFMANN

A Armin Kaufmann le cabe el mérito de haber distinguido con gran precisión entre *causalidad general* y *concreta causalidad*. Para estimar confirmada la causalidad en los delitos de resultado, no basta con comprobar que un hecho ha sucedido a otro y deducir de ahí que el segundo es causa del primero.

Para poder afirmar eso (concreta causalidad) hace falta, previamente, que ya se haya establecido una ley de la naturaleza (causalidad general)

[109] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "DELITOS…", Ob. Cit., Pág. 77.
[110] Ibidem, Pág. 77.
[111] Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Tomo II, Volumen I (Teoría Jurídica del Delito), Editorial Bosch, Barcelona – España, 2000, Pág. 291.
[112] Cfr. FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo. "DIRITTO PENALE. PARTE GENERALE", Volumen I, 3ra. Edizione, Editorial Zanichelli, Bologna – Italia, 1995, Pág. 106.

según la cual acontecimientos de las características XX causan acontecimientos de las características YY. Sólo cuando, posteriormente, Y ha ido precedido de X se podrá afirmar que X ha causado Y en aplicación de la ley general según la cual a X sigue Y.[113]

La posición de Kaufmann fue desarrollada a partir del caso C*ontergan*, en donde indica que la ley causal universal forma parte de la tipicidad en la medida en que posibilita la comprensión de los cursos causales concretos[114] Ley universal será, entonces, aquella que garantice, de modo invariable y necesario, lo que sucederá cuando se produzca un acaecer precedente.

Mientras pueda ser enunciada una ley general que explique los acontecimientos y que sirva como ley de cobertura, la conclusión – juicio de causalidad – no planteará problemas. Estos, sin embargo, surgen cuando en las ciencias empíricas no existe acuerdo mayoritario sobre el enunciado total de una ley universal o, incluso, sobre su propia existencia. Para esta corriente, la función del juez se deberá limitar a seleccionar la ley causal objetiva y necesaria bajo la cual subsumir el concreto supuesto de hecho.

Contra este planteamiento se alega, en primer lugar, que la ley universal no puede ser elemento del tipo penal, porque de ser así el Juez no podría remitirse a la opinión de los peritos ya que, en ese caso, se trataría de un componente normativo sometido al principio *iura novit curia*.[115]

Por otro lado, se afirma que, dado que el número de leyes universales accesibles al conocimiento humano es limitado (e inferiores en número a los riesgos), vincular al Juez Penal a la ley universal equivales a asegurar la imposibilidad de su aplicación, con la consiguiente frustración de la función represiva del Derecho penal.[116]

En lo que respecta a la omisión, Kaufmann partía de una causalidad potencial; en donde, si la omisión es causal en sí, el omitente no es causal de su omisión. Así, para Kaufmann aplicando la fórmula de la *conditio sine qua non*, se comprueba inmediatamente que, si se suprime mentalmente al omitente, no desaparece la omisión; en la falta de energía, en la negación de la acción no se transformará nada por la existencia o no de un sujeto capaz de acción. De la misma manera prueba Kaufmann que si pretendiera encontrar el momento causal del omitente en su voluntad de omitir, tampoco se deduciría ningún cambio de su supresión mental.[117]

---

[113] Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "EL DERECHO PENAL ESPAÑOL. CURSO DE INICIACIÓN. PARTE GENERAL. NOCIONES INTRODUCTORIAS. TEORÍA DEL DELITO / 1", 2da. Edición, Editorial Civitas, Madrid – España, 1996, Pág. 455.

[114] Cfr. KAUFMANN, Armin. "TIPICIDAD Y CAUSACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO CONTERGAN". En: *Nuevo Pensamiento Penal*, Bogotá – Colombia, 1973, Pág. 28.

[115] Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. "CAUSALIDAD DE LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 1995, Pág. 69.

[116] Ibidem, Pág. 70.

[117] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "DELITOS...", Ob. Cit., Pág. 79

Sobre esta concepción se tiene que, ciertamente la posibilidad existe y es requisito previo de hacer y omitir, pero no determina el ser real de la acción ni de la omisión. La omisión no es realización de una posibilidad, sino la realización de algo.

B. TESIS DE INGEBORG PUPPE

Puppe propugna abandonar la idea de que la causa sea una condición necesaria. Más bien, se trata de todo componente necesario de una condición suficiente, que en el sentido de las leyes naturales indican que si se dan una serie de presupuestos, sigue con necesidad un determinado efecto. En ese sentido, Puppe, afirma que causa es para ellos, más bien, todo componente necesario de una condición suficiente del resultado según leyes de la [118] naturaleza.

En un estudio realizado en el 2001,[119] Puppe desarrolla sus postulados equidistantes entre las tesis normativistas radicales y las antinormativistas. En particular, sin rechazar en absoluto el planteamiento básico del normativismo, sí pretende criticar el desprecio que, en ocasiones, se manifiesta desde éste hacia las descripciones y distinciones fácticas así como hacia las estructuras lógicas existentes entre éstas. En última instancia, se trata de no prescindir del recurso a las ciencias empíricas y sociales allí donde éstas pueden aportar conocimientos relevantes para el Derecho penal.

Frente a ello, la importancia de lo fáctico o empírico dentro de un contexto en que los juicios de valor destacan con toda nitidez es correcta, en la medida que se parte de principios como responsabilidad por el hecho, legalidad e imputación, así como, por rechazar el análisis de cursos causales hipotéticos, en donde teorías como el de la *evitabilidad* o el del *incremento de riesgo* disputan cuál presentan las más adecuadas consecuencias jurídico – penales.

Ante esta posición, Puppe precisa que se requiere de la formulación de una ley causal, así como, de su curso concreto (real) y no hipotético; y para ello se requiere de leyes empíricas y no de la fórmula simple de *despliegue de fuerza eficiente*;[120] en ese sentido, para Puppe, es necesario precisar si la ley causal aplicada está contenida conceptualmente en el establecimiento de la causalidad (*ratio essendi)* o es sólo un indicio de ello (*ratio cognoscendi)*. Frente a ello, debe precisarse qué es lo que vincula la causa con el efecto; esto es, qué es lo que diferencia la relación causal, el *propter hoc*, de una pura sucesión temporal del fenómeno, o el *post hoc*.[121] Ante tal disyuntiva, Puppe toma postura al establecer que la relación entre causa y consecuencia se define como una relación condicional ajustada a leyes, por lo que, no será

---

[118] Cfr. PUPPE, Ingeborg. "CAUSALIDAD". En: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Nº XLV - II, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid – España, 1992, Pág. 691.

[119] Cfr. PUPPE, Ingeborg. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA PRESENTADA MEDIANTE CASOS ILUSTRATIVOS DE LA JURSPRUDENCIA DE LOS ALTOS TRIBUNALES", Traducción de Percy García Cavero, Editorial Comares, Granada – España, 2001.

[120] En tanto no pueda precisarse cómo se lleva acabo realmente la producción del efecto por la causa, dicho concepto no es más que un pleonasmo o antropomorfismo que nada explica.

[121] Ibidem, Pág.19.

lógica, sino empírica.

Por otro lado, Puppe, en su personal visión de imputación objetiva, establece que lo indicado en el párrafo anterior es el primer nivel, esto es, la relación de causalidad; sin embargo, para el fundamento de la imputación se requiere del quebrantamiento de un deber, cuyo contenido y forma de observarla son determinados por reglas jurídicas.

En suma, los aspectos fácticos o empíricos son las relaciones entre el obrar del autor y el resultado; en cambio, los aspectos normativos, como no se agotan en la observancia de los hechos, inquieren en la inobservancia de un deber.

Sin embargo, Puppe es consciente que, en el mundo de la causalidad, uno se puede encontrar con ámbitos que no presentan leyes causales determinados, pero ello no implica que el Juez *inmediatamente* aplique el *in dubio pro reo*, dado que, ante la falta de una causalidad estricta, esto es, de leyes causales con certeza absoluta, el Juez puede recurrir a la *ley de probabilidades* que sustituye a la causalidad: *en ámbitos que no están plenamente determinados, no puede establecerse empíricamente más que una ley de probabilidad de este tipo; es pues, una cuestión normativa la de si tales leyes estadísticas pueden ser utilizadas o no para el establecimiento de un nexo causal en ámbitos que no están plenamente determinados. Esta cuestión no se resuelve en un sentido negativo mediante el in dubio pro reo, como lo asume la doctrina dominante.*[122]

En lo que respecta a la causalidad en la omisión, parte que, la causalidad en sentido estricto es determinar, mediante leyes empíricas, la presencia de un hecho, perdiendo toda virtualidad la *causa efficiens* (la causa se halla unida al efecto por una especie de flujo de fuerza que va de la causa al efecto), dado que, esta llamada fuerza eficiente no puede percibirse, ni medirse, siendo poco útil para la imputación jurídico – penal.[123] La determinación del hecho se da a través de la formulación de una *proposición* que describa un estado de cosas y, si es cierto, entonces es un hecho. Este hecho forma parte, tanto de la realidad, como de los hechos que pueden ser descritos mediante una proposición en la que figura la palabra "no".[124]

En ese orden de ideas, para Puppe la causalidad de la omisión se establece a través del siguiente procedimiento: (1) la elaboración de una

---

[122] **Ibidem, Pág. 28.**

[123] **Para Puppe, esto se debe al hecho de que una fuerza sólo puede provenir de un actuar positivo y no de una omisión. Nadie está dispuesto, en consecuencia, a negar la imputación en una omisión por falta de causalidad. Lo único consecuente que hacen los defensores del concepto de fuerza, es hablar de cuasi – causalidad en la omisión, en lugar de hablar de causalidad. Por esta razón, se acepta sin más la profunda grieta en la dogmática penal global entre acción y omisión, acusada ya por Radbruch, pero sólo para salvar el postulado de la denominada *fuerza eficiente,* filosóficamente pasado de moda e inservible para la aplicación práctica. Ibidem, Pág. 45.**

[124] **Ibidem, Pág. 46. Aunque en la traducción se aprecia la oración: *'como de los hechos que pueden ser descritos mediante una proposición en la que no figura la palabra "no".* Considero la presencia de un error tipográfico la presencia del adverbio no, dado que, el párrafo citado pretende explicar la virtualidad de la tesis Puppe en ámbitos como en la omisión.**

proposición en donde se describe, como estado de cosas, que una persona ha omitido cumplir un determinado deber de garante; y, (2) esta proposición es una *cuestión de hecho*[125] que debe se probado en el proceso, y al establecérsele como *cierto*, entonces es un hecho.

Obviamente, lo virtuoso de su procedimiento es elaborar adecuadamente la proposición, la cual, exprese una causa individual (comportamiento del individuo) distinta de la condición suficiente o causa global. Para ello, la causa individual, según Puppe, es la condición mínima según la ley natural aplicada o parte necesaria de la condición suficiente y, por ende, causa del resultado. Así, Puppe, propone el siguiente ejemplo:

> La ley general establece que una decisión de los administradores de una sociedad administrada conjuntamente es tomada si la mayoría de los administradores están de acuerdo ella. En cuatro administradores la mayoría asciende, cuanto menos, a tres. En este sentido, no necesito partir más que de tres votos para formar la condición mínima suficiente. Tomo así por ejemplo, a los administradores A, B y C y compruebo que su votación fue suficiente para la aprobación de la decisión. Si luego suprimo mentalmente la votación de A de esta condición suficiente, ésta deja de ser suficiente. La votación de A es, en tal sentido, parte necesaria de esta condición suficiente y, por ello, causal de la decisión.[126]

Frente a ello, se puede comentar que Puppe requiere, por un lado, de una ley general, y por el otro lado, de la fórmula de la conditio sine qua non, para encontrar la parte necesaria de la condición suficiente que a su vez es causa del resultado.

En lo que respecta a la ley general, ésta debe ser "natural", esto es, fáctico o empírico, que al no encontrarse puede ser reemplazada por la *ley de probabilidades* (como se indicó *ut supra)*. Sin embargo, cómo es posible encontrar una ley natural en la omisión, cuando la misma es una figura normativa cuyo fundamento lo hallamos en el tipo. En otras palabras, si en la omisión (impropia) lo único relevante es la *imputación* al autor de un resultado según una equivalencia legal y material con el tipo penal de comisión; y si esa *imputación*, en términos de Puppe, se le define como infracción de deberes jurídicos; entonces cómo fundamentar la imputación por omisión tanto por leyes naturales, así como, por leyes jurídicas.

Si en la omisión debemos identificar la parte necesaria de la condición suficiente a través de leyes empíricas se estaría buscando un dato ontológico

---

[125] Cabe precisa4 que para Puppe la misma ley causal no se prueba en juicio porque los medios probatorios no son adecuados para ello. Por esta razón la admisión de una ley causal para un Tribunal no es un acto de libre apreciación de la prueba, sino una decisión judicial sui generis. Cfr. PUPPE, Ingeborg. "PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN DEL RESULTADO EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL PRODUCTO". En: *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto,* Mir Puig y Luzón Peña (Coord.), Editorial Bosch, Barcelona – España, 1996, Pág. 229.

[126] Cfr. PUPPE, Ingeborg. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA…", Pág. 55.

en una figura *per se* normativa, originando resultados infructuosos. En efecto, a nivel semántico es factible elaborar la siguiente proposición: María no alimentó a su hijo, muriendo este último; pero de allí convertirlo en un dato ontológico, sustentado en leyes naturales es equivocado, máxime si las leyes naturales nos explican *positivamente* lo que ocurre en el mundo del ser[127]

Por ende, no hay una ley natural que explique en forma negativa un suceso; siempre la explicación es en forma positiva y, cuando uno deduce consecuencias de esa explicación, recién allí se podrá establecer semejanzas, identidades o diferencias con otros sucesos; relaciones, en sentido afirmativo, o, distanciamientos, en sentido negativo, con otros fenómenos.

Por otro lado, en lo que respecta al empleo de la fórmula de la conditio sine qua non, se hace extensivo las críticas elaboradas a la misma, como herramienta en la búsqueda de la causalidad en la omisión.

De todo lo descrito en la concepción de PUPPE se comparte que en los juicios de imputación se debe tener en cuenta el material fáctico, separarlos sería injustificado. Sin embargo, nos alejamos en su intento de hallar una causalidad en la omisión, dado que, si semánticamente es factible elaborar proposiciones que implique el actuar como el omitir, ontológicamente no es posible encontrar una relación de causalidad en la omisión, máxime si esta relación descansa en leyes naturales, las mismas que no presentan pronunciados negativos, sino positivos. Categorialmente, parece además incorrecto que ante la omisión, que es irreal, se presuman leyes que poseen validez para la realidad espacio – temporal.[128]

2.1.2.5 LA TEORÍA DE LA LEY CAUSAL COMO APRECIACIÓN SUBJETIVA DEL JUEZ: TESIS DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

La Sala II del Tribunal Supremo español ha elaborado una tendencia jurisprudencial, la cual, postula que en el ámbito jurídico penal no se requiere para la formulación de la ley universal (causalidad abstracta) una certeza empírica de carácter matemático y necesario, similar a la que requieren las ciencias de la naturaleza. Por el contrario, en el ámbito penal la prueba decisiva para el enjuiciamiento penal se obtiene cuando el juzgador, tras la total celebración del proceso, está realmente convencido de la existencia de los hechos precisados de prueba de acuerdo con las exigencias racionales y lógicas de las ciencias del espíritu, dentro de las que se inserta la reconstrucción historiográfica, en cuya área resulta impensable la adquisición de una seguridad excluyente de toda duda; lo que determina que la demostración científico natural, no supone una certeza matemática y una verificabilidad excluyente de la posibilidad de lo contrario, sino simplemente la

[127] Si uno afirma que la TIERRA gira alrededor del SOL, es por la ley de traslación, la cual se expresa positivamente y no en forma negativa; es decir, sería un pleonasmo afirmar que la TIERRA gira alrededor del SOL porque el SOL NO gira alrededor de la TIERRA.

[128] Cfr. LAMPE, Ernst – Joachim. "LA DOGMÁTICA JURÍDICO – PENAL ENTRE LA ONTOLOGÍA SOCIAL Y EL FUNCIONALISMO", Editorial Grijley, Lima – Perú, 2003, Pág. 82

obtención de una certidumbre subjetiva.[129]

La cuestión estriba en fijar las condiciones o exigencias que debe reunir una conexión para ser considerada causal. Será suficiente, desde el punto de vista del Derecho penal, cuando, comprobado un hecho en un número muy considerable de casos similares, sea posible descartar que el suceso haya sido producido por otras causas.

En ese orden de ideas, para dictar sentencia, lo importante es que el Juez no tenga dudas razonables sobre la relación causal entre acción y resultado. Para ello, puede basarse en leyes universales, sobre las que existe consenso en el ámbito científico. Pero cuando tal consenso no existe también puede servir para fundamentar la convicción necesaria (certeza subjetiva) una de las posiciones en debate.

Sin embargo, se puede observar esta tesis al no decir cuáles son los límites de tal apreciación subjetiva, que evite pronunciamientos jurisdiccionales sesgados. En efecto, no es suficiente afirmar que en la omisión no hay una ley causal aplicable, sino que es necesario establecer los criterios nomológicos por los cuales se elimina la presunción de inocencia (derecho constitucional que detenta cualquier persona).

2.1.2.6 LA TEORÍA DE LA LEY CAUSAL ESTADÍSTICA: TESIS DE GÓMEZ BENITEZ

En principio, para Gómez Benitez en la relación de causalidad concreta entre una acción y un resultado puede demostrarse sin necesidad de que se conozca o se conozca plenamente, el fundamento material de la causalidad, es decir, el mecanismo de producción del efecto.[130]

Para este jurista, lo que interesa no es la ley causal genérica sino la concreta relación en los tipos penales de resultado. Y ello porque objeto de la tipicidad penal sólo es la relación causal concreta.[131] Pero, en la medida en que esa relación concreta es manifestación de una ley general, a efectos penales, no pueden aparecer como contradictorias entre sí. Es decir, tienen que concordar para que pueda confirmarse la tipicidad penal. Esta concordancia (ontológica), formaría también parte de la tipicidad. Para comprobar esa concordancia, no sería precisa, sin embargo, la existencia de una ley universal necesaria, es decir, perfectamente conocida, sino que bastaría una ley que no contradijera las leyes de la naturaleza y que no pudiera ser científicamente refutada.[132]

En ese orden de ideas, admite la posibilidad de sustituir la ley universal necesaria por una ley estadística, si bien, generalmente, con carácter muy restringido o haciéndolo depender de la estructura típica de los concretos tipos

---

[129] Cfr. DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. Ob. Cit., Pág. 71.

[130] Cfr. GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. "CAUSALIDAD, IMPUTACIÓN OBJETIVA Y CUALIFICACIÓN DEL RESULTADO", Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1988, Pág. 28.

[131] Ibidem, Pág. 56.

[132] Ibidem, Pág. 56.

penales.

No obstante, cuál debe ser el número de repitencia de casos para afirmar la presencia de un nexo causal. Es decir, si no se puede identificar una ley causal universal aplicable en la omisión, entonces cuántas situaciones similares deberán de presentarse para afirmar la responsabilidad penal de un sujeto que omitió una determinada acción. Fundar la responsabilidad penal tanto en la comisión como en la omisión en estadísticas es contradecir el contenido del principio de responsabilidad por el hecho.

El famoso caso "Contergan" (o caso de la talidomida),[133] en Alemania, o el del aceite de colza,[134] en España, son buenos ejemplos de cómo, por haberse tratado el problema de la determinación en función de la categoría causal en lugar de habérselo considerado conforme a la categoría estadística, queda siempre la sensación de que la afirmación de la existencia de un nexo causal en tales supuestos tiene un importante déficit de fundamentación. Pues en ninguno de esos casos pudo comprobarse con un 100 % de seguridad que el medicamento o el aceite en cuestión eran los que realmente habían causado el daño en la salud de las víctimas.

Ante la constatación de que en tales casos es por principio imposible (es decir: epistemológicamente imposible, no sólo probatoriamente imposible) verificar con seguridad una causación, se propone como solución de emergencia aceptar que, en dichos ámbitos, "no queda otro remedio" que demostrar la causalidad en base a leyes probabilísticas (estadísticas), pues, de lo contrario, la alternativa es renunciar allí a toda imputación, solución que, desde luego, nadie estaría dispuesto a tolerar.

El problema de esta solución de emergencia estriba en que ella no escapa satisfactoriamente de una objeción fundamental: así planteadas las cosas, es decir, en ese esquema, es evidente que tiene lugar una flagrante violación del principio in dubio pro reo, pues una determinación causal debe comprobarse conforme a las leyes pertenecientes a esa categoría de determinación, y éstas –las leyes causales – no se formulan mediante enunciados probabilísticas sino universales.

Dar por existente un nexo causal en base a leyes estadísticas (probabilísticas) implica, por lo tanto, aceptar una explicación de un suceso ocurrido en el mundo sin haberla comprobado fehacientemente. Y eso, traducido a lenguaje procesal, no significa otra cosa que nulidad de la sentencia por violación del in dubio pro reo. Así, resulta que el déficit de estas sentencias no sólo es de fundamentación sino también de legitimidad. Y es obvio que un argumento emotivo ("¡no podemos tolerar una absolución en tales casos!") no es idóneo para enervar semejantes defectos.

---

[133] Ibidem, Págs. 125 y sgts.

[134] Tribunal Supremo español, sentencia del 23.4.92. Sus fundamentos pueden leerse en BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "PRINCIPIOS…", Ob. Cit., Págs. 177 y sgts.

2.1.2.7 LA CAUSALIDAD HIPOTÉTICA

Mención aparte, merece la teoría de la causalidad hipotética, que a diferencia del procedimiento seguido por la equivalencia de condiciones que constata la causalidad, a través de la fórmula que, si el resultado desaparecería si se suprimiera la acción; en cambio, en el caso de la causalidad hipotética hay que preguntarse si el resultado perjudicial se habría producido, incluso si el autor hubiera ejecutado el comportamiento ordenado.[135]

En efecto, para la causalidad hipotética se debe indagar por la posibilidad fáctica o capacidad abstracta que tuvo el sujeto de evitar el resultado, es decir, si la acción se hubiera ejecutado, se da por seguro, o por lo menos, como muy probable que el resultado no se hubiera producido.[136] En la omisión, para esta teoría, lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino únicamente la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitarlo, ya que hubiera concurrido en el caso hipotético de que hubiera podido evitar el resultado.[137]

Para complementar el criterio de la causalidad hipotética, se ha recurrido a una condición suplementaria, consistente en reconocer la dimensión de causa de la omisión sólo cuando hay una gran probabilidad de que el resultado no se habría producido si el autor hubiera realizado el comportamiento exigido por la norma jurídica.[138]

Se le critica por la falta de precisión de la noción de probabilidad y, en particular, respecto al grado de intensidad que ésta debería alcanzar. Asimismo, se debe rechazar porque la causalidad requiere, como categoría del ser, una verdadera fuente de energía que sea capaz de aportar un despliegue de fuerzas, y esto falta precisamente en la omisión (*ex nihilo nihil fit).*

A fin de evitar estas críticas se tiene la siguiente afirmación: *que el*

---

[135] Así Marinucci pretende enlazar el juicio causal hipotético con la fórmula de la conditio sine qua non, en donde, en vez de eliminar se añade mentalmente la acción esperada, para construir el hipotético efecto impeditivo que se hubiera derivado. Cfr. MARINUCCI, Giorgio. Ob. Cit., Pág. 105.

[136] Cfr. CUADRADO RUIZ, María Ángeles. "LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DE LOS DEBERES DEL EMPRESARIO: ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO PENAL", Editorial Bosch, Barcelona – España, 1998, Pág. 2000.

[137] Asumiendo esta concepción, tenemos a: FIGUEROA ORTEGA, Iván José. "LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL VENEZOLANA". En: *Sistemas penales iberoamericanos. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo por su 65 aniversario*, ARA Editores, Lima – Perú, 2003, Pág. 396. VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 3ra. Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1997, Pág. 449. SERRANO MAILLO, Alfonso. Ob. Cit., Pág. 237. RODRIGUEZ, Mourullo, Gonzalo. Ob. Cit., Pág. 226. Posición afín es la planteada por Zaffaroni, para quien, en la tipicidad omisiva no existe un nexo de causación sino de evitación, esto es, que comprobando con la *hipotética* interposición de la conducta debida, desaparece el resultado (evitación). Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Ob. Cit., Pág. 546. Por otro lado, conjugando la causalidad hipotética con reglas de imputación objetiva, véase: MARTINEZ – PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel / ROMA VALDES, Antonio. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Bosch, Barcelona – España, 1999, Pág. 106. MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCIA ARÁN, Mercedes. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 259.

[138] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Luís Felipe. "CÓDIGO PENAL", Ob. Cit., Pág. 76.

criterio de constatación de la causalidad viene con la exigencia que, la acción imaginada hubiese evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad.[139] La razón para contentarse con esta probabilidad rayana a la certeza viene dada por que simplemente no es posible demostrar que algo que no existe – como el comportamiento omitido – hubiera evitado con plena y absoluta seguridad el resultado.[140]

Sin duda en la omisión no cabe requerir, como en el hacer positivo, certeza absoluta respecto a la causalidad, puesto que su examen no puede hacerse conforme a un suceso real, sino sólo en relación con uno posible que escapa de todo cálculo seguro. Sin embargo, la medida de la inseguridad restante únicamente responde a la limitación de la capacidad humana de conocimiento. Esto no significa, con todo, que en la omisión haya que emplear la teoría de la causalidad hipotética, dado que, situaciones límites, esto es, averiguar por la improbabilidad del suceso (en tipos de comisión o de omisión), se deben solucionar, a través de las reglas de la imputación objetiva.

En efecto, la teoría de la causalidad hipotética nos lleva a operar no con juicios de necesidad causal, sino con juicios de probabilidad. En este sentido, si se dice que la acción esperada hubiera impedido con probabilidad rayana en certidumbre el resultado típico, es afirmar simultáneamente en un porcentaje, aunque mínimo 1% en los que la acción esperada no hubiese impedido el resultado, y aun así se condena por el delito de resultado cometido, por ejemplo, en comisión por omisión.[141]

Por otro lado, como indica Iván Meini, esta teoría no deja de ser una presunción en contra del reo, dado que, sorprende la diferencia en el tratamiento de la relación de causalidad frente a los delitos comisitos de resultado, para los cuales se exige seguridad y no simplemente probabilidad, por más alta que ésta puede ser.[142]

2.1.2.8 TOMA DE POSICIÓN

Se puede colegir que los grandes modelos de desarrollo del dogma causal han sido incapaces de argumentar una relación de causalidad en la omisión.[143] Aún está latente el hecho que, en lo que respecta a los delitos de omisión impropia, éstos resultan inasibles para una sistemática que nunca pudo explicar como *algo (*resultado*)* podía ser consecuencia de la *nada* (una

---

[139] Cfr. JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. Cit., Pág. 563.

[140] Cfr. MEINI MÉNDEZ, Iván. "LA COMISIÓN POR OMISIÓN". En: *XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y Criminología,* U.N.M.S.M., Lima – Perú, 2004, Pág. 337.

[141] Cfr. CUADRADO RUIZ, María Ángeles. Ob. Cit., Pág. 201.

[142] Cfr. MEINI MÉNDEZ, Iván. Ob. Cit., Pág. 337

[143] Desde una perspectiva histór0ca, para Feurbach y sus contemporáneos, la causalidad de la omisión no era problemática, por cuanto era *empíricamente* lógica. Las dudas surgen recién con la teoría causal de Kant. Ésta consideraba a la ley de la causalidad en el sentido de la física mecánica, en cuanto una cadena de acontecimientos funcionalmente relacionados entre sí y, por consiguiente, la causalidad requería de una *causa efficiens*, una causa científico – naturalmente – real, desencadenante de fuerzas. Sin embargo, la famosa frase *de la nada, nada puede surgir* comenzó su marcha triunfal en el ámbito de la causalidad en la omisión. Al respecto, véase: MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz / GOSSEL, kart. Ob. Cit., Pág. 234.

omisión), lo que permite entender los sucesivos fracasos del positivismo por encontrar en la omisión impropia, una acción causal que fundamentara la imputación del resultado.

Sin duda, las teorías causales, sólo con enormes inconvenientes podían ser trasladadas al ámbito de la comisión por omisión, por lo que se intentó formular unas teorías causales especiales, básicamente, la de la causalidad hipotética. Al respecto, podemos mencionar estas teorías especiales, o intentos fallidos por parte de un sector de la dogmática jurídico – penal.[144]

Uno de los primeros intentos fue el seguido por LUDEN,[145] para quien debía entenderse que la causa del resultado delictivo era la acción positiva realizada por el sujeto, mientras omitía la acción que hubiera impedido que el resultado se produzca. En efecto, Luden vio el factor causal en que el omitente, al tiempo en que debió evitar el resultado, desarrolló otra actividad, y ésta es entonces la única causa del resultado delictivo.[146]

De esta forma, Luden, en el marco de la omisión impropia, señala que: *La omisión de una conducta que hubiere evitado el resultado es idéntica, en el plano causal, a la causación del mismo a través de una conducta activa por lo que, lógicamente, ha de estar comprendida junto con ésta en la misma norma de la Parte Especial de la que directamente, sin necesidad de la existencia de un deber jurídico especial, se deriva su equiparación punitiva a la comisión.*[147] Se aprecia, por tanto, que la tesis causal de la omisión de Luden se basa en la conducta positiva coetánea o alternativa realizada por el sujeto.

Pero como es evidente, no siempre pude detectarse una acción alternativa (ej.: el niño murió de hambre mientras su madre dormía), ni cuando existe puede ser considerada causalmente relevante: la muerte del niño no puede ser atribuida a que la madre tejía, sino a la omisión de darle alimento. Además, tal acentuación de la acción coetánea llevaría a tener que considerar punible toda omisión, sin posibilidad de establecer al respecto limitación alguna.

Otro punto de vista fue desarrollado por las llamadas *teorías de la interferencia*, que pretendieron encontrar en la misma omisión la existencia de un componente activo. Los numerosos intentos por afirmar la existencia de causalidad en la omisión, pueden sintetizarse en la idea de que la causa del resultado es el comportamiento desplegado por el sujeto, para interferir su impulso por evitar el resultado.

Así, la idea de BINDING para quien en una acción previa engendra la necesidad de actuar posteriormente, por lo que la omisión sólo debía ser apreciada como una parte de la ejecución de la acción prohibida. La *acción*

[144] Sobre estas concepciones, véase: RIGHI, Esteban. Ob. Cit., Págs. 186 y sgts.

[145] Se le imputa a Luden el ser el primero en vislumbrar la trascendental diferencia entre omisión propia e impropia. La primera se da – dirá – cuando la omisión supone la infracción de un mandato; la segunda, cuando la omisión produce la lesión de derechos subjetivos ajenos. Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana. Ob. Cit, Pág. 32.

[146] Cfr. JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. Cit., Pág. 562.

[147] Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana. Ob. Cit., Pág. 32.

previa impide y promueve el peligro al mismo tiempo, conduciendo así a la aceptación de la *garantía*, pero en el momento decisivo el sujeto que ha tomado sobre si la función garantizadora, voluntariamente no actúa. Esa decisión del sujeto de no detener una causación puesta en marcha por él mismo, es lo que posibilitaría la causación por la llamada *omisión*.

Afirmó Binding que todo cambio en el mundo exterior (resultado naturalístico) es el producto de la lucha entre las condiciones favorecedoras (positivas) del resultado y las condiciones obstaculizantes (negativas) del mismo; el resultado aparece (se causa) cuando las primeras vencen a las segundas; de manera que *causación* se identifica con modificación del equilibrio entre condiciones positivas y negativas del resultado, en beneficio de las primeras, y *causa* del resultado son las *condiciones* positivas en su preponderancia sobre las negativas.[148]

Esa fundamentación fracasó por múltiples razones, ya que: a) hay casos en los que no existe ninguna acción previa garantizadora, b) presupone una voluntariedad que no siempre se presenta, especialmente cuando el autor quiere que el resultado se produzca, y c) cuando lo que se pretende es imputar un resultado mediando culpa sin representación, la voluntariedad del omitente no parece ser un dato esencial.

De mayor influencia en el desarrollo teórico ulterior, fue el criterio desarrollado por KRUG, GLASER y MERKEL, para quienes el resultado debía ser atribuido al movimiento corporal *precedente* a la omisión. Así Krug precisa que nos es la omisión la que constituye la causa del resultado no evitado, sino la conducta activa previa del omitente con la que dicho resultado puede ser relacionada.[149]

Se le reprocha a la tesis de la acción precedente como momento causal, la figura del *dolo subsequens,*[150] ya que el dolo no está presente en la acción precedente sino en la posterior omisión.

Frente a ello, Glaser estimó que la conducta enjuiciada no debe escindirse en dos parte incomunicadas (acción precedente, de un lado, omisión posterior, del otro) sino que ambos se integran en una unidad, de forma que, aunque el dolo sólo esté presente en la omisión, otorga *retrospectivamente* a la acción anterior no dolosa su carácter delictivo.[151]

Sin embargo, se le reprocha porque no establecer, por un lado, cómo la acción precedente y la omisión han de ser consideradas como un todo, y no más bien como dos estructuras independientes la una de la otra e incansables entre sí, y por otro lado, cómo conjugar con el principio de culpabilidad un dolo con efectos retroactivos.

Ante tal situación, Merkel, sostuvo que es necesario que en el momento

---

[148] Ibidem, Pág. 37
[149] Ibidem, Pág. 33.
[150] Cfr. JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. Cit., Pág. 562.
[151] Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana. Ob. Cit., Pág. 34.

de llevar a cabo la acción precedente, le fuera *previsible* a quien después omite el advenimiento del resultado típico así como el completo curso causal que en él desemboca.[152]

De esta forma, Merkel introduce un elemento normativo al tema de la causalidad (la cual es una relación ontológica), esto es, la previsibilidad, la misma, que es un dato, usualmente, considerado en el tema de la culpa o imprudencia; no obstante, lo que consigue es el paso de un dolo *subsequens* a una culpa *antecedens*, dado que, la imprudencia de la acción revierte en la posterior omisión.[153]

Por lo indicado, la tesis del actuar precedente se le debe observar, dado que, tampoco este criterio pudo prevalecer, ya que hay casos en los que no existe un obrar previo (ej.: la madre, que habiendo quedado embarazada en estado de inconsciencia, deja morir de hambre a su hijo). Pero más decisivo fue que la pretensión de fundamentar la existencia de causalidad fáctica en la comisión por omisión sobre la base del comportamiento previo del autor, nunca pudo superar el problema insalvable del dolo *subsequens*.

En suma, las teorías causales del actuar precedente, del actuar coetáneo y de la interferencia son inadecuadas para establecer algún tipo de nexo causal en la omisión, debido que, ***la categoría de causalidad que estas teorías manejan no estaría en condiciones de explicar el fenómeno de la responsabilidad del omitente por el resultado acaecido, ya que se trataría de una categoría proveniente de las Ciencias Naturales y, como tal, libre de valoraciones, en tanto que la responsabilidad a título de omisión (propia e impropia) se desenvuelve en un terreno puramente normativo.***[154]

Por otro lado, en la doctrina nacional encontramos la posición de James Reátegui, quien al rechazar la tesis de la causalidad hipotética, precisa que la tipicidad de la omisión (impropia) dependerá de la prueba, es decir, de la certeza, y no de la hipótesis, de que la acción omitida *hubiera disminuido el riesgo de producción del resultado*.[155] Como se aprecia, el citado autor centra su posición en uno de los criterios de imputación objetiva que se analizará más adelante.

Por su parte, Villa Stein, al precisar que no es pacífico lo referente al

---

[152] Ibidem, Pág. 35.

[153] Por otro lado, está el tema de la ubicación de las categorías dogmáticas. En efecto, según la construcción dogmática de la Teoría del delito de Merkel, el dolo y la imprudencia se ubican en la culpabilidad; por lo que, aquellas concepción que buscan en el actuar precedente el momento de la causalidad, lo que están generando, además, es adelantar el propio juicio de culpabilidad, a través de una *culpabilidad subsequens o antecedens*.

[154] Como indica Huerta Tocildo: *Una vez negado que la omisión sea causal respecto del resultado típico por el que se pretende hacer responder al omitente, resulta de todo punto improcedente buscar la causalidad en una acción, precedente o coetánea, que no solo puede estar por completo ausente, sino que, en todo caso, difícilmente puede ser puesta en contacto con el resultado típico (…).* Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana. Ob. Cit., Pág. 35.

[155] Cfr. REÁTEGUI, SÁNCHEZ, James. "EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA", Jurista Editores, Lima – Perú, 2002, Pág. 100.

tema que nos ocupa, centra como la "*regla jurídica madre*" a la figura de la posición de garante.[156]

Para Peña Cabrera, en los delitos de omisión (impropia) no cabe el nexo de causalidad, sino la imputación objetiva aplicable entre el comportamiento omisivo y el resultado producido.[157]

Finalmente, Villavicencio, acota que en la omisión no puede darse una causalidad física, por lo que, se debe recurrir a la (ya criticada) teoría de la causalidad hipotética, en el sentido que, aplicando la equivalencia de las condiciones, si se agrega mentalmente la acción mandada y el resultado desaparece, quiere decir que la omisión es causal.[158] De igual opinión es Luís Miguel Bramont – Arias Torres.[159]

Luego de revisada la opinión de la doctrina peruana se deduce que aún un sector de la doctrina nacional prefiere trabajar con la causalidad hipotética; sin embargo, cabe recordar, que ***dicho nexo claramente imaginario resulta imposible afirmar con certeza si una omisión fue o no causa de un resultado que en realidad no ocurrió, puesto que un vínculo entre dos acontecimientos que solo hipotéticamente hubiera podido ocurrir no pasa de ser una hipótesis más.***

Mención aparte es la tesis de Gabriel Pérez, la cual, parte de una categoría denominada: *determinabilidad,* la misma que la encuadra en el esquema del tipo objetivo.

El citado jurista, influenciado por el aporte de Bunge, según el cual el principio de causalidad integra el principio del determinismo universal, pero no lo agota,[160] deduce que, la causalidad es sólo una entre muchas categorías de determinación, ni más ni menos importante que las otras. [161] Cada una de esas categorías, entre las que cabe destacar –además de la causal – a la determinación estadística y la teleológica,[162] tiene su propio ámbito de aplicación y sus propias leyes, y se rige por sus propios principios.

---

[156] Cfr. VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit., Pág. 258.

[157] Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit., Pág. 535.

[158] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Luís Felipe. "CÓDIGO PENAL", Ob. Cit., Pág. 76. Asimismo, "LECCIONES…", Ob. Cit., Pág. 277.

[159] Cfr. BRAMONT – ARIAS TORRES, Luís Miguel. "LECCIONES DE LA PARTE GENERAL Y EL CODIGO PENAL", Editorial San Marcos, Lima – Perú, 1997, Págs. 117 – 118. *El mismo.* "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Santa Rosa, Lima – Perú, 2000, Pág. 197.

[160] BUNGE, Mario. "EN LA CAUSALIDAD. EL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD EN LA CIENCIA MODERNA", Editorial Sudamericana, Buenos Aires - Argentina, 1997.

[161] Cfr. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. "CAUSALIDAD Y DETERMINABILIDAD: EL PROBLEMA DEL PRESUPUESTO ONTOLOGICO EN AMBITOS ESTADISTICOS O PROBABILISTICOS". En: *Sistemas penales iberoamericanos. Libro homenaje al profesor Dr. Enrique Bacigalupo,* ARA Editores, Lima – Perú, 2003. El mismo: "CAUSALIDAD Y DETERMINABILIDAD". En: *Nuevas formulaciones de las ciencias penales. Libro homenaje a Claus Roxin,* Editorial Lerner, Córdoba – Argentina, 2001.

[162] La categoría de determinación teleológica se caracteriza por explicar ontológicamente la ocurrencia de un suceso en términos de razones, motivos, propósitos u objetivos. (Cfr. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. "CAUSALIDAD Y DETERMINABILIDAD: EL PROBLEMA…", Ob. Cit., Pág. 448).

En ese orden de ideas, en el campo de la omisión también es aplicable la determinabilidad, pero no a través de la categoría causal, sino por medio de la categoría de determinación estadística.[163] Esta determinación ofrece, lo que Pérez denomina la *certeza estadística:* la relevancia estadística del antecedente respecto del resultado típico, lo cual sólo podrá afirmarse si, acerca de tal relevancia, no existe ninguna duda. [164] [165]

Para Pérez Barberá, la acción que se señala como omitida hubiese podido evitar el resultado es una cuestión que, como desde siempre lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia – aunque sin extraer de ello las consecuencias pertinentes –, sólo puede determinarse estadísticamente. Fórmulas como las de "probabilidad rayana en la certeza" muestran esto con toda claridad. Es cierto – afirma el autor - que tales fórmulas resultan insatisfactorias dentro de un marco teórico causal, pero pueden tener gran poder explicativo si se las presenta, como corresponde, dentro de un contexto teórico conformado excluyentemente por leyes estadísticas, y se las comprende conforme al concepto de certeza estadística desarrollado más arriba. Concluye pues el autor, que la problemática de la omisión pertenece, pues, a la clase de los "ámbitos determinados estadísticamente", y sólo merece un tratamiento aparte por sus especiales características.

Finalmente, Pérez Barberá se opone a la tesis que en la omisión se debe reemplazar la causalidad por reglas normativas de imputación; dado que, en muchas cuestiones importantes (ej.: la eliminación de sucesos penalmente irrelevantes) pueden y deben tratarse antes de pasar a esas reglas normativas,

---

[163] Sobre este punto, el jurista indica lo siguiente: ***Esta es la categoría de determinación que permite explicar, ontológicamente, enunciados probabilísticos. Al igual que en las explicaciones nomológico-deductivas aplicables a hipótesis causales (universales), en la explicación estadística hay premisas-datos y premisas-leyes (estadísticas) que conforman un explanans, pero el explanandum no se obtiene por medio de una deducción, sino a través de una inferencia probabilística de carácter inductivo. Así, por ejemplo, el explanandum "existe una probabilidad de 0,95 de que quien ingiera la droga D se cure de la enfermedad E" constituye un enunciado probabilístico que se infiere de las premisas-datos "100 personas sufrían la enfermedad E", "el médico B suministró a todas ellas la droga D", y "95 de las 100 personas se curaron tras ingerir la droga D", y de la premisa-ley (estadística) "la droga D cura la enfermedad E en el 95 por ciento de los casos". Aún cuando en casos como estos la probabilidad sea cercana a 1 (= casi seguridad de que el suceso ocurrirá), la inferencia sigue siendo inductiva, pues la conclusión no se sigue necesariamente de sus premisas.*** **(Cfr. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. "CAUSALIDAD Y DETERMINABILIDAD…", Ob. Cit., Págs. 87 y sgts)**

[164] Al respecto, el autor comenta lo siguiente: ***Que esa relevancia estadística segura se exprese por medio de un enunciado probabilístico (como no puede ser de otra manera en la determinación estadística), no da lugar a ninguna paradoja. Pues, aún a precio de ser reiterativo, cabe aquí insistir: "probabilístico" no indica en este contexto un grado de exactitud (no es un baremo cuantitativo, como lo es cuando se lo emplea en la lógica causal-universal), sino el tipo de relación que existe entre antecedente y consecuente.*** **(Cfr. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. "CAUSALIDAD Y DETERMINABILIDAD…", Ob. Cit., Págs. 87 y sgts)**

[165] En lo que respecta al in dubio pro reo, el autor establece la relación de éste con la determinación estadística, de la siguiente forma: ***descartar toda variable de prueba que pueda poner en duda la relevancia estadística de un suceso respecto de un resultado típico requiere una investigación extremadamente meticulosa, de vasto alcance, normalmente a cargo de especialistas (peritos) y, por lo tanto, permanentemente sujeta a la crítica de quien opere como contraparte. Y así debe ser, pues la condena de un ciudadano, en cualquier ámbito de determinación, sólo puede ser legítima si se ha despejado todo margen de duda.*** **(Cfr. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. "CAUSALIDAD Y DETERMINABILIDAD…", Ob. Cit., Págs. 87 y sgts)**

precisamente en esta categoría ontológica previa de la determinabilidad.

Presentado, la tesis de Pérez Barberá corresponde presentar nuestra apreciación. En principio, si determinabilidad es diferente a causalidad, ¿se podrá descartar que la primera realice sus funciones en el campo de lo ontológico?

Al respecto, Pérez Barberá precisa que la categoría de la determinabilidad permite, así, excluir todos los antecedentes que no se correspondan con el tipo de explicación ***ontológica*** que se haya elegido para dar cuenta de la ocurrencia de un suceso en el mundo. En ese sentido, se colige que si bien el autor diferencia la determinabilidad de la causalidad, postula que la primera encuentra su virtualidad en el ámbito de lo ontológico. Y como se indicó en el apartado anterior, en el mundo del ser sólo hay acciones; por lo que, sólo las acciones penalmente irrelevantes podrían ser eliminados a través de la categoría de la determinabilidad,

Asimismo, cuestiones como la equiparación del omitir con el actuar, esto es, el fundamento de la responsabilidad del omitente en la producción de un resultado típico; el establecimiento del contenido de la acción esperada; la capacidad para poder realizar; etc., no se puede determinar, ni en forma causal – como se ha establecido desde el inicio -, ni en forma estadística, puesto que, la fórmula *rayana a la certeza* debería ser aplicado a todos los tipos de delitos tanto de comisión como por omisión, de lesión como de peligro, puesto que, se requiere de una seguridad jurídica para subsumir un comportamiento a un específico tipo penal: No basta, por consiguiente, con que conste únicamente una (más o menos elevada) probabilidad de causalidad.

En consecuencia, y aplicando a la omisión (propia y especialmente la impropia) reglas que rigen para el delito de acción, la probabilidad rayana en la seguridad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, no puede servir de base para imputar éste al omitente: el marido que no solicita atención médica para la mujer que está sufriendo una peritonitis, no puede ser hecho responsable de ese resultado, ya que con su inactividad "sólo" ha elevado el riesgo de muerte, pero no se puede decir que ésta sea reconducible a aquella omisión, en cuanto que hay muchas personas que, una vez declarada la enfermedad, fallecen no obstante por muy rápido y acertado que sea el tratamiento médico al que se las somete.[166] Y lo mismo rige incluso para enfermedades menos (o mucho menos) graves en las que la actitud pasiva del cónyuge mantiene la situación de ausencia de tratamiento médico, porque teniendo en cuenta que el proceso causal hipotético que hubiera puesto en marcha la acción omitida no llegó a desencadenarse, por ello nunca podremos descartar con seguridad - sino sólo con un juicio de probabilidad - que no hubieran surgido entonces incidentes imprevistos -no llegada a tiempo de la ambulancia o posterior avería de ésta, tratamiento médico inadecuado, etc.- que hubieran impedido la curación de la enferma leve: también aquí, por consiguiente, nos encontramos con una probabilidad (ciertamente, mucho más

[166] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "CAUSALIDAD, OMISIÓN E IMPRUDENCIA". En: *Cuadernos del Poder Judicial,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid – España, 1994, Pág, 193.

elevada) de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, pero no con la seguridad que exige el Derecho penal para que una persona pueda ser hecha responsable de una determinada lesión típica.[167]

Por tanto, aplicar una categoría ontológica como la determinabilidad a la omisión que es una figura normativa es inadecuado; asimismo, la certeza estadística, per se, no puede explicar la responsabilidad del omitente por el resultado acaecido (como se señaló en el comentario realizado a la tesis de Gómez Benítez); finalmente, la fórmula de rayana a la certeza es tanto para los delitos de comisión, así como, para los de omisión un criterio ineficiente, puesto que, la razón para contentarse con esta probabilidad rayana a la certeza viene dada por que simplemente no es posible demostrar que algo que no existe – como el comportamiento omitido – hubiera evitado con plena y absoluta seguridad el resultado.

Por otro lado, está la posición de Hurtado Pozo, para quien la causalidad no es una cuestión perteneciente al ámbito de la naturaleza de las cosas, sino que corresponde al dominio normativo y que consiste en determinar bajo qué condiciones un resultado puede ser imputado al autor de un comportamiento determinado.[168] En ese orden de ideas, considera que una omisión no puede tener efectos en el sentido de las leyes de la naturaleza (*ex nihil nihil fit*); por lo que, resulta más conveniente hablar de una relación de tipo normativo entre el comportamiento no ejecutado y la producción del resultado, cuya realización trata de ser evitada mediante el tipo legal.[169]

Frente a ello, es acertada la opinión del citado jurista peruano, dado que, más allá de la cuestión terminológica, es lógico afirmar que, ***si la omisión es una figura normativa requiere de una relación normativa a fin de constatar cuando la omisión de un comportamiento es apropiado para evitar o disminuir el peligro que amenaza el bien jurídico protegido; y esta constatación se realiza a través de las reglas de la imputación objetiva,[170] dado que, es un juicio de adscripción, que valora, normativamente y sin desligarse del material fáctico, cuando un resultado previsto en el tipo legal (usualmente realizado mediante comisión – equiparación legal –) es atribuible a la omisión del sujeto activo – equiparación material -; por lo que, si la causalidad es una relación naturalística (ontológica) no es posible encontrarla en la omisión (que como figura normativa, requiere de una relación y de equiparaciones normativas).***

En efecto, es opinión dominante de que la causalidad no constituye la cuestión decisiva de la omisión. La punibilidad de la omisión es completamente

---

[167] Ibidem, Pág. 194.

[168] Cfr, HURTADO POZO, José. "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL I", era. Edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2005, Pág. 753.

[169] Ibidem, Pág. 753.

[170] Para Cuadrado Ruiz, la causalidad que falta en la omisión puede sustituirse en la comisión por omisión por el deber de evitar ese resultado. En los delitos de comisión por omisión, la imputación objetiva del resultado no se encuentra ligada a una relación causal, sino, más bien, a la no eliminación de un peligro por parte del garante, siendo el resultado la concreción del riesgo que no se hubiese eliminado. (Cfr. CUADRADO RUIZ, María Ángeles. Ob. Cit., Pág. 202)

independiente de la aceptación de su causalidad.[171] En efecto, en el terreno de la omisión no puede darse una relación de causalidad, esto es, dejar de hacer algo no podría causar nada, sino que sólo la confluencia de otras causas podría llegar a producir algún resultado. No es suficiente configurar la falta de actividad como condición negativa, en cuanto que no sea menos necesaria que las positivas para la verificación del resultado.

Es evidente que el traslado de la concepción causal tradicional al delito de omisión está destinado al fracaso; ahora bien, el criterio causal experimenta también hoy en día una pérdida progresiva de importancia en el interior de la comisión, pues la fundamentación de responsabilidad debe incorporar prevalentemente criterios de valoración como los ofrecidos por la moderna teoría de la imputación objetiva.[172]

Sin embargo, cabe analizar el riesgo que, si se renuncia a la causalidad, supondría un aumento injustificado de la intervención penal, así como una gran carga de inseguridad.[173] No obstante, si para brindar tal seguridad se debe trastocar la naturaleza de las instituciones jurídico – penal, en el sentido de afirmar que, la omisión (como figura normativa) presenta como elemento la relación de causalidad (figura ontológica), entonces el riesgo de la inseguridad jurídica es mayor.

En ese orden de ideas, si se considera que la causalidad es una opción no exenta de cierta carga ideológica, más concretamente garantista, que supera el dogma de la causación (de acuerdo con el cual se concebía a las figuras delictivas como causación de la lesión de bienes jurídicos),[174] se puede también afirmar que, en el marco de un Derecho penal garantista, el que debería primar es el *principio de imputación*, esto es, que la imposición de una consecuencia jurídico – penal sólo se dará cuando concurra una atribución objetiva, subjetiva y personal, sobre la base de criterios nomológicos, así como, de merecimiento y necesidad de pena. En contraposición a lo afirmado está el denominado *principio de causalidad*,[175] como mecanismo fundamental para la atribución de responsabilidad al agente por el resultado acaecido; sin embargo, este principio es huella del dogma causalístico – condicionalístico, inspirada en la regla de la equivalencia de condiciones,[176] que como se ha indicado *ut supra*, no es idónea para afirmar la causalidad en la omisión.

Por ende, al eliminar el elemento de causalidad en la omisión, no se

---

[171] Cfr. JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. Cit., Pág. 546.

[172] Cfr. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, "ALGUNAS CONSIDERACIONES DOGMATICAS SOBRE LA REGULACIÓN DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO". En: *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Nº 02, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2001, Pág. 455.

[173] Cfr. SERRANO MAILLO, Alfonso. Ob. Cit., Pág. 267.

[174] Cfr. CEREZO MIR, José. "CURSO…", Ob. Cit., Pág. 52.

[175] Sobre este principio, consúltese a: CORNACCHIA, Luigi. "CAUSA AD EXCLUDENDUM: LA PROBLEMÁTICA DE LA INTERRUPCIÓN DEL CURSO CAUSAL". En: *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Nº 02, Lima – Perú, 2001, Págs. 82 y sgts.

[176] Por tanto, no es de sorprenderse que el Serrano Maillo, por un lado, defienda la necesidad de mantener el principio de causalidad, aún en la omisión, y por otro lado, afirmar su adhesión a la teoría de la equivalencia de la condiciones, aunque haciendo el reparo que, en materia de omisiones se puede aceptar la tesis de la causalidad hipotética.

está restando de seguridad jurídica a los ciudadanos de las consecuencias que los operadores pueden extraer de la omisión, si es que se emplean, como se postula en esta investigación, las reglas de la imputación objetiva. Aún hoy en día y pese a que las ciencias sociológicas e incluso físicas han abandonado definitivamente el dogma causal, la teoría del delito no ha logrado desprenderse de él, perdiéndose de vista que lo que pretende explicar es la forma de conexión que reviste la vinculación (acción y omisión) entre los sujetos de una relación social dada con el tipo y esto es completamente independiente de la pretendida problemática de la causalidad.[177]

Por otro lado, en lo que respecta a la omisión impropia, las concepciones tradicionales, para fundamentar su estructura en el plano nomológico, han partido unánimemente de la discutible premisa de que los tipos de resultado de la Parte Especial son tipos *causales*, y por tanto, de la consideración de que tras ellos existen normas prohibitivas (de causación). Desde este punto de vista, la disposición que describe el homicidio se referiría al que *causare la muerte de otro.* Frente a ello, Silva Sánchez afirma que es evidente la influencia causalista y la concepción del injusto como injusto de resultado, pero presenta sustanciales dificultades, ya que una vez fracasados los internos de encontrar una auténtica causalidad natural en ciertos casos de omisiones, las concepciones dogmáticas incurren en infinidad de incorrecciones cuando tratan de demostrar que omisiones son englobables en los preceptos de la Parte Especial.[178]

En suma, el fundamento de la responsabilidad en la omisión debe abandonar el terreno de la causalidad y pasar al ámbito de lo normativo, esto es, el de la imputación, la cual, es aplicable tanto en el delito de omisión como en el de acción.[179] En efecto, sólo puede hablarse de omisión en sentido normativo cuando el sujeto no contribuye a la evitación del resultado con aquello que le es exigido a tal efecto; por lo que, el resultado se le imputa al sujeto, sin la existencia de una relación de causalidad.[180]

2.1.3 ¿UN MATIZ NORMATIVISTA O UN ONTOLOGICISMO OCULTADO?: LA POSICIÓN DE GARANTE EN LA OMISIÓN

Es sabido que, en los delitos de omisión impropia, los que consideran su análisis a través de la causalidad hipotética, también consideran que es

---

[177] Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan / HORMAZABAL MALAREE, Hernán. "SIGNIFICACIÓN SOCIAL Y TIPICIDAD". En: *Estudios penales y criminológicos* V, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela – España, 1981, Pág. 21.

[178] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "EL DELITO DE OMISIÓN…", Ob. Cit., Pág. 361.

[179] Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín / PRATS CANUT, Miguel. "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 2da. Edición, Editorial Aranzadi, Navarra – España, 2000, Pág. 373. REYES ALVARADO, Yesid. "IMPUTACIÓN OBJETIVA", 2da. Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1996, Pág. 45. Similar opinión: JAKOBS, al precisar que la omisión no condiciona positivamente nada. (Cfr. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 960). Asimismo, véase: HUERTA TOCILDO, Susana. Ob. Cit., Pág. 46. MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz / GOSSEL, kart. Ob. Cit., Pág. 237. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Ob. Cit. Pág. 171. Por otro lado, sobre la imposibilidad de equiparar el omitir con el actuar en la causalidad, porque ésta no puede establecerse sino entre dos fenómenos físicos de carácter positivo, véase: RODRIGUEZ DEVESA, José María. Ob. Cit., Pág. 386.

[180] Cfr. CEREZO MIR, José. "CURSO…", Ob. Cit., Pág. 51.

necesario que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de su cargo o profesión. Esta obligación especial, convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí el nombre con el que suele denominarse doctrinalmente: *posición de garante*.[181][182]

Sin embargo, también se considera que en los delitos de omisión propia, el círculo de los posibles sujetos activos está restringido por el tipo legal a aquellos sujetos que tenían el deber de realizar la acción omitida.[183] La diferencia, por tanto, operaría, que en los delitos puros de omisión, la calidad de sujeto activo se deduce directamente del tipo legal; en cambio, en los de omisión impropias hay que acudir a la totalidad del ordenamiento jurídico,

---

[181] La expresión *garante,* como omitente responsable del resultado, porque garantiza frente a la comunidad a la integridad del bien jurídico, fue acuñada por Binding en 1926, e introducida definitivamente en el vocabulario jurídico penal por Nagler en 1938.

[182] En la doctrina quienes fundamentan que en la omisión impropia, el sujeto activo, sólo puede ser aquel que tenga el deber jurídico específico de evitar el resultado, tenemos: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "LINEAMIENTOS DE LA TEORIA DEL DELITO", Editorial Hammurabi, Buenos Aires – Argentina, 1989, Pág. 124. *El mismo*. "PRINCIPIOS…", Ob. Cit., Págs. 401 y sgts. *El mismo*, "DELITOS IMPROPIOS…", Ob. Cit., Pág. 119. CARBONEL MATEU, Juan Carlos / PRATS CANUT, José Miguel. "OBSERVACIONES GENERALES SOBRE EL CÓDIGO PENAL DE 1995". En: *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Editorial Comares, Granada – España, 1999, Pág. 69. MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 260. COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 395. CUADRADO RUIZ, María Ángeles. Ob. Cit., Pág. 36. RODRIGUEZ DEVESA, José María. Ob. Cit., Pág. 387. MARTINEZ – PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel / ROMA VALDES, Antonio. Ob. Cit., Pág. 107. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Ob. Cit. Tomo II, Pág. 172. MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz / GOSSEL, kart. Ob. Cit., Tomo II, Pág. 248. JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. Cit., Pág. 564. POLAINO NAVARRETE, Miguel. Ob. Cit., Pág. 293. Conjugándolo con la imputación objetiva, tenemos: TERRAGNI, Marco Antonio. "OMISIÓN IMPROPIA". En: *Derecho procesal penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez,* jorge Eduardo Buompadre (Director), Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, 1997, Pág. 123. CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO José Antonio. "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", Tomo I, 2da. Edición, Editorial Bosch, Barcelona – España, 2001, Págs. 338 y sgts. MIR PUIG, Santiago. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 307. VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernandb. Ob. Cit., Pág. 447. LUZÓN CUESTA, José María. Ob. Cit., Pág. 202. En la doctrina nacional tenemos: PEÑA - CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. "TEORÍA GENERAL DE LA IMPUTACIÓN DEL DELITO", Editorial Rhodas, Lima – Perú, 2004, Pág. 118. VILLAVICENCIO TERREROS, Luís. "LECCIONES…", Pág. 278. *El mismo*, "CÓDIGO PENAL...", Ob. Cit., Pág. 83. BRAMONT – ARIAS TORRES, Luís Miguel. "MANUAL…", Ob. Cit., Pág. 194. PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit., Pág. 532. VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit., Pág. 259. GARCIA NAVARRO, Edgard. "LINEAMIENTOS A LA ESTRUCTURA DEL TIPO DE OMISIÓN IMPROPIA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA". En: *Ponencias del XVI Congreso latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de derecho penal y criminología,* U.N.M.S.M., Lima – Perú, 2004, Pág. 92. MARTICORENA COLLANTES, Omar Hugo. "¿PUEDEN RESPONDER JURÍDICO – PENALMENTE LAS AUTORIDADES Y/O FUNCIONARIOS DE POLICÍA POR OMISIÓN IMPROPIA EN CASO DE PRODUCIRSE UN ATENTADO CRIMINAL? En: En: *Ponencias del XVI Congreso latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de derecho penal y criminología,* U.N.M.S.M., Lima – Perú, 2004, Pág. 132. HURTADO POZO, José. Ob. Cit. Pág. 755. en la doctrina norteamericana, véase: FLETCHER, George P. / MUÑOZ CONDE Francisco. "CONCEPTOS BÁSICOS DE DERECHO PENAL", Editorial Tirant Le Blanch, Valencia – España, 1997, Pág. 83.

[183] Cfr. RODRIGUEZ DEVESA, José María. Ob. Cit., Pág. 387. En contra: VILLAVICENCIO TERREROS, Luís. "LECCIONES…", Ob. Cit., Pág.

porque los tipos legales guardan silencio.

La posición de garante como problema situado en el tipo de los delitos de omisión impropia continúa siendo el punto de escape hacia la expansión de la punición de estos delitos, y, en consecuencia, uno de los más necesitados de delimitación y restricción.[184]

No obstante, ***el principal lastre en la doctrina de la omisión es considerar que la equivalencia NORMATIVA entre la omisión (impropia) con la comisión, se realiza a través de una posición NORMATIVA entre el sujeto y el bien jurídico afectado; por tanto, la posición de garante siempre ha sido considerada como una figura de valoración normativa en el contexto de la comisión por omisión; sin embargo, si uno revisa los antecedentes de esta figura y cómo fue insertada definitivamente en el vocabulario jurídico – penal, concluirá que la misma proviene de un sistema dogmático anclado en una perspectiva ONTOLÓGICA.***

En efecto, la fundamentación de la imputación en la omisión impropia a través de la posición de garante del omitente tiene origen en NAGLER, quien lo pudo desarrollar en el marco del proceso de reacción contra el absolutismo durante la posguerra, e imponerse como doctrina dominante en el marco de la reformulación sistemática del finalismo y la consiguiente superación del esquema neokantiano.[185]

El finalismo fundamentó la punibilidad de los delitos de omisión en la mutabilidad del orden social, ya que si el mismo fuera estático sólo podrían castigarse las acciones. Ello les permitió apreciar que también es un comportamiento humano la omisión de evitar un resultado, siempre que el autor hubiera estado confiada la preservación de bienes jurídicos. Así, es también obra del sujeto la no intervención, siempre que estuviera a su cargo impedir el desarrollo de un determinado curso causal (posición de garante).[186]

Asimismo, en lo que respecta a las fuentes de la posición de garante, el finalismo reprodujo en lo sustancial el modelo neokantiano, al explicar que la posición de garante podía surgir de una ley no penal, un contrato o un hecho anterior del omitente. Estos criterios, en su tiempo, se convirtieron en doctrina dominante, pero fue en todo caso insuficiente para preservar el principio de legalidad, ante la inexistencia de previsiones legislativas.[187]

Posteriormente, otro representante del finalismo: Armin Kaufmann elaboró una nueva taxonomía de la posición de garante, aún dominante en la actualidad. En esta nueva clasificación, Kaufmann partió de la distinción (ontológica) del sentido positivo y negativo de la conducta;[188] concluyendo que el deber de actuar debe ser compatible con las modalidades de acción.

---

[184] Cfr. GRACIA MARTIN, Luis. "DELITOS CONTRA…", Ob. Cit., Pág. 72.
[185] Cfr. RIGHI, Esteban. "DELITO S OMISIVOS…", Ob. Cit., Págs. 192 – 193.
[186] Ibidem, Pág. 193.
[187] Ibidem, Pág. 195.
[188] Ver supra 2.1.1.3

Como se puede apreciar, el desarrollo de la teoría de la posición de garante que considera a la omisión impropia, por un lado, como un delito especial, y por el otro lado, equivalente a la comisión, tuvieron como presupuesto una noción ontológica de la omisión.

Situación totalmente diferente se tiene en la actualidad; dado que, ***se busca partir, no de un elemento exclusivo y excluyente en la omisión impropia (como es la posición de garante) sino en las consecuencias (presencia de un riesgo típico) que el sujeto puede originar, ya sea por la organización de su actividad personal, o bien, por su posición institucional, las cuales, se les puede imputar al sujeto activo como su propio obrar.***

En ese orden de ideas, en este punto se va a analizar la tesis de la posición de garante que, como fruto de una corriente que estudia desde una perspectiva ontológica a la omisión, considera que este es un elemento especial en el tipo objetivo de la omisión impropia, así como, ajeno a cualquier otra construcción típica.

2.1.3.1 LAS FUENTES FORMALES DE LA POSICIÓN DE GARANTE

Fue con FEURBACH con quien se inició la idea de la existencia de un deber jurídico como fundamento de la punición de la omisión, claro está, con la aclaración que este autor no conoce aún la distinción entre delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia, dado que, esta dicotomía se debe a los estudios de Luden.[189] Fuera de esta situación, Feurbach indicó que en el delito de omisión se requiere siempre de la existencia de una particular razón jurídica (la ley, como emanación de la voluntad social, o el contrato, como emanación del principio de la autonomía de las partes para originar vínculos jurídicos) en la que basar el deber de actuar; sin este fundamento, la omisión no es delictiva.[190]

Al ser valorada la posición de Feurbach, la doctrina entiende que la misma sitúa el problema de la responsabilidad penal por omisión en el plano normativo y no en el causal.[191]

Sin embargo, el punto central siempre ha consistido en determinar los criterios que determinan las condiciones que permitan afirmar que no impedir un resultado es equivalente a su producción activa. Inicialmente, se pensó que la equivalencia se daba en la esfera de la causalidad; no obstante, al descartarse el nexo causal en la omisión, se entendió que sólo las omisiones que implicaran la infracción de un determinado *deber de actuar* deberían ser típicas.

De esta nueva forma de ver el problema surgió la ***teoría formal de las fuentes del deber***, para la cual una omisión de impedir el resultado se debía

---

[189] Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana. Ob. Cit., Pág. 26
[190] Ibidem, Pág. 28.
[191] Ibidem, Pág. 29.

considerar equivalente a causarlo cuando impedir el resultado provenía de una ley, un contrato o el peligro de producción del resultado fuera consecuencia de un hecho anterior del omitente (injerencia). [192] En efecto, ante el fracaso del positivismo por encontrar criterios de equiparación entre la acción y la omisión y su irreductibilidad en el plano ontológico y consecuentemente dogmático, hizo que se fundara la esencia de los delitos de omisión como de infracción de un deber. Dieron así lugar a la teoría de las fuentes formales del deber de actuar y que en esencia entiende a la omisión impropia como una mera omisión calificada por una ***especial*** intensidad del deber de actuar.

Por otro lado, al tener como dificultad la determinación de la posición de garante para la fundamentación y equivalencia de la omisión impropia con la comisión, así como, para evitar objeciones de inconstitucionalidad por infracción del principio de legalidad (debido a la no mención expresa de los deberes que fundamenten la posición de garante), originó la necesidad de ya establecer como indicadores de un especial deber jurídico de actuar, a la ley, el contrato y a la injerencia, que a continuación se expondrá.

2.1.3.1.1 LA LEY

Para un sector de la doctrina, no basta con el incumplimiento de un deber moral, pero tampoco, sin más, el de un deber jurídico. En ese sentido, la asunción de una posición de garante puede provenir, por ejemplo, de la ***ley***.[193]

Entre los deberes provenientes de la ley, están aquellos que en las relaciones familiares imponen obligaciones de asistencia y protección, como el deber de alimentar a los hijos no emancipados, que corresponde a los padres. Asimismo, están aquellas personas que por su cargo o función, la ley le establece un conjunto de deberes (ej.: el socorrista funcionario en una piscina municipal).

En cambio, el resto de los ciudadanos no garantes, que no tienen la obligación especial extrapenal de garantizar la vida de determinadas personas, sino sólo la obligación general jurídico – penal que nos afecta a todos de socorrer a cualquier ser humano, responderían, si no interviniesen, únicamente por delitos de omisión propia.[194]

Finalmente, se entendió que la obligación de actuar proveniente de la ley, también comprende al derecho consuetudinario.[195]

---

[192] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "PRINCIPIOS…", Ob. Cit., Pág. 397.

[193] Quienes admiten la ley como fuente de la posición de garante, tenemos: RODRIGUEZ DEVESA, José María. Ob. Cit., Pág. 387. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Ob. Cit., Tomo II, Pág. 172. MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz / GOSSEL, kart. Ob. Cit., Tomo II, Pág. 254; aunque su posición trata de conjugar lo formal con la funcional, la cual es compartida por: REATEGUI SANCHEZ, James. "EL DELITO…", Ob. Cit., Págs. 81-82. LUZÓN CUESTA, José María. Ob. Cit., Pág. 202. HURTADO POZO, José. Ob. Cit. Pág. 757.

[194] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "LA OMISIÓN IMPROPIA EN LA DOGMÁTICA PENAL ALEMANA. UNA EXPOSICIÓN". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* Nº 09, Lima – Perú, 1999, Pág. 320.

[195] Cfr. JUÁREZ, Juana. Ob. Cit., Pág. 104.

2.1.3.1.2 EL CONTRATO

Según la teoría de las fuentes formales, la asunción de un deber de actuar puede provenir de un ***contrato***, por ejemplo, que obliga al sujeto a vigilar la ejecución de unas obras, o del derecho público, como en el caso del funcionario que ha de comprobar si se cumplen las disposiciones relativas a la seguridad en la ejecución de las mismas obras; en tales supuestos, según los defensores de esta teoría, es preciso que el sujeto haya efectivamente asumido el puesto de garante a que se obligó.[196]

Sin embargo, ante la crítica que la equiparación civilista de la obligación contractual con la legal no sería útil, dado que, precisamente se busca reafirmar que no toda obligación legal es constitutiva del deber de garantía, originó que el contrato sólo puede ser fuente de la posición de garante cuando de la confianza depositada emerja un particular deber de cuidado, vigilancia o protección.

2.1.3.1.3 EL ACTUAR PRECEDENTE

No es unánime el momento histórico en que aparece la teoría de la injerencia. Así, para unos, la injerencia nace ya en el primer tercio del siglo XIX, formulada en primer lugar para casos determinados;[197] otros en cambio, atribuyen a que la teoría formal de las posiciones de garantía como la obligación de actuar basado en la ley y el contrato, la incorporación de los casos de injerencia es posterior y sólo pudo encontrar un fundamento que permitiera afirmar su equivalencia con la acción mediante la "teoría de la causalidad de la acción ejecutada en lugar de la omitida" de Luden, pues ésta afirmaba que la acción positiva realizada en lugar de la impuesta por el orden jurídico era la causa del resultado (teoría del *aliud agüere*).[198] Para otros, la germinación de la injerencia se encuentre en los inicios del siglo XX, concretamente a partir de la obra de Stübel en 1928, quien consideraba que en el caso de que una persona colocase a otra en una situación de riesgo de la que no pudiera ésta última salir sin la ayuda de aquella, surgía para el causante del peligro un deber de actuar en evitación del resultado.[199]

---

[196] Quienes admiten al contrato como fuente de la posición de garante, tenemos: RODRIGUEZ DEVESA, José María. Ob. Cit., Pág. 387. FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Ob Cit., Tomo II, Pág. 172. MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz / GOSSEL, kart. Ob. Cit., , Tomo II, Pág. 256. HURTADO POZO, José. Ob. Cit. Pág. 759.

[197] Así, STRATENWERTH, Gunther. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, HECHO PUNIBLE I", Traducción de la edición alemana de Gladys Nancy Romero, Editorial Ederma, Madrid – España, 1982, Pág. 296.

[198] BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "LA REGULACIÓN DE LAS CONDUCTAS OMISIVAS EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL". En: Buompadre, Jorge Eduardo (Dir. y Coord.), *Derecho Penal y Procesal Penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez,* Buenos Aires - Argentina, 1997, Págs. 23 y 24.

[199] HUERTA TOCILDO, Susana. "INJERENCIA Y ART. 489, 3, CP". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid - España, 1985, Pág. 41, nota 11.

Finalmente, están quienes atribuyen su origen de la *ingerenz*, a Nagler, quien la utilizó en 1938. [200]

Frente a ello, se ha indicado que el inicio de la teoría de las fuentes formales de la posición de garante se debe a Feurbach;[201] sin embargo, éste sólo consideró a la ley y al contrato como fuentes que originan la obligación de actuar; la incorporación de los casos de injerencia es posterior, y sólo pudo encontrar un fundamento que permitiera afirmar su equivalencia con la acción mediante la teoría de la causalidad de la acción ejecutada en lugar de la omitida de Luden, pues ésta afirmaba que la acción positiva realizada en lugar de la impuesta por el orden jurídico era la causa del resultado (*teoría de la aliud agere*). La tesis de Luden fue generalmente rechazada: resultaba evidente que si la otra acción era suprimida mentalmente, según la fórmula de la *conditio sine qua non*, el resultado se hubiera producido de todos modos. A partir de entonces el problema de los casos de injerencia no encontró ninguna solución plausible en el marco de la teoría formal de las fuentes del deber.[202]

En tiempos más actuales, a esta tercera fuente formal de la posición de garante se la entiende en la forma siguiente: *el que mediante un hacer precedente crea un peligro de lesión a un bien jurídico, responde de esa lesión, igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente omite evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal puesta en marcha por aquel hacer precedente.*[203]

Sin embargo, no todo hacer precedente condicionante después de un resultado típico crea una posición de garante, pues si así fuera, todo se difumina y todo el mundo respondería por todo. Frente a ello, se estableció como primera limitación, que la posición de garante sólo puede provenir de un hacer precedente peligroso en sí para la producción del resultado. No obstante, la discusión radicó en establecer los criterios para establecer cuando un actuar precedente es *peligroso.*[204]

Finalmente, en las cuestiones particulares nunca hubo acuerdo a su respecto. Por ejemplo, se dice que el deber de evitar se reduce a peligros próximos, a lo que STRATENWERTH observa que en el caso de un fabricante de automóviles con fallas que pongan en peligro la seguridad del tránsito, poco importa que la probabilidad sea del dos por ciento o del cincuenta por ciento.

---

[200] RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "EL DELITO DE OMISIÓN DE AUXILIO A VÍCTIMA Y EL PENSAMIENTO DE LA INGERENCIA". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1973, Pág. 511.

[201] Cfr. VON FEURBACH, Paul Joham Anselm Ritter. "TRATADO DE DERECHO PENAL COMÚN VIGENTE EN ALEMANIA", Traducción al castellano de la 14ta. Edición alemana, Buenos Aires - Argentina, 1989, Pág. 50.

[202] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "PRINCIPIOS…", Ob. Cit., Pág. 397.

[203] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "LA OMISIÓN…", Ob. Cit., Pág. 326.

[204] Esto se manifiesta en la discusión si un acción típica pero justificada constituye o no un hacer precedente. Así para autores como Von Buri, Vogt, Arthur Kaufmann, Hassemer, Maurach, Herzberg y Baumann consideran que, quien deja morir a quien previamente ha lesionado justificadamente, responde de un delito contra la vida en comisión por omisión. En cambio, juristas como Sauer, Liszt, Mezger, Welzel, Meyer, Jiménez de Asúa, Rudolphi, Otto, Cury, Stratenwerth, Gallas, Schmidhauser, entre otros, estiman que en estos casos, el sujeto sólo responderá de una omisión (propia) del deber de socorro.

Se coincide en que el deber de actuar en razón de la conducta precedente no puede ser deber de garantía cuando también la víctima podía y debía haber previsto el resultado.[205]

2.1.3.1.4 CRÍTICA A LAS FUENTES FORMALES DE LA POSICIÓN DE GARANTE

A las fuentes formales se les critica porque la mera infracción del deber jurídico de actuar (antijuridicidad formal) impuesta por una ley o un contrato no supone automáticamente la contrariedad a Derecho de la omisión si no va acompañada de la afección de un interés jurídico – penalmente protegido (antijuridicidad material). Así, el deber legal de alimentar a un hijo no expresa todavía el deber de garantía, que propiamente se fundamenta en la estrecha vinculación personal y de dependencia existente entre el obligado y la persona a su cuidado.[206]

Por otro lado, se considera como debilidad de esta construcción su excesiva indeterminación como consecuentemente por su escasa fidelidad al principio de legalidad, lo que se evidencia al analizar las fuentes tradicionales de la posición de garante.[207] Es inadmisible que se pretenda salvar la legalidad penal con el deber de emerger de otras leyes, como puede ser la civil: el incumplimiento de un contrato no es materia del Código Penal, sino que constituye un injusto civil y nada autoriza a convertirlo en penal en ausencia de un tipo escrito; igualmente, la violación a un deber impuesto por el derecho de familia tiene sus sanciones reguladas en ese mismo derecho y, en ausencia de tipo legal, no es admisible la construcción judicial de un tipo para imponer una pena, cuando lo único legal sea un divorcio por injuria o la exclusión hereditaria, con su consecuente efecto patrimonial.[208]

Asimismo, se le observa porque resulta demasiada estrecha; si bien permitiría explicar los deberes de protección que existen en el núcleo familiar más estrecho de los padres y los hijos, chocaba contra el sentido de justicia cuando se comprobaba que, por ejemplo, el sobrino huérfano, criado por su tía y que había crecido en casa de ésta no tenía hacia ella, por imperio de la ley, los deberes que le incumbían respecto de sus padres; o bien, cómo justificar la alegación que, como el contrato ha devenido en nulo, entonces se elimina la fuente del deber de actuar.

---

[205] Cfr. ZAFFARONI, Raúl Eugenio / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. Ob. Cit., Volumen II, Pág. 550.

[206] Al respecto, Mir Puig, precisa que, no puede admitirse seriamente que baste cualquier deber jurídico específico de actuar para afirmar una posición de garante que suponga equiparar la omisión a la acción. Así, tal deber lo tienen los padres para con sus hijos menores de 18 años, pero no parece que ello baste cuando el hijo al que no se alimenta es capaz de valerse por sí mismo. También tienen obligación de actuar ante cualquier delito los policías y sería absurdo castigarles por la propia comisión del delito si no lo impiden. Cfr. MIR PUIG, Santiago. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 306.

[207] Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María. "LÍMITES DE LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN". En: *Omisión e imputación objetiva en derecho penal,* Gimbernat / Schunemann / Wolter (Editores), Universidad Complutense de Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid – España, 1994, Pág. 38.

[208] Cfr. ZAFFARONI, Raúl Eugenio / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. Ob. Cit., Volumen II, Pág. 553.

Otra crítica es que la teoría formal es demasiada unilateral, conduciendo que la calidad de posición de garante se desligue en su referencia con el bien jurídico dañado. Muestra de ello, es el considerar al contrato como fuente de garantía, dado que, una vinculación semejante del derecho penal a las reglas del derecho civil conduce a consecuencias imprevisibles; así, ante los casos de nulidad, anulabilidad, terminación del contrato,[209] en los casos de posiciones de garantes efectivamente asumidas o continuadas, como asimismo en aquellos en los cuales el contrato es válido desde un punto de vista de derecho civil, no obstante lo cual el obligado aún no ha asumido la posición de garante.

Igualmente, se observa en el extremo del actuar precedente como fuente formal de la posición de garante, dado que, se duda que ese deber jurídico se pueda fundar en la interrupción de una acción precedente que no era obligatoria, aunque la presencia del *dolo de peligro* inclinaría a su admisión, y la del *dolo de daño* la excluiría porque entonces todo el que ataque un bien jurídico quedaría constituido en garante de su indemnidad y por consiguiente la acción positiva se convertiría en omisión.

Según Schunemann, el injerente se encuentra frente al ulterior acontecimiento, ontológicamente, igual que cualquier otra persona, por lo que las sucesivas etapas del proceso causal se le pueden imputar a su esfera de dominio sólo sobre la base del acto desencadenante. Cuando el injerente – continúa el autor – se convierte repentinamente en doloso, ello es un dolo sin dominio y, por consiguiente, una mala voluntad sin hecho. Lo que en el fondo, la responsabilidad por injerencia es una sucesora compensada por el principio de culpabilidad, del dolus indirectus del derecho común, un principio del versare in re illicita reducido al dolus subsequens.[210]

Finalmente, Esteban Righi critica esta teoría, porque pone en tela de juicio el principio de legalidad, lo que se acentuaba más a medida que se avanzaba en la determinación de cada fuente, alcanzando su instancia más vulnerable con el reconocimiento de una cuarta fuente: *la convivencia social.* Asimismo, formula las siguientes observaciones:[211]

a) Cuando fundamenta el deber de actuar en normas jurídicas no penales, ya que el contenido de las mismas no contiene ninguna sanción penal.

---

[209] A pesar de que hasta los años 30, pero sólo a nivel de principio, era prácticamente unánime la opinión de que únicamente un deber jurídico y no uno moral podía servir de base a una posición de garante (teoría del deber jurídico), rechazándose, en consecuencia, la posibilidad de que obligaciones extrajuridicas puedan operar como fuentes de posición de garante, lo cierto es, que la teoría del deber jurídico nunca se aplicó consecuentemente, y que, por ejemplo, desde muy pronto se estimó que algunas relaciones familiares o interpersonales, podían servir de base a posiciones de garante, que lo decisivo era, no la existencia, sino la asunción fáctica de la obligación contractual, que el contrato podía seguir dando lugar a una omisión impropia aún después de su extinción temporal, o que la posición de garante derivada de contrato podía subsistir aunque dicho contrato fuera civilmente nulo.

[210] Cita tomada de: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "LA OMISIÓN…", Ob. Cit., Pág. 334.

[211] Cfr. RIGHI, Esteban. "DELITOS OMISIVOS EQUIVALENTES A LA COMISIÓN ACTIVA". En: *Nueva doctrina penal*, Buenos Aires – Argentina, 2001, Págs. 100 y sgts.

b) La aceptación convencional del deber, ya que las obligaciones emergentes de un contrato han sido siempre consideradas ajenas al ámbito del derecho penal.

c) Lo que considera más grave, son los casos de injerencia, por un lado debido a que estos se postulaba sobre la base del derecho consuetudinario, así como por la dificultad e imprecisión para describir los requisitos que debía reunir el hecho previo, ya que no resultaba suficiente que este hubiere generado una situación de peligro, sino que incluso pudo haber sido consecuencia de un comportamiento ajustado a derecho.

d) El paliativo dado por la jurisprudencia de que el contenido del deber sólo podía determinarse tomando en consideración el caso concreto, puso en evidencia la debilidad de la fundamentación para establecer criterios generales, lo que alimentó la inseguridad jurídica.

e) Preparó el terreno para una extensión desmesurada del derecho penal de base autoritaria propugnada por la escuela de Kiel.

2.1.3.2 LAS FUENTES FUNCIONALES DE LA POSICIÓN DE GARANTE

La cuestión de la fundamentación no ya puramente formal sino material de las fuentes del deber de garantía adquiere singular relevancia desde el momento en que el elemento posición de garantía es considerado determinante a la hora de proceder a la equiparación punitiva entre la comisión y la omisión impropia.

Frente a ello, se le considera a VOGT como el primero en establecer, en 1951, un fundamento material de carácter sociológico de las posiciones de garantía, sobre la base de una *relación social especialmente estrecha*, la cual, genera deberes que al ser omitidos origina el mismo grado de desvalor que la acción dirigida contra el ordenamiento social común; sin embargo, se le observa por su falta de contenido para resolver la problemática de la equiparación entre la comisión con la omisión impropia.[212]

También cabe mencionar la posición de BOHM, que en 1957, que al dividir en dos grandes grupos de la posición de garante, considera que el primero (el deber de los padres y de los cónyuges) se sustenta en la posición que ocupa en la estructura social, la cual, les permite detentar una serie de privilegios o ventajas que otros no tienen, originando el deber de realizar una serie de actuaciones no exigibles al común de los ciudadanos. El segundo (la injerencia y el contrato) se sustenta de quien crea un peligro o agrava una preexistente situación de riesgo para un bien jurídico ha de procurar que dicho peligro no se concrete en daño. No obstante, se le critica a esta teoría el hecho de basar sus afirmaciones en la ley, esto es, de un criterio formal no es posible extraer consecuencias materiales.[213]

---

[212] **Cfr. HUERTA TOCILDO, Susana. Ob. Cir., Págs. 78 – 79.**
[213] **Ibidem, Págs. 80 -81.**

Sin embargo, resalta la teoría de las funciones de KAUFMANN, que en 1959, propuso la división de las posiciones de garantía en función de las tareas que se esperan de quien en una de ellas se encuentra colocada. En ese sentido, dedujo que el fundamento está dado por la necesidad de evitar la lesión de determinados bienes jurídicos. De manera que la posición de garante se constituye en una posición de protección o de defensa de un bien jurídico. Esta posición es en la actualidad mayoritariamente aceptada, por lo que, constituirá el núcleo del presente punto que a continuación se va a desarrollar. Por otro lado, la tesis de Kaufmann es la aceptada mayoritariamente por la doctrina, al plantear que la calidad de garante debe estar remarcada por una exigibilidad de evitar el resultado derivada de una determinada relación jurídica entre el sujeto obligado con el bien jurídico protegido; relación que puede traducirse, por un lado, de protección de bienes jurídicos, y por el otro lado, de vigilancia de aquellas fuentes de peligro para los bienes jurídicos; a continuación, se analizarán ambas fuentes.

2.1.3.2.1 FUENTES DE PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

En estos casos, el sujeto activo asume un deber particular de evitación del resultado previsto en el tipo, en función de la presencia de alguno de los siguientes factores:[214]

A. En virtud de una ***vinculación natural o relación fáctica de dependencia*** que se da, sobre todo, en el ámbito familiar entre los cónyuges, entre padres e hijos, etc., y que impone obligaciones de alimentos, cuidados, etc., pero también en el ámbito de la convivencia de facto, relaciones de amistad, etc.[215]

La doctrina dominante entiende que la posición de garante con fundamento familiar debe extenderse más allá de lo que dispone el Código Civil, y, sobre la base de la estrecha relación vital y/o de la comunidad de vivienda, extiende la obligación extrapenal de actuar y, consiguientemente, la

---

[214] Se considera, además que, las relaciones que surge frente al bien jurídico pueden ser permanentes o temporales; asimismo, un sector de la doctrina admite que solamente puede relacionarse esta posición de garante en relación a la vida, el cuerpo y la propiedad. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "DELITOS…", Ob. Cit., Pág. 121.

[215] Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 262. JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. Cit., Pág. 566. VILLAVICENCIO TERREROS, Luis. "LECCIONES…", Ob. Cit., Pág. 279. *El mismo*, "CÓDIGO PENAL...", Ob. Cit., Pág. 83. BRAMONT – ARIAS TORRES, Luís Miguel. "MANUAL…", Ob. Cit., Pág. 194. REATEGUI SANCHEZ, James. "EL DELITO…", Ob. Cit., Pág. 83. PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit., Pág. 533. VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit., Pág. 262. MARTINEZ – PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel / ROMA VALDES, Antonio. Ob. Cit., Pág. 107. MIR PUIG, Santiago. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 309. VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Ob. Cit., Pág. 447. LUZÓN CUESTA, José María. Ob. Cit., Pág. 202. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "LINEAMIENTOS…", Ob. Cit., Pág. 126; aunque cabe señalar que, en la actualidad, el citado jurista ha adoptado una posición similar a la de Jakobs, al estimar que la posición de garante o bien se deriva de la propia organización de la actividad del omitente, o bien, de la posición institucional del omitente (Cfr. "PRINCIPIOS…", Ob. Cit., Págs. 406 y sgts)

posición de garante por la integridad de los bienes jurídicos amenazados, a los padres respecto de sus hijos emancipados y viceversa, a cualquier ascendiente respecto de sus descendientes y viceversa, a los hermanos entre sí, e incluso a parientes más lejanos.[216]

B. El desempeño voluntariamente aceptado de determinadas funciones en una ***comunidad de peligros*** también puede fundamentar una posición de garante, que se basa más en el principio de confianza que en el contrato o el actuar procedente.[217]

C. La ***asunción voluntaria de la evitación del riesgo.*** En este caso, el sujeto asume por contrato o por su decisión unilateral, expresa o tácitamente manifestada, la evitación del resultado.[218]

Una vez sustituido el criterio del contrato por el de la asunción fáctica, éste desarrolla ya sus propios principios internos y lleva, por ello y en algunas ocasiones, a restringir el ámbito de posición de garantía, negándose su presencia en supuestos en los que civilmente está fuera de discusión que existe ya una obligación contractual.

D. Los ***deberes de cuidado y protección que corresponde a los funcionarios en el marco de su competencia***. En esta esfera se encuentra las más variadas obligaciones y los más diversos deberes; siendo cuestión de interpretación comprobar cuáles son los deberes que por su entidad son idóneos para fundamentar la posición de garante y cuáles no.[219]

---

[216] La doctrina entiende, que la cuestión de las formas de parentesco distintas a las existentes entre padres e hijos pequeños que pueden originar posición de garante, no ha de resolverse, por tanto, de forma genérica, sino en función de la concreta presencia de la requerida dependencia.

[217] Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 262. MARTINEZ – PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel / ROMA VALDES, Antonio. Ob. Cit., Pág. 107. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "LINEAMIENTOS…", Ob. Cit., Pág. 126. *El mismo,* "DELITOS IMPROPIOS…", Ob. Cit., Pág. 121. MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz / GOSSEL, kart. Ob. Cit., Tomo II, Pág. 258. VILLAVICENCIO TERREROS, Luis. "LECCIONES…", Ob. Cit., Pág. 280. *El mismo,* "CÓDIGO PENAL...", Ob. Cit., Pág. 84. BRAMONT – ARIAS TORRES, Luís Miguel. "MANUAL…", Ob. Cit., Pág. 194. REATEGUI SANCHEZ, James. "EL DELITO…", Ob. Cit., Pág. 83. PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit., Pág. 534. VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit., Pág. 262. MIR PUIG, Santiago. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 309. LUZÓN CUESTA, José María. Ob. Cit., Pág. 202. JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. Cit., Pág. 566. HURTADO POZO, José. Ob. Cit. Pág. 764.

[218] Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 262. MARTINEZ – PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel / ROMA VALDES, Antonio. Ob. Cit., Pág. 107. VILLAVICENCIO TERREROS, Luis. "LECCIONES…", Ob. Cit., Pág. 280-281. *El mismo,* "CÓDIGO PENAL...", Ob. Cit., Pág. 84. BRAMONT – ARIAS TORRES, Luís Miguel. "MANUAL…", Ob. Cit., Pág. 195. REATEGUI SANCHEZ, James. "EL DELITO…", Ob. Cit., Pág. 83. PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit., Pág. 533. VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit., Pág. 262. MIR PUIG, Santiago. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 309. LUZÓN CUESTA, José María. Ob. Cit., Pág. 202. JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. Cit., Pág. 567.

[219] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "LINEAMIENTOS…", Ob. Cit., Pág. 127.

2.1.3.2.2 FUENTES DE VIGILANCIA DE FUENTES DE PELIGRO PARA BIENES JURÍDICOS

El sujeto activo de la infracción criminal asumiría un deber de vigilancia de los peligros que pueden originar la producción del resultado típico. Esta circunstancia puede venir a través de estas clases de supuestos.[220]

A. Se tiene al ***actuar precedente o injerencia,*** es decir, quien con su hacer activo ha dado lugar al peligro inminente de un resultado típico, tiene obligación de impedir la producción de un resultado; es decir, la injerencia supone la creación de un riesgo para el bien jurídico, en virtud de la que se obtiene una obligación específica de impedir el resultado lesivo.[221] Por ejemplo, quien enciende una hoguera y, no apagándola adecuadamente, no evita que se produzca un incendio forestal.

Asimismo, se exige que, los peligros emanados de un hecho anterior del omitente la posición de garante sólo deba admitirse cuando los peligros generados por el comportamiento previo hayan sido previsibles y evitables en el momento de la realización de la acción que originó el peligro.[222]

Además, otro elemento configurador de la injerencia está dado por la exigencia que el hecho anterior sea contrario a deber (esto es, quien está amparado por una causal de justificación o por el riesgo permitido no puede surgir una posición de garante por injerencia) y que origine directamente

---

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Ob. Cit., Pág. 447.

[220] En este caso, la amplitud de los bienes jurídicos no está limitada por el sujeto al que pertenecen, mientras que el deber de defender se encuentra restringido, sólo a los daños provenientes de una determinada fuente. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "DELITOS…", Ob. Cit., Pág. 122.

[221] Quienes consideran a la injerencia como un supuesto extraíble de la teoría funcional de la posición de garante, véase: MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 263. JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. Cit., Pág. 568. RODRIGUEZ DEVESA, José María. Ob. Cit., Pág. 388. MARTINEZ – PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel / ROMA VALDES, Antonio. Ob. Cit., Pág. 108. CARBONELL MATEU, Juan Carlos / PRATS CANUT, José Miguel. Ob. Cit., Pág. 69. MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz / GOSSEL, kart. Ob. Cit., Tomo II, Pág. 260. VILLAVICENCIO TERREROS, Luis. "LECCIONES…", Ob. Cit., Pág. 282. *El mismo*, "CÓDIGO PENAL...", Ob. Cit., Págs. 84 - 85. BRAMONT – ARIAS TORRES, Luís Miguel. "MANUAL…", Ob. Cit., Pág. 195. PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit., Pág. 534. VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit., Pág. 263. MIR PUIG, Santiago. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 312. VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Ob. Cit., Pág. 448. LUZÓN CUESTA, José María. Ob. Cit., Pág. 202. Entendiendo a la injerencia como asunción voluntaria del control de la fuente de peligro, tenemos a: MEINI MÉNDEZ, Iván. Ob. Cit., Págs. 333 y sgts. Desde una perspectiva mixta, esto es, formal – material: REATEGUI SANCHEZ, James. "EL DELITO…", Ob. Cit., Pág. 83. HURTADO POZO, José. Ob. Cit. Pág. 760.

[222] El deber de actuar en estos casos, sólo alcanza a la evitación de resultados adecuados a la fuente de peligro vigilada. Esto quiere decir que los únicos resultados que pueden fundamentar la responsabilidad son los que un observador imparcial podría considerar ex – ante como adecuados a la fuente de peligro vigilada. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "LINEAMIENTOS…", Ob. Cit, Pág. 126.

el resultado típico.[223]

Sin embargo, hay una posición doctrinal que considera que el comportamiento precedente tiene que ser lícito, dado que, si el comportamiento precedente pudiera ser antijurídico, no sería posible afirmar que el sujeto asume el deber de controlar la fuente de peligro, toda vez que el riesgo de dicha fuente sería ya típico; es decir, si el comportamiento precedente fuera ilícito, el sujeto tendría que ser sancionado ya por realizar el comportamiento precedente, y no habría necesidad de esperar nada más.[224]

En suma, hasta hoy el principio de la injerencia no ha logrado una formulación del todo satisfactoria, manteniéndose los puntos controvertidos señalados anteriormente.

B. La ***creación de un riesgo*** por parte del sujeto activo. En este caso, el sujeto que en sus actividades o posesiones tiene en sus manos (o asume sin haberlo creado) una fuente de riesgos, asume la posición de evitar los resultados.[225] Por ejemplo, la emisión de vertidos contaminantes al titular de una fábrica que no verifica el control de sus instalaciones. También a esta fuente se le conoce como ***ámbito de dominio***, es decir, de aquellos deberes de garante que emanan de quien posee el dominio de una fuente de peligro.[226]

C. La ***conducta de terceros.*** Se trata de los sujetos que tienen el deber de vigilar las conductas de otras personas. Ellos estarían en posición de garante respecto de las conductas vigiladas de los daños que éstas pueden causar. Aquí se incluye los deberes de vigilancia de menores, de enfermos mentales peligrosos o de delincuentes de especial peligrosidad (sólo en cuanto al peligro específico).[227]

---

[223] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Luis. "LECCIONES…", Ob. Cit., Pág. 282. PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit., Pág. 534. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio / HUERTA TOCILDO, Susana. Ob. Cit., Pág. 582.

[224] Cfr. MEINI MÉNDEZ, Iván. Ob. Cit., Pág. 335.

[225] Cfr. MARTINEZ – PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel / ROMA VALDES, Antonio. Ob. Cit., Pág. 108.

[226] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Luis. "LECCIONES…", Ob. Cit., Pág. 282. *El mismo*, "CÓDIGO PENAL...", Ob. Cit., Pág. 85. REATEGUI SANCHEZ, James. "EL DELITO…", Ob. Cit., Pág. 83. PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit., Pág. 534. VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit., Pág. 263. MIR PUIG, Santiago. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 315. VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Ob. Cit., Pág. 448. LUZÓN CUESTA, José María. Ob. Cit., Pág. 202. JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. Cit., Pág. 570. HURTADO POZO, José. Ob. Cit. Pág. 764.

[227] Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Luis. "LECCIONES…", Ob. Cit., Pág. 283. *El mismo*, "CÓDIGO PENAL...", Ob. Cit., Pág. 85. BRAMONT – ARIAS TORRES, Luís Miguel. "MANUAL…", Ob. Cit., Pág. 195. PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit., Pág. 534. VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit., Pág. 263. MIR PUIG, Santiago. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 316. VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Ob. Cit., Pág. 448. JESCHECK, Hans Heinrich. Ob. Cit., Pág. 571.

2.1.3.2.3 CRÍTICA A LAS FUENTES FUNCIONALES DE LA POSICIÓN DE GARANTE

Como se ha indicado, la teoría de la posición de garante clásica, que en un sentido genérico menciona como fuentes jurídicas de los deberes de garante la ley, el contrato y la injerencia, deja en suspenso el fundamento material de la responsabilidad y tiene a lo sumo un rendimiento nemotécnico; también la distinción funcional entre deber de garante del protector, que apunta a la tutela de un bien jurídico frente a los peligros externos que le amenazan, y deber de garante del vigilante, que tiene como contenido el aseguramiento de una fuente de peligro a favor de todos los bienes jurídicos situados fuera de la fuente de peligro, tampoco desvela el fundamento de la responsabilidad, sino que sólo caracteriza el contenido del deber con mayor detalle.

Si bien la teoría de las fuentes funcionales permite fundamentar la existencia de una posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico, siguen sin estar claros los criterios que hacen surgir esa relación funcional, esto es, no explica suficientemente el origen de las funciones de protección y de control que se atribuyen al garante.

Por el contrario, se considera que la distinción realizada por esta teoría es circular, puesto que, el cuidado de una fuente de peligro también es una manera de proteger bienes jurídicos, así como, la protección de éstos una manera de cuidar fuentes de peligro.

En ese orden de ideas, la indefinición y ambigüedad se acentúa cuando la posición de garante se ha extendido a diversos supuestos que tienen en común una especial relación de dependencia que se establece en forma recíproca entre los titulares del bien jurídico; por ejemplo, quienes se hallan unidos por una comunidad de vida, por enfrentarse a un peligro común o por compartir negocios o intereses comunes. En estos casos surge en un primer plano la dificultad de encontrar un fundamento jurídico que eleve a dicho plano (el jurídico) lo que a primera vista son obligaciones ético – sociales.[228]

Así, por ejemplo, en el ámbito de los deberes de garante producto de la solidaridad natural, resulta dudoso determinar con qué amplitud haya de trazarse el círculo de garantes conforme a este criterio, o si quedan también protegidos otros bienes jurídicos de menor valor que la vida o la integridad física.

Por tanto, ni la teoría formal, ni la funcional, de la posición de garante, permite determinar con eficacia el fundamento de la responsabilidad del omitente, así como, en el caso de la omisión impropia, cómo ésta es equivalente a la comisión.

2.1.3.3 TOMA DE POSICIÓN

Pese a lo indicado a lo largo de este punto, la doctrina mayoritaria

[228] **Cfr. ROMEO CASABONA, Carlos María. Ob. Cit., Pág. 41.**

considera a la posición de garante como un elemento exclusivo y excluyente del tipo de omisión impropia, el cual, genera las siguientes consideraciones:

i. Como sólo especiales sujetos (los que detentan el deber de evitación del resultado) pueden ser autores de un delito mediante comisión por omisión, entonces, este tipo de delito es uno de naturaleza especial (*delictum sui generis* o *delictum propium).*

ii. La posición de garante es, por lo menos, el primer criterio que permitirá la equivalencia material entre la omisión (impropia) con la comisión.

iii. El análisis normativo del comportamiento del garante se dan a través de las reglas de la imputación objetiva, las cuales, cumplirían una función complementaria a la del deber de garante,

iv. Como el injusto de la omisión (impropia) consiste en la no evitación del resultado por el garante, presenta una intensidad menor al de la comisión, permitiéndose la atenuación de la pena al omiso.

En este punto, se postulará la ausencia de justificaciones que permitan mantener a la posición de garante como elemento exclusivo y excluyente del tipo de omisión impropia, a través del cuestionamiento de las cuatro consideraciones dadas por la doctrina que postula una posición contraria a la mantenida en esta investigación, y señaladas líneas arriba.

En primer lugar, está aquella posición que ***considera a los delitos de omisión impropia como delitos especiales,*** bajo el argumento que, quien en razón de su situación personal tiene el deber de evitar la producción del resultado prohibido puede ser el autor de tal acto.[229]

La génesis de los denominados *delitos especiales* lo encontramos en el *Digesto del Corpus Iuris* de Derecho penal romano, y recepcionado por el derecho alemán. La doctrina alemana que se ocupó de comentar esta recepción observó que la principal novedad aportada por la legislación alemana clásica a esta materia vino representada por una voluntad de destacar en mayor medida la relevancia de la infracción de deberes especiales como fundamento de los delitos de funcionario. Estos delitos pasaron a ser concebidos, así, como "delitos disciplinarios especiales", a través de los que un servidor del estado lesionaba los deberes de servicio que recaen sobre él, y que él mismo asume. La esencia de estos hechos disciplinarios y con ello de los delitos propios no consistía, así, en una lesión de un supuesto derecho de los particulares con respecto al Estado, o en un incumplimiento contractual del funcionario con respecto al Estado, sino en la vulneración misma del deber que configuraba el contenido mismo del servicio público. Esta concepción del injusto de los delitos de funcionarios, sugerida desde la doctrina comentarista del Derecho alemán común por LUDEN, fue recogida y potenciada por un sector de la doctrina alemana de principios del siglo XX, del formaron parte

[229] **Cfr. HURTADO POZO, José. Ob. Cit. Pág. 755. PEÑA CABRERA, Raúl. Ob. Cit., Pág. 475.**

autores tan importantes como BINDING o NAGLER, y llevada al extremo del paroxismo por las tesis de algunos de los miembros de la (con razón) denostada Escuela de Kiel, tales como SCHAFFSTEIN o DAHM.

En relación con los conceptos que definen los delitos especiales como una restricción del círculo de posibles autores del delito por medio de una serie de elementos exigidos por el tipo, pueden ser formuladas, a su vez, dos observaciones: una primera, referida al *objeto* de la restricción contenida por los delitos especiales; una segunda, referida a los *elementos* legales por medio de los cuales se practica la referida restricción. En lo referente a la observación relativa al *objeto* de la restricción operada por la ley en los delitos especiales, es preciso señalar que la mayor parte de las definiciones de delito especial que se incluyen en la clase de definiciones que ahora nos ocupan se caracterizan por atribuirles una restricción del círculo de *autores* o *sujetos activos* del delito. Por lo que respecta a la segunda observación, referida a los *elementos* por medio de los que la ley procede a restringir el ámbito de los autores del delito, es obligado señalar que las definiciones que nos ocupan no permiten todavía arrojar luz alguna sobre la discusión doctrinal existente —especialmente en Alemania— en torno a la *naturaleza* de estos elementos; esto es, la cuestión relativa a si se trata de elementos de naturaleza *normativa* o bien de naturaleza *ontológica*, elementos *objetivos* o elementos *personales*, elementos *de autoría* o elementos *de la acción*, o elementos que afectan al *injusto típico*, a la *culpabilidad*, a la *punibilidad*, al *merecimiento de pena*, o a *cuestiones más generales de Política Criminal*.[230]

Sin embargo, el carácter de *especial* de un delito no sólo ha descansado en la restricción del círculo de autores que pueden cometerlo, sino que, en la actualidad, se ha ampliado hasta la formulación de *formas especiales de aparición del delito*, las cuales, se representan a través de los siguientes binomios: comisión – omisión; autoría – participación; tentativa – consumación.

Al respecto, como indica Gómez Martín, no es correcto concebir los binomios *comisión-omisión*, *autoría-participación* y *tentativa-consumación* como meras *"formas especiales de aparición del delito"*. ***Así, la distinción entre tipos de acción y tipos de omisión expresa las dos distintas modalidades que puede presentar el tipo legal dependiendo de su estructura y de su significado normativo;*** la distinción entre *tipos de autoría* y *tipos de participación* representa las dos distintas *clases de tipos* a partir de la posición de sus sujetos, del mismo modo que puede decirse que el sujeto que participa en el hecho típico y antijurídico ejecutado por el autor *comete* también el *delito* al realizar el *tipo de participación* en el *tipo de autoría* principal; y, por último, la distinción entre *tentativa* y *consumación* de un delito tampoco pone únicamente de manifiesto la existencia de distintos *grados de ejecución* en que puede cometerse un delito.[231]

---

[230] Sobre la naturaleza de los delitos especiales, véase la profusa investigación de: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. "LOS DELITOS ESPECIALES", Tesis para optar el Grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, Barcelona – España, 2003. http://www.tdx.cesca.es/TDX-0401103-111032/index_cs.html .

[231] Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Ob. Cit., Pág. 34.

Volviendo al tema que nos ocupa, antes de plantear nuestra opinión sobre esta primera cuestión, planteamos el siguiente ejemplo: X es un funcionario de una represa; es el encargado de observar que el fluido del agua proveniente de un río caudaloso presente un nivel adecuado (esto es, que no origine la ruptura de los muros de contención de la represa). Sin embargo, como es temporada de lluvias, el caudal del río aumenta, se desborda, y el nivel del agua aumenta a niveles catastróficos. Frente a ello, X, descuidadamente, omite jalar la palanca 1 (que abre los muros de la represa y canaliza el exceso de agua a una laguna artificial), y por el contrario, jala la palanca 2, la cual, no genera ninguna medida de seguridad ante tal evento catastrófico, originando que los muros de la represa cedan ante la presión del agua, y que la misma se dirija a una comarca, conllevando la muerte de algunos pobladores.

Un segundo ejemplo: Juan tiene la intención de matar a Pedro. Para ello, ha puesto dos cargas de dinamita en zonas diferentes de la casa de Pedro, pero cada una es suficiente para destruir la referida vivienda. Juan, decidiendo omitir presionar el detonador Nº 01, presiona el Nº 02, destruyéndose la casa de Pedro y muriendo éste.

Los dos ejemplos presentan como nota común: la afectación de bienes penalmente protegidos, debido, en el primer caso, a la imprudencia de X, y en el segundo caso, al dolo de Juan.

Sin embargo, ¿acaso será relevante determinar si la responsabilidad de estos sujetos se debió a la ***omisión*** de una determinada conducta (de jalar la palanca Nº 01 o de presionar el detonador Nº 01), o bien, por la realización de una determinada ***acción*** (de jalar la palanca Nº 02 o de presionar el detonador Nº 02)? Al respecto, la respuesta debe partir en la consideración que, para la subsunción del comportamiento en el tipo penal correspondiente, su definición debe surgir si bajo ellos cae un actuar o un omitir, o ambos; y, en los tipos de homicidio configurables en los casos antes mencionados, es factible, mediante un sentido empírico, así como, normativo, que tanto el actuar como el omitir, estos tipos penales se configuren: ***por lo que, es intrascendente averiguar si, en los ejemplos mencionados, fue la omisión de algo o la realización de algo o el concurso de ambos, lo que originó la afectación del bien jurídico; basta con determinar el riesgo típico creado por el sujeto que se manifestó en el resultado***.

Por otro lado, ¿acaso será relevante determinar si el funcionario X tenía ***un deber especial*****,** y que Juan no lo tenía? ¿Un mismo tipo penal, para que se configure, en unos casos exige posición de garante; y en otros casos no?

Así como, para la configuración de un específico tipo penal es irrelevante determinar si la mayor intensidad de afectación para el bien jurídico protegido provino del actuar u omitir del sujeto responsable; también, es irrelevante buscar y fundamentar un deber especial en un sujeto, el cual, *per se,* realiza contactos anónimos y que se vincula con otros sujetos, en calidad de persona común, y cuyo único deber es observar la obligación genérica de todo ciudadano: no dañes esferas ajenas.

En ese orden de ideas, la afirmación o negación de la presencia de un elemento típico parte, obviamente, del tipo penal; esto es, entre la omisión impropia y la comisión debe darse una ***IDENTIDAD literal***: ***el tipo penal debe permitir que la misma sea configurada mediante un actuar u omitir***, caso contrario, se estaría afectando el principio de legalidad (en su aspecto formal). Y en ese sentido, estimamos preferible partir de un concepto amplio de delito especial, entendido como todo aquel delito en que el legislador ha restringido la autoría a un círculo limitado de sujetos, distinto, por tanto, del concepto de delito de infracción de deber. La conveniencia de esta distinción obedece a que no siempre que el legislador restringe el círculo de posibles autores del delito, lo hace sobre la base de la existencia de deberes jurídicos especiales que recaen sobre el autor.

Si el infanticidio sólo puede ser cometido por la madre, a diferencia del homicidio simple que puede ser realizado por cualquier persona, cabe distinguir la presencia de un delito especial de uno común; sería inconsecuente afirmar que, en el delito común del homicidio simple, por haberse dado vía comisión por omisión, se convierte en delito especial, debido que, el responsable tenía un deber especial o un rol sui generis, o simplemente, una posición de garante: ***el carácter de común o especial no se determina en forma extratípica, sino en función al sentido que el tipo penal realiza de las expectativas configuradoras de la identidad de una concreta sociedad, esto es, si pueden ser defraudadas, a través de contactos anónimos, vía acción u omisión o ambas, así como, si el círculo de autores es amplio o restringido; pero es el propio tipo penal quien lo señala.***

En efecto, no se pueden tener expectativas respecto de meros individuos que ni son conocidos personalmente por los otros miembros de la sociedad, ni quieren serlo; puesto que, el Derecho penal, por el contrario, desea garantizar también contactos sociales anónimos, las expectativas no van referidas a individuos entre sí, sino a individuos en su rol en sociedad y recogidos en el tipo penal. Así pues, las expectativas normativas son identificadas con determinados roles normativos. El rol mínimo que es desempeñado en toda interacción social es el de *persona: ego* puede esperar que *alter*, como *persona,* no se extralimite irrumpiendo en esferas jurídicas ajenas, por ejemplo, lesionando.[232]

El sistema jurídico, pues, trabaja con expectativas referidas a personas, y no con acciones u omisiones que, como tales, *per se,* como datos del mundo exterior que no han sido transformados por el código jurídico, no son tenidos en cuenta. Relevante es, únicamente, ***la interpretación que el Derecho penal realiza de una acción u omisión como construcción propia, en relación al principio de identificación de la persona***; en otras palabras, la interpretación que el código jurídico basado en el concepto de *persona* realiza de las acciones y omisiones del mundo natural.[233]

---

[232] **Cfr. SÁNCHEZ VERA – GOMEZ TRELLES, Javier. "DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER Y PARTICIPACIÓN DELICTIVA", Editorial Pons, Madrid – España, 2002, Pág. 276.**

[233] **Ibidem, Pág. 277.**

De esta forma, importa sólo si ha existido una defraudación de las expectativas, resultando intrascendente la forma externa de la misma: acción u omisión. Esta intercambiabilidad, permite que un determinado tipo de comisión pueda ser configurado mediante una omisión (impropia), sin la necesidad de considerar a esta última como un delito especial o infracción de un deber, máxime, si el delito comisivo al cual se le pretende adscribir la omisión, es de naturaleza común o de dominio.

Por tanto, los delitos de omisión no presuponen un deber jurídico especial para poder ser autor, por lo que son perfectamente equiparables con otros delitos de comisión que, en principio, tampoco lo presuponen o, en otras palabras, que no estamos ante delitos de infracción de deber comisivos u omisivos: ***la punibilidad con causa en la defraudación por omisión de la expectativa negativa que pende sobre toda persona: no irrumpas en esferas ajenas, no precisa de un fundamento jurídico especial, puesto que, nace de la obligación originaria de no dañar esferas jurídicas de otras personas.***

La segunda cuestión a analizar es que, la doctrina mayoritaria entiende que ***la posición de garantía es un momento constitutivo de la EQUIVALENCIA jurídico – penal de acción y omisión***.[234] Y esta afirmación, se debió al fracaso de la relación de causalidad: *quien no hace nada, quien adopta una aptitud pasiva, no puede desencadenar en sentido estricto, ningún proceso causal real*. Sin embargo, de forma paralela a este proceso de depuración, se vio que la equiparación entre la acción y omisión en los delitos de resultado no podía predicarse de todo aquél que pudiera evitar dicho resultado, de quien tuviera capacidad de acción, sino que había que restringir el círculo de autores a quienes tuvieran, además, el deber jurídico de intervenir, en razón de una ***especial relación establecida entre el sujeto y el bien jurídico lesionado.***

Esta situación permitió afirmar que el contenido del injusto de la omisión impropia es la ***no evitación del resultado por el garante*****,** la cual, según la valoración llevada a cabo por el Derecho penal, no es idéntica al comportamiento que se describe en el tipo de la parte especial que se imputa, sino que merece una reprobación menor. En efecto, textos legales como el peruano, permite la atenuación de la pena al omiso, en forma facultativa, debido que, la no evitación de la lesión del bien jurídico sería menos grave que su producción a través de un comportamiento activo; o que la energía delictiva o criminal en las omisiones puede ser inferior que en los comportamientos activos; o bien, que la culpabilidad del sujeto en la omisión puede ser menor a la que presenta cuando delinque activamente; o, que la antijuridicidad en la omisión presenta una intensidad menor a los delitos realizados a través de

[234] Esto es, el especial deber jurídico delimitaría el ámbito en que puede aparecer la equivalencia material a la que ha de añadirse la textual o lingüística (subsumible en la descripción típica del hecho y equivalente a la acción positiva según el sentido del mismo). Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel /VIVES ANTÓN, Tomás. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 395. RODRIGUEZ DEVESA, José María. Ob. Cit., Pág. 387.

comportamientos activos.

Fuese cual fuese la razón, lo cierto es que, si existe la posibilidad que se atenúe facultativamente la pena del omiso, entonces en el injusto de la omisión impropia es de menor intensidad que el de la comisión activa del mismo delito; y ello sería inconsecuente con la finalidad de la teoría de la posición de garante: que el deber de evitación del resultado es el criterio que permite fundar la equiparación material entre omisión (impropia) con comisión.

Sin embargo, nuestra opinión es que: ***la omisión impropia es IDÉNTICA a la comisión desde un plano valorativo, ajeno a tesis como la posición de garante.***[235] En efecto, si en un comportamiento activo es penalmente relevante cuando se ha desencadenado un riesgo típico o se haya incrementado uno permitido a niveles prohibidos, realizándose aquel riesgo en el resultado, entonces, lo mismo se debe demandar en la omisión (impropia); esto es, en la omisión (impropia) se tiene también que haber creado o aumentado el riesgo típico, en los mismos términos en que se hace en un delito comisivo.

En efecto, la teoría de la posición de garante nunca pudo ofrecer la certeza que prometía. La inseguridad se pone de manifiesto en la diversa metodología empleada para la determinación de la equivalencia de la omisión impropia con la acción. Esta equivalencia es buscada de muchas maneras. Si bien tiene la ventaja de restringir la inadmisible amplitud del mero deber de actuar que hacia abarcar a la tipicidad cualquier límite de antijuridicidad, no resuelve mucho, por efecto de sus propios límites inciertos.[236]

Como se aprecia, la verdadera ***identidad*** entre la omisión (impropia) con la comisión se haya a nivel de la valoración del riesgo típico (creado o aumentado); en donde el mismo se determina en ambos a través ***de las reglas de la imputación objetiva*****: así como se exige que el resultado sea la plasmación del riesgo típico de un comportamiento activo, de la misma manera se ha de requerir que, en los casos de comisión por omisión, en el resultado se realice el riesgo típico que se desencadena con el comportamiento omisivo.**

La tercera cuestión a analizar es si la imputación objetiva cumple una función subsidiaria, o bien complementaria, o de simplemente delimitador de los contornos difusos de la posición de garante (entendiéndosele a esta última como elemento exclusivo y excluyente del tipo de omisión impropia).

Frente a ello, en la medida en que la realización activa de un delito y la

[235] Son minoritarias las posiciones que fundamentan la identidad entre la no evitación del resultado al margen de la posición de garantía. En este sentido, cabe citar la posición de Luzón Peña, cuyos planteamientos no han sido asumidos, en general, por la doctrina española. Para Luzón, la teoría de la posición de garante es incorrecta y amplia indebidamente la punibilidad. Propone en su lugar, el principio de la identidad estructural de la realización omisiva con la causación activa.

[236] Cfr. ZAFFARONI, Raúl Eugenio / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. Ob. Cit., Volumen II, Pág. 551.

comisión por omisión son idénticas, y que en ambos supuestos el sujeto activo ha de haber creado el riesgo típico, resulta lógico pensar que si para la realización de un delito de resultado mediante un hacer no se requiere posición de garante alguna, ésta tampoco se ha de exigir para su comisión por omisión.[237] La persona responsable que con su comportamiento activo (por ejemplo, disparar contra el enemigo) crea un riesgo y produce un resultado lesivo (muerte del enemigo), responde por el resultado porque asume las consecuencias de su comportamiento.[238] Lo mismo vale para la omisión impropia: ***el responsable que con su comportamiento omisivo crea un riesgo típico, responde por el resultado porque asume las consecuencias de su comportamiento, no necesitando establecer si el sujeto tuvo o no una relación especial con el bien jurídico.***

Por tanto, ***la imputación objetiva cumple un rol principal tanto en la comisión como en la omisión, esto es, como el juicio normativo – valorativo tendiente a la determinación de la presencia de un riesgo típica y su realización en el resultado establecido en el tipo penal correspondiente.*** Así, para la realización activa de un delito de resultado como para su omisión impropia, es necesario pues que el sujeto haya asumido las consecuencias de su comportamiento. En los delitos de resultado que se perpetran de manera activa ello pasa normalmente desapercibido, ya que la *exteriorización* del comportamiento activo (disparar, empujar, atropellar, etc.) permite que podamos percatarnos que el sujeto crea el riesgo típico que permite se le impute el resultado. En la omisión impropia, por el contrario, resulta un tanto más fácil advertir este principio, en tanto que la no realización de la acción esperada / debida presupone claramente que el sujeto debió actuar de una manera determinada.[239]

Sin embargo, cuál debe ser el contenido del juicio de imputación objetiva es el tema de discusión, dado que, el mismo ha generado las siguientes posiciones doctrinales:

1. Creación o aumento de riesgo para el bien jurídico atribuible al autor.[240]

2. Transformación de una fuente de peligro lícito en ilícito por la inactividad del encargado, o la no reconducción a los niveles jurídicamente tolerados, cuando dicho foco (por la acción de un tercero o de una causa material) los hubiese desbordado.[241]

---

[237] Cfr, GRACIA MARTIN, Luis. "LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN". En: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y Criminología*, UNED Madrid – España, 2001, Págs. 411 y sgts. SÁNCHEZ VERA – GOMEZ TRELLES, Javier. "INTERVENCIÓN OMISIVA, POSICIÓN DE GARANTE Y PROHIBICIÓN DE SOBREVALORACIÓN DEL APORTE". En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1995, Págs. 191 y sgts.

[238] Cfr. MEINI MÉNDEZ, Iván. Ob. Cit., Pág. 329.

[239] Ibidem, Pág. 329.

[240] Cfr. MIR PUIG, Santiago. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit. Pág. 334.

[241] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "COMENTARIO AL ARTÍCULO 11 DEL CÓDIGO PENAL". En: *Comentarios al Código Penal*, Cobo del Rosal (Director), Tomo I, Editorial EDERSA, Madrid – España, 1999, Pág. 439.

3. Asunción de un concreto compromiso sobre el riesgo para el bien jurídico, actuando a modo de barrera de contención de dicho riesgo.[242]

4. Relación de dominio social del sujeto sobre el bien jurídico.[243]

Al respecto, cabe recordar que al estar la omisión impropia contenida en el significado vulgar de los ***verbos típicos***, su punición no plantea problema de cara al ***aspecto formal*** del principio de legalidad; sin embargo, el problema se plantea en su compatibilidad con el ***aspecto material*** de dicho principio; esto es, encontrar un método que de un fundamento racional a la punición de una concreta omisión impropia, alejando el peligro de decisionismo subjetivista por parte de los jueces y de una consecuente inseguridad jurídica.

Frente a ello, no comparte como método aquellas posiciones que, partiendo de la naturaleza de las cosas, hallan la compatibilidad en la ***relación de dominio.***

En efecto, para SCHUNEMANN, la punibilidad que de la omisión recibe sobre el supuesto de hecho típico de comisión se da, solo si, la posición del autor por omisión en relación con el suceso que lesiona un bien jurídico es comparable en sus aspectos determinantes de la imputación del resultado con aquellos que debe poseer el autor por comisión. Dado que, continúa Schunemann, el autor por comisión domina el suceso lesivo por medio de sus actividades corporales y, por lo tanto, a través del dominio sobre su cuerpo, una omisión equivalente comisión presupone un control actual sobre el suceso equiparable en intensidad a ese control.[244]

Esta teoría se le conoce como el *dominio sobre la causa del resultado,* cuyo contenido es que, para la imputación del resultado, el sujeto debe ser capaz de dominar sus movimientos corporales, dirigiéndolos en un determinado sentido.

Asimismo, a partir de este criterio, SCHUNEMANN establece dos grupos de posiciones de garantía: a) dominio sobre cosas y ocupaciones peligrosas; y, b) poder de control sobre personas irresponsables.

No obstante, este criterio presenta un contenido difuso, similar a las antiguas fórmulas como: *proximidad social, dependencia o rol social*, todos ellos ontológicos, como el propio de Schunemann. En efecto, la equiparación no es, como quiere Schunemann, una cuestión ontológica que puede ser resuelta en el terreno de la naturaleza de las cosas, sino una cuestión

[242] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "EL DELITO DE OMISIÓN…", Ob. Cit., Pág. 371.
[243] Cfr. GRACIA MARTIN, Luis. "DELITOS CONTRA…", Ob. Cit., Págs. 78 y sgts.
[244] Cfr. SCHUNEMANN, Bernd. "SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN EN ALEMANIA". En: *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, Gimbernat / Schunemann / Wolter (Editores), Universidad Complutense de Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid – España, 1994, Pág. 22.

enteramente normativa.[245]

Similar posición a la de Schunemann es mantenida por GRACIA MARTIN, para quien el problema de la identidad radica en primer término en la "situación *típica*" y, más concretamente, en la posición en que se encuentre el sujeto con respecto a ella. Sólo si dicha posición es idéntica a la que adopta el sujeto cuando realiza la acción *típica* cabrá afirmar que el resultado que se produzca satisface el contenido del desvalor *específico* del resultado. Una fijación de criterios determinantes de la identidad con pretensiones de validez desde el punto de vista del principio de legalidad y del contenido de lo injusto y, por ello, de la posibilidad de subsunción directa de la omisión en el tipo sólo puede alcanzarse si no se violentan las siguientes premisas metodológicas. La primera es que no se trata de buscar una identidad entre acción y omisión, es decir: una identidad en la esfera ontológica, porque las dos formas de comportamiento son ontológicamente diversas. De lo que se trata es de fijar una identidad entre acción y omisión *típicas*, es decir: una identidad valorativa, normativa, que ha de ser fijada en la esfera del *tipo de lo injusto*. Ahora bien, y esta es la segunda premisa, como las posibilidades de valoración de un objeto están condicionadas y predeterminadas por sus propiedades ónticas, una identidad normativa entre acción y omisión sólo podrá establecerse a partir de la determinación del sustrato *ontológico* de la omisión con respecto al que sea posible deducir, en la esfera normativa, la *tipicidad* de la omisión. *Ontológicamente* la omisión es la no realización de una acción *finalista* determinada por quien tenía capacidad de realizarla en la situación concreta.[246]

A su juicio, el criterio decisivo de identidad es el de la ***relación de dominio social***. Por dominio social entiendo el conjunto de condiciones, acotadas por el tipo de lo injusto, que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a un sujeto o a una clase de sujetos y que son determinantes de la posibilidad de actualización del dominio finalista del hecho *típico.*

Sin embargo, esta posición de Gracia no es compartida, dado que, descansa en un concepto ontológico de omisión, específicamente, una noción *finalista* de la omisión. Pero, como se indicó en el apartado correspondiente a la noción ontológica de la omisión, qué tipo de finalidad podemos encontrar en la omisión, cómo descartar el hecho que, los fines del hombre se traducen (manifiestan, exteriorizan) en acciones y no en omisiones.

En efecto, cómo determinar que los movimientos de mi cuerpo dominados por mi voluntad y dirigidos a una finalidad concreta, expresan una acción distinta a la ordenada; esto es, cómo afirmar que lo que estoy haciendo (con completo dominio) es distinta a la que debería estar realizando. Acaso, estas cuestiones no se resuelven con la referencia normativa; es decir, el tipo penal determina la realización de una acción prohibida o su equivalente en una

---

[245] Una discusión de la doctrina alemana de la tesis de SCHUNEMANN puede verse en: A.A.V.V., "INFORME SOBRE LAS DISCUSIONES DEL SEMINARIO: *PRESENTE Y FUTURO DE LA DOGMÁTICA PENAL EUROPEA. LA APORTACIÓN ALEMANA".* En: *Sobre el estado de la teoría del delito,* Editorial Civitas, Madrid – España, 2000, Págs. 197 y sgts.

[246] Cfr. GRACIA MARTIN, Luis. "LA COMISIÓN POR OMISIÓN…", Ob. Cit., Pág. 82.

omisión impropia; por tanto, es infructuoso realizar la caza de un sustrato ontológico (inexistente) en la omisión.

Por otro lado, la misma realidad fenomenológica, en la que se basan los representantes de esta posición de la relación de dominio, denota que, el dominio del riesgo típico no reside en la formalidad del *status*, sino que es material, y se basa en la función que realiza el sujeto frente a los bienes jurídicos.[247] Obviamente, el ejercicio de estas funciones se manifiesta *positivamente*, esto es, mediante acciones, las cuales, por conexión lógica, implican la abstención de otros comportamientos.

Asimismo, las críticas que realizan posiciones como Schunemann y Gracia, sobre que, concepciones alejadas de la naturaleza de las cosas (y cercanas a las teorías del deber jurídico especial) permiten fundamentar con mayor facilidad un Derecho penal de corte autoritario, así como, un excesivo grado de formalismo.

Frente a ello, no cabe duda que un injusto sustentado en la mera infracción de deberes puede originar consecuencias que pongan el riesgo el sinalagma de libertad, la cual es expresión de un Estado social y democrático de derecho. Sin embargo, de qué sirve este enunciado si el logro del mismo se pretende hallar en nociones incorrectas como el dominio en la omisión. Por el contrario, lo que en esta investigación se quede dejar asentado es que, la equiparación de la omisión impropia con la comisión es normativa: *formalmente* al desenvolverse en lo descrito por el tipo penal correspondiente, *materialmente,* a través de las reglas de la imputación objetiva, las cuales, se aplican, necesariamente, al material fáctico o empírico existente en el caso concreto.

No se pretende decir que basta la infracción de un deber (máxime si consideramos la no existencia de un deber especial, exclusivo y excluyente en la omisión impropia, como es la posición de garante), sino la valoración de las consecuencias realizadas por el comportamiento de un sujeto; esto es, que el objeto del juicio normativo (imputación objetiva) es lo sucedido en la realidad (material empírico), con la salvedad que, la omisión *per se* es normativa, y el plano de lo normativo no puede confundirse con el plano de lo empírico.

En suma, la idea del *dominio*, ya sea como criterio identificador de posiciones de garantía (Schunemann), así como, elemento que pretende la equivalencia entre la acción y la omisión (Gracia), no es adecuado, dado que, no concuerda con el carácter normativo de la omisión. Asimismo, la sola idea de *dominio* no es un fundamento idóneo ni siquiera para la comisión, cuando se le desconecta de los deberes genéricos de toda persona; como indica Jakobs: *el dominio sin competencia no es de interés ni jurídico – penalmente ni en los demás aspectos de la vida social. Cuando no existe un deber del último de ocuparse de las consecuencias, un conocimiento que a pesar de ello concurra sólo puede ser un conocimiento causal, especial, que coloca al último*

[247] El mismo Gracia Martin admite esta situación. Al respecto, véase: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Ob. Cit., Págs. 869 – 870.

en exactamente la misma posición que cualquiera tiene en caso de disponer conocimientos causales.[248]

Por otro lado, aquellas posiciones como el de GIMBERNAT y el de SILVA SÁNCHEZ que descansan en la idea del ***riesgo,*** tienen como virtud el delimitar aquel material empírico con el cual trabajará el juicio de imputación objetiva.

Al respecto, como se sabe la noción de riesgo es de carácter ontológico, ya que la presencia o no de una situación de peligro se determina sobre la base de datos del mundo del ser, sin ningún componente normativo; con esos -y sólo con esos - datos se puede establecer, por ejemplo, que quien mantiene relaciones homosexuales sin utilizar preservativos o quien comparte jeringuillas con otros para inyectarse heroína corre el riesgo de contraer el SIDA.

Frente a ello, el legislador tolera la existencia de focos de peligro. Unas veces porque no tiene más remedio que hacerlo, en cuanto que su origen está en fenómenos que no puede controlar: enfermedades, tormentas con grandes vertidos de agua, etc. Y otras, porque su creación, aunque es reconducible a la actividad humana (tráfico ferroviario, instalación y funcionamiento de ascensores, construcción de edificios, excavación de minas o túneles, etc.), se estima imprescindible o conveniente para el mejor desarrollo de la sociedad y de los individuos que la integran, dentro del cual hay que incluir, entre otros, los fines de diversión (corridas de toros, carreras de automóviles, etc.). Pero por su lesividad potencial el legislador tolera (o se conforma con) esos focos sólo en la medida en que no excedan de un determinado índice de peligrosidad, y es allí donde sitúa el nivel de lo permitido, prohibiendo (*penalmente,* si ello desemboca en un resultado típico) cualquier desequilibrio que lo eleve por encima de ese nivel.

Por tanto, la no reconducción a los niveles jurídicamente tolerados, cuando dicho foco (por la acción de un tercero o de una causa material) los hubiese desbordado (Gimbernat) o la no asunción de un concreto compromiso sobre el riesgo para el bien jurídico, actuando a modo de barrera de contención de dicho riesgo (Silva Sánchez) es la expresión final de la responsabilidad del omitente, dado que, el material fáctico revela que el peligro originó la afectación a un bien jurídico penalmente protegido.

Sin embargo, cómo se llega a esa expresión final, cuál es la herramienta de análisis del material normativo, una vez más, está dada por la imputación objetiva, la cual, parte como punto de referencia de la esfera de administración autónoma que corresponde al ciudadano, a la persona.

En suma, las posiciones de Gimbernat y Silva Sánchez aciertan al delimitar el contenido final del injusto de la omisión impropia; no obstante, no se comparte que lo mismo permita afirmar la necesidad de un deber jurídico especial, excluyente y exclusivo en la omisión impropia como es la posición de garante, dado que, tanto en la comisión como en la omisión está latente la idea

---

[248] **JAKOBS, Gunther, "EL OCASO DEL DOMINIO DEL HECHO: UNA CONTRIBUCIÓN LA NORMATIVIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS". En: *El sistema funcionalista del derecho penal*, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2000, Pág. 169.**

de riesgo, la presencia de un foco de peligro desestabilizado y amenazador para un bien jurídico; y frente a ello, toda persona tiene que ver, dentro del ámbito de su competencia, como el ejercicio de su libertad de actuación le genera esferas de responsabilidad.

Finalmente, la cuarta cuestión es el análisis de ***la atenuación facultativa de la pena al omiso.*** Frente a ello, y por todo lo señalado *ut supra,* no considero un obstáculo, a la posición adoptada en esta investigación, la presencia de una atenuación facultativa de la pena al omiso, dado que, es una decisión de política criminal por parte de nuestros legisladores;[249] aunque lo más conveniente sería dejar al juez la labor de la determinación del quantum de la pena, tanto en los delitos de comisión, así como, en los de omisión (propios e impropios). En efecto, ***la punición con causa en una defraudación por omisión de una expectativa de no dañar no necesita de un fundamento jurídico especial, puesto que, ella nace directamente de la obligación originaria del ciudadano; por tanto, en las omisiones, no es necesaria ningún tipo de aminoración de la pena.***

Esta toma de posición, origina las siguientes consecuencias:

a) El considerar que el delito de omisión impropia es un delito especial, conllevaría la no identidad material con los delitos de comisión, los cuales, en un porcentaje mayoritario son delitos comunes.

b) La no consideración a la posición de garante como el criterio fundamentador de la equivalencia entre la omisión (impropia) con la comisión, dado que, las hipótesis de no evitación del resultado no tendrían un paralelo en el mundo de los delitos comisivos, máxime si han sido infructuosos la labor de dotarle de contenido a una figura *per se* difusa.

c) Si tanto en las omisiones como en las comisiones, el punto central es el riesgo típico: creado o aumentado, entonces, son los criterios de imputación objetiva los que permitiría adscribir un determinado comportamiento al tipo penal correspondiente; y, en el caso de la omisión impropia, conllevaría a permitir postular la identidad valorativa de ésta con la comisión.

d) Es perfectamente compatible que la pena de una omisión impropia sea la misma que la perpetración activa del mismo delito; pues en ambos casos, se trata del mismo desvalor de acción y de resultado.

[249] Desde una perspectiva crítica: ROMEO CASABONA, para quien la plena equiparación entre el injusto de la omisión impropia con la comisión, implicaría una identidad de pena entre acción y omisión, implicando otra vía de expansión en el marco punitivo (Ob. Cit., Pág. 42).

2.2 LA OMISIÓN ESTUDIADA DESDE EL NORMATIVISMO

En los últimos tiempos se ha producido un extraordinario auge del normativismo. Tanto en el sistema teleológico – valorativo de Roxín, que enlaza con la dogmática basada en la filosofía jurídica neokantiana de la escuela sud - occidental alemana, o filosofía de los valores, como en el funcionalismo de Jakobs, basado en la teoría social sistémica, sobretodo de Luhmann, aunque en él se observa una influencia creciente del pensamiento de Hegel, no solo se niega la vinculación del Derecho penal a las estructuras lógico – objetivas de la materia de su regulación, señalada por Welzel, sino que, en el caso del funcionalismo sistémico de Jakobs se niega todo condicionamiento de los conceptos jurídicos por datos fácticos.[250]

A lo largo de todo el acápite 2.1 se ha podido vislumbrar que el tratamiento doctrinal dado a la omisión es de un corte ontológico, esto es, que la misma constituye una realidad prejurídica, un comportamiento real. Y, a partir de ese sustrato ontológico determinar los elementos que fundamenten la responsabilidad del omitente; los cuales son: la relación de causalidad y la posición de garante.

Sin embargo, se ha podido también colegir el fracaso de tal método de estudio, puesto que, en el mundo del ser la expresión de voluntad dirigida a un fin se cristaliza a través de acciones.[251]

A pesar que se diga que en las omisiones el sujeto objetiviza su voluntad en forma diversa a la acción, a la hora de exponerse cuáles son las formas de exteriorización específicamente omisiva, aparecerán enunciados negativos (no hacer algo determinado, no aplicar la energía, no realizar la acción mandada), originando una especie de ***"realidad negativa"***, *per se,* inexistente e inadecuado como fundamento para la responsabilidad jurídico – penal; esto es, descripciones como no hacer algo, no son percibidas sensorialmente, ni presentan un contorno empírico.

No obstante, es habitual hablar que determinado hecho se omitió, porque aquel sujeto que pronuncia tal enunciado, lo realiza desde una determinada perspectiva. Ejemplo: Los padres de familia, desde la perspectiva de educadores de su hijo, enunciarán que el mismo omitió estudiar para el examen de matemáticas, porque sus notas así los revelan, o, porque lo vieron jugando todo el día, o, porque sufrió un accidente que originó que fuese al

---

[250] Cfr. CEREZO MIR, José. "ONTOLOGISMO Y NORMATIVISMO EN EL FINALISMO DE LOS AÑOS CINCUENTA". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 15, Editorial Idemsa, Lima – Perú, 2004, Pág. 101. Cabe precisas que, para el jurista español, lo ontológico es lo referente al conocimiento del ser y que no puede confundirse con lo fáctico o lo real. Los entes pueden ser reales o ideales. La consideración por parte del Derecho de la realidad, objeto de su regulación, no implica, por sí misma, la vinculación del mismo a estructuras lógico – objetivas (Pág. 101).

[251] De esta observación parte la doctrina del *aliud agüere,* cuyo origen se atribuye a Luden, quien, sin embargo, pretendía erróneamente poder deducir una relación de causalidad entre el comportamiento positivo realizado y la producción del resultado en los delitos de omisión impropia. Evidentemente, el *aliud agüere* sólo constituye un presupuesto y no la esencia de la omisión, esencia que sólo puede descubrirse en el nivel de lo normativo del tipo.

hospital de emergencia, etc.

Se aprecia que, el observador (el padre de familia, en el ejemplo anterior) compara la conducta del sujeto (el hijo), la situación en su globalidad, desde una perspectiva o norma (en el sentido de regularidad); ello determina que el sentido omisivo del comportamiento es el de *omitir estudiar* y no uno de los otros enunciados que se revelarían, en tal situación, como afirmaciones carentes de sentido

En ese orden de ideas, la omisión en el Derecho penal sólo podrá ser formulada como enunciado por un tercero observado, cuando éste esté posicionado desde una determinada perspectiva: la norma jurídico – penal; es decir, solamente conceptos normativos (extraíbles desde el tipo penal) puede entenderse y dotar de contenido a la omisión (propia e impropia). Este método de estudio se le conoce como: ***normativismo***. Así, ***el normativismo establece la necesidad de que el Derecho Penal trabaje con conceptos normativos y abandone definitivamente los criterios ontológicos, lo cual encontrará su aplicación dentro de cada una de las categorías del delito.***

Sin embargo, este método de trabajo no implica una desconexión con la estructura real de una sociedad determinada, así como, del material fáctico que será el objeto a valorar normativamente.

En efecto, superadas las corrientes ontológicas de la teoría del delito que abogan por la asunción de los conceptos tal y como se encuentran en el mundo del ser, aparece la teoría normativista en la que los conceptos del Derecho Penal se normativizan –de allí su nombre- según los fines y funciones que tenga el mismo dentro de la sociedad. Así entonces, la legitimación del Derecho Penal debe encontrarse dentro de la sociedad cuya identidad normativa busca proteger. El derecho aparece dentro de la misma como un sistema que, como todos, busca reducir la complejidad.

En suma, la única posibilidad de atribuir un sentido omisivo, la única forma de seleccionar una de las múltiples posibles descripciones negativas de la intervención de un sujeto en una situación es hacerlo desde una perspectiva: el tipo penal. No obstante, como la norma jurídico – penal recepciona las expectativas propias de un programa social, el único modo de expresar cómo la conducta del sujeto irrumpe como omisión en la vida social es contemplarla desde el punto de vista de las exigencias situaciones de las bases del programa social recogidas en las normas penales.[252] Todo lo indicado, será desarrollado en este segundo gran apartado de la presente investigación.

[252] **La concepción aquí expuesta no funcionaliza a la persona, porque el programa que configura a una determinada sociedad, está orientada a la persona; esto es, el Derecho penal no protege a la sociedad en sí, sino la manera como efectivamente está organizada, en tanto favorece a la realización personal del individuo. En ese orden de ideas, si el centro es la persona, sólo ésta puede ser el sujeto a ser protegido por el Derecho penal, así como, el único sujeto a responsabilizar por la realización de un delito (sin perjuicio de mencionar que, también, una persona será quien emita un juicio de responsabilidad y la imposición de la respectiva sanción penal),**

2.2.1 LA DEFINICIÓN NORMATIVA DE LA OMISIÓN DEBE SER FORMULADA A TRAVÉS DE LA FUNCIÓN DEL TIPO QUE CUMPLE EN UN ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

En la actualidad, el estudio de la omisión se debate entre aquellos que postulan una identidad material entre la omisión con la comisión a través de fórmulas que parten de la estructura del tipo penal, y, entre aquellos que, partiendo de una lectura funcional, consideran intercambiables la acción con la omisión, siendo el punto a delimitar el tipo de expectativa o institución defraudada por la conducta de la persona. Todas estas consideraciones serán analizadas en este apartado, para luego tomar posición, en el marco de la búsqueda, no del mejor (porque la discusión sería inacabable) sino del más funcional concepto de omisión.

2.2.1.1 CONCEPCIONES POSITIVAS

En las definiciones transcritas en el anterior apartado se aprecia que las mismas pueden ser caracterizadas como ***negativas***, dado que, contemplan a la omisión como un ***no hacer algo***. En contraposición a ellas, es posible calificar aquí de ***positivas*** a determinadas posturas doctrinales que atribuyen a la omisión un contenido de sentido trascendente al mero no hacer algo.[253]

Estas concepciones pueden ser agrupados en dos grandes grupos: (1) aquellos que postulan que la positividad de la omisión se funda en el sustrato ontológico de la omisión; y, (2) aquellos que señalan que la positividad de la omisión se funda en un plano normativo.

Así, el primer grupo de teorías parten que la omisión es una forma de comportamiento humano distinta a la acción; es decir, que mediante la omisión se produce una respuesta del hombre a un cierto estado de cosas; de esta forma, hacer y omitir son los dos modos fundamentales de comportamiento humano como toma de posición en relación a una posibilidad de intervención en el marco de determinada situación.[254]

Se le critica a esta concepción el hecho que, lo único verdaderamente positivo en la omisión sería el ejercicio de voluntad, es decir, un fenómeno interno; la omisión en sí constituiría, en lo externo, algo meramente negativo. Si bien, para esta posición, la positividad de la omisión se halla en la toma de posición del hombre frente a la sociedad, sigue siendo su contenido un *no hacer algo*; esto es, la expresión, en un sentido negativo, de lo que el entorno le exige al sujeto. Por tanto, desde una perspectiva ontológica, la omisión no presenta un contenido positivo, sino una *negatividad transitiva: no hacer algo*; pero que, es determinado no por lo que uno aprecia del mundo del ser, sino de la adopción de un punto de vista: la identidad normativa de la sociedad expresada en el tipo penal.

El segundo grupo de teorías postula que siendo la omisión un no hacer

[253] **Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María "EL DELITO…", Ob. Cit. Pág. 81.**
[254] **Cfr. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 226.**

algo posible y esperado, la idea de la expectativa se muestra como la única posibilidad de atribución de un contenido de sentido al concepto de omisión;[255] siendo el elemento central: ***la expectativa,*** para que de lugar a una omisión en sentido jurídico – penal. Sin embargo, la discusión reina en que, basta la defraudación de cualquier expectativa, o bien, que debe infringirse una expectativa de base normativa – social, o solamente debe ser una expectativa jurídica, o una expectativa jurídica – penal, o, finalmente, la defraudación debe ser de la expectativa recogida en el tipo penal.

No obstante, la crítica se dirige a la innecesariedad de la teoría de la expectativa como núcleo de la omisión, es decir, en la posibilidad de afirmar con toda concreción que existe una omisión, con independencia de que el hacer no realizado fuera esperado por alguien o no.

No es posible aceptar la tesis que sostiene que el concepto penal de omisión se configura en base a la defraudación de una expectativa de naturaleza prejurídica, pues un mero examen superficial demuestra que el ordenamiento jurídico penal está en condiciones de crear omisiones que no lo son desde otros puntos de vista (ej.: sociales). En consecuencia, el enjuiciamiento social de algo como omisión no prejuzga la visión penal del tema.[256]

La misma perspectiva crítica considera que la alusión a una expectativa jurídica no es sino una metáfora para expresar la pretensión de vigencia de una norma jurídica, sea ésta de mandato o de prohibición. De ello se desprenderían dos consideraciones que pueden tener alguna significación. Por un lado, que la noción de defraudación de expectativa así formulada constituye una denominación del juicio de antijuridicidad. Por el otro, que todo ello no es algo específico de la omisión, pues lo mismo podría predicarse también de la acción.[257]

En suma, elaborar un concepto de omisión a través de valoraciones previas al tipo es referir una sucesión de fracasos. Frente a ello, un sector de la doctrina postula la necesidad que el concepto de omisión parta del primer juicio de naturaleza penal: la tipicidad, es decir, un sentido que se atribuye al mismo partiendo de la referencia de un determinado tipo penal. A continuación, desarrollaremos esta idea a través de dos de sus representantes más conspicuos: Bacigalupo Zapater y Silva Sánchez.

A. TESIS DE BACIGALUPO ZAPATER

Relacionar el tema de la omisión con el jurista Bacigalupo implica afirmar que uno de los más importantes logros de su labor científica es el de definir los criterios de orientación para los modelos legislativos de regulación de los delitos omisivos equivalentes a la comisión activa de un hecho punible.

---

[255] Quienes se afilian a esta concepción, véase: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "EL DELITO…", Ob. Cit., Pág. 91, nota 571.
[256] Ibidem, Pág. 109.
[257] Ibidem, Pág, 110.

Sin embargo, la serie de trabajos realizados por Bacigalupo con relación a la omisión, permite identificar dos etapas en el pensamiento de este gran jurista sobre el tema que nos ocupa. La primera caracterizada en la aplicación de la doctrina del finalismo en la omisión; y la segunda, que procura la equivalencia entre la omisión (impropia) con la comisión a través de la óptica del funcionalismo. A continuación, se desarrollará cada una de estas dos etapas en el pensamiento de Bacigalupo.

La primera, representada por su investigación realizada en 1969 y publicada en 1970, partió desde el método ontológico del finalismo, el cual, se refería a las cosas tal como son. En el contexto de la teoría finalista, se entiendo que *ontología* significaba considerar que el ser de la acción humana era el definido por las ciencias de la acción humana. El ontologismo de Welzel, por otra parte, se debe completar con una premisa metodológica básica: las normas, con su valoración de la acción, no transforman el ser de ésta, por lo que no puede haber un concepto "jurídico" de acción distinto del concepto de la acción de las ciencias específicas. Este punto central en el pensamiento de Welzel desde el principio, fue desarrollado especialmente en la polémica con Mezger.

En ese orden de ideas, Bacigalupo se preguntó si a través de este mismo sustrato ontológico era posible analizar la omisión, y su equiparación con la comisión.

Frente a ello, Bacigalupo afirmó que la omisión no tiene solamente una naturaleza jurídica, sino que, presenta un sustrato real, susceptible de ser considerado prejurídicamente. Este sustrato sólo puede ser la acción efectivamente cumplida, en lo que se incluye también el mero permanecer inactivo. Es decir, continúa Bacigalupo, solamente partiendo desde este punto de vista podrá eliminarse una consideración previamente valorativa, jurídica. Sin embargo, Bacigalupo fue consciente en afirmar que la omisión ***no tiene existencia alguna***, lo único que tiene existencia es la acción efectivamente realizada; es decir, sólo hay ontológicamente, afirmó Bacigalupo, acciones positivas, y que algunas realizan un tipo penal en la medida que están descritas en la ley, como prohibidas, mientras otras – igualmente positivas – realizan un tipo justamente por no ser las descritas en la ley, como mandadas.[258]

En ese orden de ideas, Bacigalupo afirmó que omitir es ***un hacer que no es el determinado***, con lo que se afirma que el objeto valorado es también una acción. En efecto, para Bacigalupo, la omisión ***no es una pura negación***, no implica una afirmación de que este algo que la constituye tenga una realidad en un plano ontológico; por el contrario, para este autor, la omisión ***es algo***, justamente la acción cumplida verdaderamente en vez de la mandada; pero ese *algo* no es la *idea de acción* que el autor debía realizar por imposición del mandato normativo.[259]

Negada la posibilidad de un análisis ontológico de la omisión,

[258] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "DELITOS IMPROPIOS…", Ob. Cit., Pág. 71.
[259] Ibidem, Pág. 74.

Bacigalupo precisó que el tema de la omisión es una cuestión del tipo penal; en donde, los tipos prohibitivos pueden ser realizados tanto por acciones como por omisiones, presentando el mismo desvalor del resultado; sin embargo, continúa Bacigalupo, el único elemento del delito impropio de omisión que no está contenido en el tipo de comisión es la determinación del círculo de autores, esto es, el ***garante***.[260]

Para Bacigalupo, el objeto de la teoría de la posición de garante es la especificación de las relaciones estrechas que deben existir entre ***autor*** y bien jurídico para que una infracción de un determinado deber de acción caiga en el ámbito de un delito de comisión. [261]

Finalmente, Bacigalupo consideró que la posición de garantía está determinada de dos maneras: (1) el sujeto como defensor de uno o varios bienes jurídicos contra todo ataque que pueda sufrir; y, (2) el encausamiento y custodia del peligro que emane de una fuente determinada con relación a todo bien jurídico que pueda resultar afectado por ella.[262]

En lo que respecta a la segunda etapa en el pensamiento de Bacigalupo, parte ya no de la estructura de la forma del comportamiento: acción – omisión, sino de estructuras normativas: responsabilidad por la propia organización – responsabilidad institucional; por lo que, se aprecia un cambio metodológico en la obra de Bacigalupo, es decir, un paso del ontologicismo hacia el normativismo.[263]

Lo dicho se puede apreciar, por ejemplo, en obras tales como: *Principios de Derecho penal* (1997) o su *Tratado de Derecho penal* (Edición peruana, 2004).

Así, Bacigalupo afirma que los delitos impropios de omisión son aquellos en los que el mandato de acción requiere evitar un resultado que pertenece a un delito de comisión y son, por lo tanto, equivalentes a los delitos de comisión. Los delitos propios de omisión, sólo requiere la realización de una acción, y su punibilidad no depende de la existencia de un delito activo.[264]

Asimismo, el tema de la posición de garante ya no es una cuestión de la autoría en la omisión impropia (como en la primera etapa de su pensamiento), sino que es una base firme de la equivalencia entre la realización activa del tipo y la omisión del cumplimiento de los deberes que emergen, precisamente,

---

[260] Ibidem, Pág. 170.
[261] Ibidem, Pág. 171.
[262] Ibidem, Pág. 172.
[263] En una entrevista realizada a Bacigalupo, éste afirma lo siguiente: "Si uno admite que la ciencia no tiene puntos de partida demostrables y excluyentes, como lo sostiene Popper y gran parte de la filosofía actual, creo que no hay que escandalizarse por el paso del ontologismo al normativismo. Ambos son puntos de partida legítimos: nadie puede asegurar que partir de la estructura de la forma del comportamiento (acción y omisión) sea más legítimo que partir de las estructuras normativas (responsabilidad por la propia organización y responsabilidad institucional)". En: *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología,* Nº 04, 2002. http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-c1.html
[264] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "PRINCIPIO…", Ob. Cit., Pág. 393.

de la posición de garante. Así, esta posición surge de dos maneras: (1) de la libertad de organización del sujeto; o (2) de la posición institucional del sujeto; siendo el caso que, a través de estas dos formas el sujeto, también, puede configurar los tipos de comisión.[265]

Por esta razón, afirma Bacigalupo, resulta más preciso plantear la cuestión de la equivalencia de acciones y omisiones en relación a los delitos activos teniendo en cuenta si éstos son *delitos de dominio* (que se corresponderán con la posición de garante que surge de la organización de las propias actividades) o *delitos de infracción de deber* (que se corresponderán con los casos en los que la posición de garante proviene de la posición institucional del omitente); por lo que, la equivalencia entre la realización activa y omisiva del tipo depende de la estructura normativa de los delitos activos con los que se debe realizar la comparación.[266]

En lo que respecta a ***la posición de garante derivada de los peligros que genera la propia organización de la actividad del omitente*** implica: a) la vigilancia de los peligros creados por las propias acciones u omisiones (injerencia), los cuales, generan tanto deberes de seguridad (destinadas a que la fuente de peligro no lesione bienes ajenos), así como, deberes de auxilio o salvamente (cuando los peligros generados ya han alcanzado o están cerca de alcanzar los bienes de otro); b) la libre aceptación de una función de protección o de seguridad por parte del omitente.[267]

Asimismo, ***la posición de garante derivada de la posición institucional del omitente*** parte en considerar que los deberes provenientes de instituciones sólo pueden ser equivalentes a la comisión cuando la institución es del mismo peso elemental para la existencia de la sociedad que tiene en ésta la libertad de organización y la responsabilidad que es su consecuencia. Por lo tanto, sólo fundamentarán posiciones de garante en este sentido las relaciones entre padres e hijos, el matrimonio, las especiales relaciones de confianza y los genuinos deberes estatales.[268]

En suma, la actual posición de Bacigalupo conjuga, por un lado, el carácter *positivo* de la omisión desde la perspectiva del tipo penal, y por el otro lado, la dicotomía de delitos realizada por Jakobs. En efecto, JAKOBS distingue entre dos clases de delitos: los delitos de "*responsabilidad por competencia por organización*" (*"Haftung kraft Organisationszuständigkeit"*), que consisten en delitos en que el deber de la norma correspondiente regula por completo la relación del autor con el objeto de protección; y los "delitos de *responsabilidad por competencia institucional*" (*"Haftung kraft institutioneller Zuständigkeit"*), en los que el deber se limita a asegurar penalmente una relación ya existente con independencia del deber. Originando que, si los

[265] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "LA REGULACIÓN DE LAS CONDUCTAS OMISIVAS EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL". En: *Derecho procesal penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez*, jorge Eduardo Buompadre (Director), Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, 1997, Pág. 32.
[266] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "PRINCIPIO…", Ob. Cit., Pág. 405.
[267] Ibidem, Págs. 406 – 408.
[268] Ibidem, Págs. 408 – 410.

deberes de garantía se originan en ambas modalidades delictivas, entonces, tanto en la comisión como en la omisión (que se configuran tanto en los delitos organizacionales, así como, en los delitos por posición institucional) se podrá hablar de *posición de garante.* Sin embargo, más adelante, se indicará la posición de Jakobs que ha tantos juristas ha influenciado.

B. TESIS DE SILVA SÁNCHEZ

Desde su exhaustiva investigación sobre el concepto de omisión, presentado, en 1985, como su Tesis doctoral, Silva Sánchez ha considerado que la omisión surge en virtud de un juicio de imputación que se produce en el tipo. Mediante dicho juicio se atribuye (imputa) a la conducta del sujeto la no realización de una prestación positiva estimada (ex ante) como necesaria para la salvaguarda de un bien jurídico.[269]

En ese orden de ideas, Silva Sánchez considera que lo decisivo en los tipos de omisión es la obtención de ***prestaciones positivas*** de unos individuos a favor de otros con el fin de mejorar o potenciar situaciones jurídicas. Así, el concepto de omisión se vincula a la existencia de un contenido material prescriptivo de prestación positiva.[270]

Para el logro de este armazón conceptual, Silva Sánchez, parte de la distinción entre acción y omisión, las cuales, no se contraponen, sino que se sitúan en niveles sistemáticos distintos. En el plano del ser, sólo hay procesos causales, algunos de los cuales, que son capaces de sentido, esto es, interpretables y no meramente explicables, reciben el nombre de acciones. Estas, al ser contempladas desde perspectivas normativas (es decir, a partir de algún sistema de normas, sea éste del género que sea), pueden manifestarse como comisiones o como omisiones.[271]

Siguiendo en el razonamiento de Silva Sánchez, este autor considera que ***comisiones y omisiones se distinguen normativamente.*** Las primeras expresan injerencias en la esfera jurídica de terceros (empeoramiento del estado de los bienes jurídicos ajenos), lesiones de su autonomía. Las segundas expresan la ausencia de una intervención en salvaguarda de los bienes jurídicos de terceros y, por tanto, vulneran principios de solidaridad.[272]

Sin embargo. Situación compleja es la comisión por omisión, dado que, para Silva Sánchez, es comisión y es omisión. Se distingue de la comisión activa porque en ella no hay una creación activa (por vía causal eficiente) de riesgo. A la vez, se distingue de la omisión pura porque en ella, de modo previo, se adquiere voluntariamente un *compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos concretos que amenazan a bienes jurídicos específicos.* Dicho compromiso produce un efecto de confianza y "abandono", tanto en los potenciales afectados como en terceros potenciales intervinientes. De este modo, si luego se incumple el compromiso de contención dejando que el riesgo

---

[269] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "EL DELITO…", Ob. Cit., Pág. 158.
[270] Ibidem, Pág. 159.
[271] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "COMISIÓN Y OMISIÓN…", Ob. Cit., Pág. 13.
[272] Ibidem, Pág. 13.

se haga actual y se realice en el resultado, se tiene un *dominio de dicho riesgo,* un control del proceso lesivo, que es normativamente idéntico al de la comisión activa, pese a no haber en la conducta del sujeto causalidad en relación con el resultado (*identidad estructural y material en el plano normativo*).[273]

La comisión por omisión tiene, para Silva Sánchez, en común con la comisión activa el que realmente supone una injerencia del sujeto en la esfera jurídica ajena, al haberse ampliado el propio ámbito de competencia a espacios de defensa de terceros, que el sujeto configura, para luego no cumplir el compromiso. Lo importante de ello es que la sanción de la comisión por omisión no se basa en una vulneración del principio de solidaridad sino una lesión del principio de autonomía. Sin embargo, la comisión por omisión tiene en común con la omisión pura el que ella no crea un curso causal activo que genere la producción del resultado: dicho curso causal, generado por otra instancia, natural o humana, se le imputa al sujeto en virtud del compromiso de contención incumplido. Se podría decir que la comisión por omisión y la omisión pura tienen en común la base ontológica de la realización típica (ausencia de generación de un proceso de causación activa del resultado). Y que la comisión por omisión y la comisión activa tienen en común la base normativa de la realización típica.[274]

Sin embargo, Silva Sánchez considera que para la punición de la omisión impropia no es suficiente que tenga algo en común con la comisión, sino una identidad estructural y material en el plano normativo. Es decir, partiendo que, la omisión impropia no se deriva de la infracción de un deber (ni siquiera un deber de garante), sino que, requiere la constatación de una identidad estructural y material entre el hecho omisivo y la realización típica comisiva correspondiente, concluye la necesidad de la existencia de un previo acto de contención de riesgos en el sujeto que luego omite hacerlo.[275]

En efecto, para Silva Sánchez, la equiparación entre la omisión impropia con la comisión, gira entorno al ***compromiso efectivo (material) del sujeto y a la consiguiente identidad de estructuras, en el plano normativo, entre la comisión activa y la comisión por omisión***.[276]

La realización típica en comisión por omisión requiere que el sujeto, eventualmente en una posición de responsabilidad agravada, haya adoptado ***el compromiso específico y efectivo de actuar a modo de barrera de contención de riesgos determinados***. Tal compromiso material, según Silva Sánchez, se adquiere mediante la realización de actos inequívocos de contención del riesgo o riesgos de que se trate. Los referidos actos - en general constantes, normales – suscitan tanto en la colectividad como en los potenciales afectados la impresión incontestable de que tal sector de riesgo se encuentra

---

[273] Ibidem, Pág. 14.

[274] Ibidem, Pág. 14.

[275] Cfr. MIR PUIG, Santiago / SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / CASTIÑEIRA, María Teresa / FARRÉ TREPAT, Elena / CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / JOSHI UBERT, Ujala / BLADÓ LAVILLA, Francesc. "COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO", Editorial Bosch, Barcelona – España, 1992, Pág. 266.

[276] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / BALDÓ LAVILLA, Francisco. "CASOS DE LA JURISPRUDENCIA PENAL CON COMENTARIOS DOCTRINALES. PARTE GENERAL", Editorial Bosch, Barcelona – España, 1996, Pág. 199.

bajo control.[277]

El compromiso de actuar como barrera de contención, para Silva Sánchez, revela así un doble aspecto: por un lado, de reducción de peligro (en la medida que asume el control); por otro, de aumento de peligro, en la medida en que se da la base para que no surjan (o decaigan) otros intentos de contención del riesgo, que pasan a estimarse innecesarios.[278]

Así, para Silva Sánchez, el sujeto que se ha comprometido ***domina***, pues, totalmente, el acontecer típico. Ello, hasta el punto de que, en el caso de que, en un determinado momento, deje de actuar como barrera de contención (y el riesgo no controlado se realice en el resultado), la identidad estructural en lo normativo de este supuesto con aquél en que se crea, por interposición de factores causales, un riesgo (y éste se realiza en el resultado) es total.[279]

Concluye, Silva Sánchez, que para la existencia de tal compromiso no es suficiente el desempeño de funciones sociales que permitan atribuir el control del peligro al sujeto. ***Este compromiso voluntario debe referirse al control del riesgo específico en cuestión y al bien jurídico específico que resulte afectado.***[280]

En suma, la tesis de Silva Sánchez pretende partir que la omisión se relaciona con prestaciones positivas que el sujeto debió realizar; frente a ello, la cuestión gira entorno a establecer cómo esa persona asumió la responsabilidad de realizar ese tipo de prestaciones; en ese sentido, Silva Sánchez, no busca centrar su tesis en la posición de garante, sino, en reglas normativas – valorativa que logren dotar de sentido típico (identidad) a la conducta realizada por una persona, y por ende, adscribible al tipo penal correspondiente. En ese orden de ideas, para el jurista español, estas reglas deben de partir del compromiso voluntario que la persona asume para la protección del bien jurídico.

2.2.1.2 TESIS DE JAKOBS

Como se sabe, la concepción de Jakobs se inserta en la denominada corriente del funcionalismo sociológico, el cual, precisa que en una sociedad tan compleja como la actual, el Derecho penal no pretende sino ser un medio a través del cual sean posibles las relaciones sociales; y en ese sentido, como sistema regular de la existencia de *personas* que es, impone como deber principal a cada uno de sus miembros ***no dañar a otra persona***. Dicho deber denominado por Jakobs ***relación negativa*** lleva implícito a su vez una ***relación positiva***, pues significa reconocer al otro como persona.[281]

[277] **Ibidem, Pág. 200.**
[278] **Ibidem, Pág. 200.**
[279] **Ibidem, Pág. 200.**
[280] **Ibidem, Pág. 200.**
[281] **Cfr. QUINTERO, María Eloísa. "OMISIÓN VS. ACCIÓN. RESPONSABILIDAD POR LA CONDUCTA OMISIVA". En: *El pensamiento de Gunther Jakobs. El derecho penal del Siglo XXI,* Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza. Argentina, 2001, Pág. 309.**

Ahora bien, la responsabilidad del autor puede producirse por una violación de los ***deberes negativos*** o por haberse infringido ***deberes positivos***. En el primer supuesto el autor responde por haber producido ***un empeoramiento de la situación de otros***. Es decir que en estos casos si no hubiera existido el autor, la víctima no hubiera resultado afectada (un peatón cruza la calle y es embestido por un conductor ebrio, o simplemente negligente). Se habla aquí de los llamados ***deberes negativos.***[282]

En el segundo supuesto (***deberes positivos***), la víctima se encuentra de igual manera en una situación de indefección o de necesidad de auxilio, ello al margen de la existencia del autor. En estos supuestos ya no es relevante que la conducta lesiva sea fruto de su ámbito de organización; lo que determina la responsabilidad es la lesión de un deber, lesión que se lleva a cabo de un modo personalísimo.[283]

En ese orden de ideas, para Jakobs, no es relevante que el delito sea cometido por violación de un mandato o una prohibición, es decir, por omisión o por comisión; el fundamento último de ambas se explica en que el autor tiene a su cargo un ámbito de organización, y si quiere ser libre dentro de él, debe responder por las consecuencias dañosas que genere; es decir: ***libertad de organizar versus responsabilidad por las consecuencias***. Afirma, que vivimos en una sociedad libre y organizada que reconoce y protege los derechos de sus miembros, pero como contrapartida, se impone a los mismos el deber de responder por las consecuencias lesivas derivadas de su actuar, siempre que dicho resultado penalmente reprobado sea individualmente evitable en la razón determinante de dicho resultado, estableciendo lo que es o no determinante por un sistema social (y no físico natural, o meramente final) de interpretación. Así, ***lo relevante para el Derecho penal no es cómo se realiza la conducta (si es activa o pasiva) sino el deber jurídico que se infringe (deberes negativos o deberes positivos)***.[284]

Ante lo señalado, la preponderancia de las prohibiciones está fundamentada estadísticamente en la práctica, pero no porque existen especiales presupuestos de responsabilidad en los mandatos que no se requieran en las prohibiciones. ***Tanto los mandatos como las prohibiciones tienen su fundamento de responsabilidad en los requisitos: a) de tener consideración por los demás en la configuración del propio ámbito de organización (responsabilidad en virtud de incumbencia por organización) y b) de la solidaridad institucionalmente reforzada (responsabilidad en virtud de incumbencia institucional.*** Concluye pues Jakobs la distinción material no es entre comisión y omisión, sino entre responsabilidad en virtud de incumbencia por la organización y responsabilidad en virtud de incumbencia institucional.[285] En ese sentido, se tendrá que analizar, en la concepción de Jakobs, cómo surgen y cómo se inobservan los deberes en virtud de responsabilidad por organización y en virtud de responsabilidad institucional, los cuales, pueden infringirse mediante omisión.

---

[282] Ibidem, Pág. 311.
[283] Ibidem, Pág. 312.
[284] Ibidem, Pág. 313.
[285] Cfr. JAKOBS, Gunther. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 949.

Sin embargo, antes de entrar de lleno al análisis de esta dicotomía de responsabilidad, es menester delimitar la noción de *posición de garante.* Así, el fundamento de la responsabilidad en los supuestos básicos de los delitos de comisión es que el autor, por ser causante, amplia su ámbito de organización sin consideración a otras personas y a costa de éstas; por lo que, es garante de evitar el resultado disvaliosa que la organización de su comportamiento puede originar; asimismo, en la omisión, el omitente es garante de la evitación del resultado. En definitiva, ***no sólo el autor de la omisión, sino también el de la comisión debe ser garante, para Jakobs, si es que ha de responder de un delito de resultado mediante comisión.***[286] Por tanto, la necesidad de una posición de garante, en la concepción de Jakobs, debe estar presente tanto en la comisión como en la omisión, puesto que, en ambas el sujeto lo que infringe son deberes (negativos o positivos).

Aclarado este punto, ahora se precisará como operan los ***deberes en virtud de responsabilidad por organización.*** Para comprender lo que se entiende por organización, hay que considerar que cada individuo goza de un marco jurídico para obrar y realizar sus intereses. El aspecto esencial de esta libertad consiste en que cuando uno actúa tiene la obligación de organizarse de manera que garantice los intereses de terceros y de la comunidad no sean dañados o puestos en peligro. De esta organización del espacio personal de actuar se deriva la responsabilidad de no aumentar los riesgos para los bienes jurídicos de terceros. Por lo tanto, forman parte de este ámbito los deberes de dominio de las fuentes de peligro y aquéllas relativos a los actos de injerencia en la esfera jurídica de otras personas.

En efecto, la persona, en tanto ciudadano, es poseedora de un rol general que le permite configurar libremente su esfera de organización. Como contrapartida a esa libertad de organización, se le impone el deber de evitar configuraciones de su esfera de organización que perjudiquen a otras personas. ***Si la persona infringe ese deber negativo, deberá ser responsable por las consecuencias del exceso en su propia organización, lo cual, se castiga mediante los llamados delitos de dominio.*** Todo ello, debe formar parte del contenido del tipo penal, dado que, la norma penal traduce lo que es o no relevante, en un determinado contexto.

En lo que respecta a la omisión, Jakobs afirma que, frente a peligros derivados de objetos, actividades empresariales, originan ***deberes de relación.*** Asimismo, el ámbito de organización puede definirse a través de un determinado comportamiento, y sus efectos potenciales conllevan a ***deberes por injerencia.*** De esta forma, los deberes de relación y de injerencia, se refieren, en principio, ***el aseguramiento de una fuente de peligros, es decir, el obligado tiene que preocuparse de que su ámbito de organización no tenga efectos externos dañinos: deberes de aseguramiento.*** Estos deberes concluyen cuando se trata contactos socialmente adecuados del ámbito de organización que amenazan dañar a otro.[287]

---

[286] **Ibidem, Pág. 259.**
[287] **Ibidem, Págs. 972 – 981.**

Por otro lado, en el marco hasta ahora caracterizado se trata de deberes de aseguramiento, es decir, de deberes de impedir los efectos dañosos de un ámbito de organización que está definido a través de cosas o del comportamiento propio o ajeno. A ellos se añaden, naturalmente con un alcance más limitado, según Jakobs, ***los deberes de salvación***; éstos consisten en deberes de inhibir cursos causales peligrosos, que ya salen del ámbito de organización del alcance señalado, e incluso pueden haber alcanzado el de la víctima. Sin embargo, no cualquier comportamiento que condicione el peligro da lugar a un deber de salvación; la limitación se busca en la fórmula de que el comportamiento previo ha de haber sido objetivamente contrario a deber, aún cuando no necesariamente culpable; ej.: el alimento perjudicial para la salud ya está vendido y está almacenado en casa del consumidor o ya ha sido consumido, y el consumidor necesita auxilio médico.[288]

Estos dos primeros tipos de deberes se diferencian, para Jakobs, porque en el primer caso, el ámbito de organización se determina a través de cosas o comportamiento; en cambio, en el segundo caso, se da a través de las consecuencias de la relación con cosas o del comportamiento, es decir, de los resultados delictivos potenciales.

Frente a ello, debería realizarse la siguiente precisión: si se parte que lo peligroso es la cosa en sí o el comportamiento en sí mismo, obviamente, este peligro se materializará al usarlos (mejor: relacionarme con las cosas o a través de las conductas); entonces, habría una *circularidad en la forma en que Jakobs distingue los deberes de aseguramiento con los deberes de salvación*. Sin embargo, si se considera que en la concepción de Jakobs, éste distingue dos momentos totalmente diferentes: (1) la ***propia persona*** antes de usar la cosa peligrosa o realizar la conducta peligrosa; y, (2) la persona que, antijurídicamente, ha generado que ***otra persona*** use una cosa peligrosa o realice una conducta riesgosa.

Si es así, entonces en el primer momento, la persona ***deberá asegurar*** que las cosas o las conductas – cuando sean usadas o realizadas – no materialicen el peligro insito que llevan en daños a terceros. En cambio, en el segundo momento, la persona ***deberá salvar*** a aquella otra persona, por el comportamiento del primero, ha usado la cosa peligrosa o practicada una conducta riesgosa.

Entonces, se puede concluir que los deberes de salvamento se dan en el caso de injerencia; por lo que sería equivocada la ubicación que Jakobs le da a esta figura en el marco de los deberes de aseguramiento. Sin embargo, Jakobs justifica su posición, en el sentido que, el deber de salvamento por injerencia es materialmente un deber de aseguramiento, esto es, un deber negativo: *retirar, en la medida de lo posible, los efectos de la usurpación en la esfera de libertad ajena.*[289] ***Si ello es así, entonces Jakobs estaría vaciando de contenido a los deberes de salvación, convirtiendo a su modelo de***

---

[288] **Ibidem, Págs. 981 – 987.**

[289] **Cfr. JAKOBS, Gunther. "TEORÍA Y PRAXIS DE LA INJERENCIA". En: *El sistema funcionalista del derecho penal*, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2000, Pág. 102.**

deberes por organización en un esquema monista.

Asimismo, para Jakobs estos deberes (de aseguramiento y de salvamento) comienzan con la asunción, es decir, cuando el autor no sólo promete una prestación expresa o concluyentemente, sino además cuando da a entender que él, a causa de su promesa, espera y considera adecuado el abandono de otras medidas de protección, lo que en efecto ocurre.[290]

Ante lo señalado, se aprecia que en los deberes en virtud de responsabilidad por organización son ***deberes negativos.*** Es decir, son deberes que exigen que la persona ***revoque su usurpación de una organización ajena***. Y estos deberes negativos recaen en cualquier persona, esto es, ***todos deben retirar su organización cuando el estado actual de ésta amenace con lesionar a otros***. Por lo tanto, la ***negatividad*** se entiende, en el sentido de: que los efectos generados por la manera en como organice mi conducta **NO** dañe esferas de libertad ajenas; y para lograr ello, pueden emplear acciones u omisiones. Acciones, en el sentido de hacer algo para que no se dañe la esfera de libertad ajena. Omisiones, en el sentido de abstenerse de proseguir su comportamiento, cuando está próxima a dañar la esfera de libertad de otra persona. Asimismo, mediante acciones u omisiones, la forma como la persona organizó su conducta puede originar, hacia fuera, condiciones dañosas. Por ende, para Jakobs, en el ámbito de organización de la conducta, ***se dan situaciones en que la comisión y la omisión son prácticamente convertibles, generando que, quien utiliza la libertad de actuar de modo que no es posible evitar daños en otros sin emplear esfuerzo, debe soportar ese empleo de esfuerzo.***[291]

Por otro lado, se va a indicar como operan los ***deberes en virtud de responsabilidad institucional.*** Aquí la persona es portadora de un ***rol especial*** (a diferencia del anterior ámbito, en donde el rol o deber es genérico) en virtud de una vinculación institucional que le obliga a cumplir con ***deberes positivos*** (a diferencia, también, del otro ámbito, en donde los deberes son negativos) y mantener así una situación social deseable.[292] La infracción de la competencia institucional específica es sancionada a través de los ***delitos de infracción de un deber.*** Igual como en los roles genéricos, estos roles especiales forman parte, implícitamente, del contenido de un concreto tipo penal; una vez más, es necesario partir de la norma penal, a fin de decidir cual es lo que presenta o no relevancia.

En cuanto a la posición de garante en virtud de las instituciones, el fundamento es la idea de que el único medio para garantizar la libertad de cada individuo es la existencia de relaciones sociales durables y reconocidas en el ordenamiento jurídico. Relaciones que son denominadas ***instituciones***

[290] Cfr. JAKOBS, Gunther. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 989.
[291] Ibidem, Pág. 948.
[292] Cfr. JAKOBS, Gunther. "LA NORMATIVIZACIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL EJEMPLO DE LA PARTICIPACIÓN". En: En: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología,* UNED, Madrid - España, 2001, Págs. 641. *El mismo*. "LA OMISIÓN. ESTADO DE LA CUESTIÓN". En: *Sobre el estado de la teoría del delito,* Editorial Civitas, Madrid – España, 2000, Págs. 142 y sgts.

(por ejemplo, relaciones entre padres e hijos, marido y mujer, relaciones de poder estatal, presencia de una justicia y una administración sometidas a derecho, etc.). En este marco, se consideran los deberes que se derivan de los vínculos naturales de las personas o relacionados con la comunidad, de la aceptación de una función de protección y aún de la responsabilidad por los comportamientos de terceros.[293]

Sin embargo, en algunos casos concretos, es discutible el tratamiento que Jakobs realiza sobre el ámbito de aplicación de los deberes institucionales. Así, en el caso de la relación paterno - filial, Jakobs, niega la presencia de estos deberes, en los siguientes casos:

1. Del padre cuando no ha nacido el hijo; es decir, mientras esté en el claustro materno, no existen deberes de garante para evitar la interrupción del embarazo, lícita o antijurídica, por parte de la madre.
2. Del padre frente a su hijo ilegítimo, en el sentido que, es solamente responsable del bienestar del niño a través del pago de los alimentos.

Obviamente, Jakobs realiza estas precisiones, según la legislación civil vigente en su país; sin embargo, pese a ello, no pueden ser de recibo. En efecto, en el primer caso, si se parte que el concebido es sujeto de derecho (en todo lo que favorece) dejar su protección al exclusivo ámbito de la madre es más que discutible; es decir, cuáles serían las razones que justificarían una responsabilidad penal a la madre y un eximente de la misma al padre. Por otro lado, considero que el tema de si el padre debe o no intervenir cuando la madre ha decidido interrumpir, ilícitamente, el embarazo, es una cuestión a ser resuelta por la imputación objetiva, específicamente, a través del principio de confianza; siendo rechazable que, desde el inicio, se elimine toda posibilidad de responsabilidad al padre, dado que, vendría en contra del sentido mismo de la justicia que, en casos donde la intervención del padre ha sido determinante para el aborto, éste no tenga ninguna responsabilidad jurídico – penal.

En lo que respecta al segundo caso, está cada vez más presente en las legislaciones del mundo la no distinción entre los hijos; es decir, tanto el legítimo como el ilegítimo presentan igualdad de derechos, conllevando que el padre presente una mismo rol o status para éstos. Ahora, si Jakobs se refiere al caso de aquel no reconocido por su supuesto progenitor, entonces a lo sumo sólo le quedaría su calidad de titular de aquellos deberes negativos (que hacía alusión Jakobs) que implica a toda persona.

Para terminar este punto de la responsabilidad institucional, los deberes que surgen en virtud de este tipo de responsabilidad, son ***deberes positivos***: que la persona preste su apoyo a un círculo de organización ajena. Y, para Jakobs, esa intromisión, lo detenta solo una persona que presenta un status especial; es decir, solamente ese sujeto puede ser responsable como infractor de ese deber positivo nacido de una relación institucional.

---

[293] Cfr. JAKOBS, Gunther. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Págs. 995 – 1009.

En suma, para Jakobs se debe distinguir entre los "delitos de *responsabilidad por organización*", donde la relación del sujeto con el objeto material es puramente negativa (el deber de garante se agota en el deber de conservación del bien jurídico); y los "delitos de *responsabilidad por institución*", caracterizados por que la conservación del bien jurídico debe hacer posible una relación positiva. Nos hallaremos —según Jakobs— ante un delito omisivo de responsabilidad por organización cuando la posición de garante resulte de una injerencia previa o de la asunción voluntaria de la protección del bien jurídico. Por el contrario, en el supuesto de los padres que dejan morir de hambre a sus hijos, no basta con referirse a la prohibición de dejarlos morir. Entre los padres y sus hijos no existe una relación meramente negativa, esto es, un deber de no intromisión de los padres en la esfera de organización ajena (de los hijos), sino una relación positiva. Así, en la concepción defendida por JAKOBS, existen relaciones puramente negativas tanto en algunos delitos de comisión como en algunos delitos de omisión, por una parte, y deberes especiales propios de un *status*, por otra.[294]

2.2.1.3 TESIS DE SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ – TRELLES

Siguiendo a su maestro alemán Jakobs, Sánchez-Vera opina que el delito puede consistir en la lesión de dos clases de instituciones: las ***negativas*** y las ***positivas***.[295] Entre las primeras, Sánchez – Vera destaca la institución ***negativa del "neminem laedere", que consiste en la prohibición original y general para todo ciudadano de no lesionar a los restantes individuos de la sociedad ni inmiscuirse en su esfera privada sin su consentimiento.***

Esta institución negativa, que no presupone la existencia de un deber jurídico especial, puede ser lesionada por el individuo, que goza de "libertad de organización" ("*Organisationsfreiheit*"), según Sánchez-Vera, tanto mediante un hacer como por medio de un no-hacer. ***Los delitos consistentes en la lesión de la institución negativa "neminem laedere" recibe en la concepción de Sánchez-Vera la denominación "delitos de responsabilidad por organización".***

Sin embargo, el Derecho penal no debe limitarse al aseguramiento de esferas de libertad externas, sino que también debe contribuir a la construcción ***de relaciones positivas basadas en instituciones positivas o roles vinculados a deberes jurídicos especiales.*** Algunas de estas instituciones positivas o roles son, según Sánchez-Vera, el rol de padre, madre, policía, juez, etc. Los delitos que atentan contra los deberes específicos que están en la base de estas instituciones positivas, que pueden consistir, igualmente, en un hacer o en un no-hacer, ***son calificados por Sánchez-Vera como "delitos de responsabilidad por institución", o "delitos consistentes en la infracción de un deber"*** ("*Pflichtdelikte*").

---

[294] Cfr. JAKOBS, Gunther. "ACCIÓN Y OMISIÓN EN EL DERECHO PENAL", Traducción de Rey / Sánchez – Vera, Cuadernos de Conferencia y Artículos, Nº 23, Universidad Externado de Colombia, Bogotá - Colombia, 2000, Pág. 12.

[295] Cfr. SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ – TRELLES, Javier. "DELITO DE INFRACCIÓN…", Ob. CIAT, Págs. 83 y sgts.

Finalmente, al igual que Jakobs, Sánchez – Vera estima que tanto las instituciones negativas como las positivas pueden ser afectadas mediante acciones, así como, por omisiones, es decir, opera una intercambiabilidad. Sin embargo, son inintercambiables las instituciones negativas y positivas, dado que, las primeras implican no hacer algo que dañe el bien jurídico; en cambio, las segundas exigen mejorar la situación del bien jurídico, es decir, edificar un mundo en común para ayuda y fomento de un bien jurídico. Por esa razón, toda persona está sujeta a estas instituciones negativas, pero sólo determinados sujetos están vinculados a las instituciones positivas.

2.2.1.4 TOMA DE POSICIÓN

Se puede apreciar de las concepciones aquí presentadas que, desde el normativismo, la definición de la omisión se ubica, para algunos, en su identidad estructural con la comisión (SILVA SÁNCHEZ), y para otros, por su intercambiabilidad con la comisión, a tal punto de soslayar tal distinción y dar preferencia a los deberes (de organización o institucionales, de JAKOBS) o a las instituciones (negativas o positivas, de SÁNCHEZ – VERA),

Sobre la primera tendencia, la necesidad de establecer la equivalencia estructural entre la omisión con la comisión fue una conclusión extraído por el aspecto material del principio de legalidad. Frente a ello, para esta tendencia, no es suficiente afirmar si el delito es de dominio (responsabilidad por la organización de la conducta) o de infracción de un deber (responsabilidad por su posición institucional), sino, establecer si el agente debió o no realizar una prestación positiva; y ello, sólo es posible si se examina la presencia o no, por parte del sujeto examinado, de un compromiso de contención de riesgos para bienes jurídicos.

Al respecto, el Dr. Silva Sánchez (en uno de sus correos electrónico que gentilmente me envío) indicó lo siguiente: *"Lo primero que hay que plantearse es la distinción entre los delitos de dominio y de infracción de un deber. Y luego, seguramente, plantear la cuestión de la comisión por omisión de unos y otros. Si se trata de un delito de dominio, y la comisión por omisión ha de ser idéntica a la comisión activa (**lo que me parece un postulado irrenunciable de la comisión por omisión**), entonces la comisión por omisión no puede configurarse como mera infracción de un deber. Claro es que puede afirmarse que todo delito es de infracción de un deber, sólo que en unos casos lo es de organización y en otros, institucional. Pero entonces, de nuevo, se abre la cuestión de cómo se infringe un deber de organización y la respuesta ha de ser: mediante una determinada organización (lo que es más que la mera infracción de un deber). En todo caso, al final la pregunta clave es: ¿Por qué la infracción de un deber especial ha de permitir fundar una adscripción de la realización típica como la que se fundamenta en la comisión activa? y ¿qué significa "deber especial"?".*[296]

[296] **El resaltado es mío. Para mayores detalles, véase: BENAVENTE CHORRES, Hesbert. "LINEAMIENTOS GENERALES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL TIPO DE OMISIÓN IMPROPIA". En:** ***Ponencia del XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología,*** **Córdoba – Argentina, 2003. Asimismo, este estudio ha**

Como se puede apreciar, la falta de determinación del contenido *deber especial,* el cual, sustenta la denominada responsabilidad por posición *institucional* o la expectativa *positiva*, ha sido el punto de crítica de esta primera tendencia. Sin embargo, esa misma observación se puede formular a la tesis de la identidad estructural por asunción del compromiso de contención de riesgos.

En efecto, ***¿cómo un sujeto asume el compromiso de ser "barrera de contención" de los riesgos para un bien jurídico protegido?*** Si para Silva Sánchez el quid del asunto no gira entorno a la infracción de un deber, ni siquiera la de aquellas que fundan una posición de garante, entonces, de qué manera la persona se constituye en un *comprometido* en el cuidado de un bien jurídico.

Según Silva Sánchez, se adquiere mediante la realización de actos inequívocos (¿?) de contención del riesgo o riesgos de que se trate: "*Los referidos actos - en general constantes, normales – suscitan tanto en la colectividad como en los potenciales afectados la* ***impresión*** *incontestable de que tal sector de riesgo se encuentra bajo control*".[297]

No obstante, cómo surge esa "*impresión"* en la colectividad, de que tal sujeto ha asumido un compromiso frente al bien jurídico. Frente a ello, Silva Sánchez decidió no desvincularse por completo a la teoría de la posición de garante, sino que, opina que la tesis de Kaufmann: *garante para la protección de un bien jurídico*, y, *garante para el control de fuentes de peligro para el bien jurídico*, es el más adecuado.[298]

Ante lo señalado, se le puede trasladar a la posición de Silva Sánchez las críticas elaboradas a la teoría funcional de la posición de garante de Armin Kaufmann;[299] sin embargo, lo más criticable es que, Silva Sánchez cae en una circularidad conceptual cuando afirma que la demarcación de las situaciones de garantía se produce a partir del concreto compromiso del garante. [300] Entonces, da a entender que, la posición de garantía no determina el contenido del compromiso sino a la inversa, volviéndose a plantear la interrogante inicial: cuáles son los criterios que permiten inferir que una persona determinada ha asumido el denominado *compromiso de contención.*

En suma, se comparte con Silva Sánchez de que el contenido de la omisión se determina por el sentido del concreto tipo penal; es decir, que la omisión es el resultado de un proceso de adscripción típica, y que para ello, las reglas de la imputación objetiva cumplen un rol fundamental. Sin embargo, se considera que la fórmula de *asunción voluntaria del compromiso de ser barrera*

sido publicado en: *Revista de Derecho APECC*, Nº 03, Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y conciliación, Lima – Perú, 2004, Págs. 37 – 46.

[297] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / BALDÓ LAVILLA, Francisco. "CASOS DE LA JURISPRUDENCIA…", Ob. Cit., Pág. 200. (Lo resaltado es mío).

[298] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "EL DELITO…", Ob. Cit., Pág. 370.

[299] Ver supra: 2.1.3.1.3.

[300] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "EL DELITO…", Ob. Cit., Pág. 370.

de contención de aquellos peligros para los bienes jurídicos, inexorablemente deviene en la criticada tesis de la posición de garante, como elemento exclusivo y excluyente del tipo de omisión (impropia), caso contrario, manifestaría a la referida fórmula como vacía de contenido, es decir, sin criterios que permitan su formación en la realidad.

Por otro lado, está la segunda tendencia que pretende argumentar que lo importante es determinar cómo se puede defraudar un deber o expectativa (negativa o positiva), dado que, la acción y la omisión serían figuras intercambiables. La base de esta segunda tendencia radica en la distinción de los dos posibles títulos de responsabilidad penal: la responsabilidad por organización (afectación de un deber negativo – genérico - o institución negativa) y la responsabilidad por institución (quebrantamiento de un deber positivo – especial – o institución positiva).

Sin embargo, se han levantado crítica para la primera de estas dos formas de responsabilidad, que, en palabras de SÁNCHEZ-VERA, constituye la responsabilidad del sujeto que infringe la prohibición general de lesionar al prójimo ("*neminem laedere*"), ***equivale, explicado con otras palabras —menos claras—, a la clásica responsabilidad penal general por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.***

Asimismo, en lo que respecta los delitos de responsabilidad por institución, si lo que pretenden decir JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA es que, en estos delitos, el núcleo del injusto consiste en la lesión de una institución prejurídica garantizada por el derecho, como, por ejemplo, la de funcionario, soldado, padre, madre, tutor, persona en quien se confía, etc., o una institución positiva en la que el propio derecho integra al individuo, como por ejemplo, la Administración de Justicia en el caso del testigo, mediante la infracción del deber jurídico especial que recae sobre el sujeto cualificado, consideran que existen motivos para creer que esta idea resulta de muy dudosa admisión, dado que, ***se corre el riesgo en caer en modelos autoritarios, así como, en un excesivo formalismo.***

Ante tal situación aún es menester elaborar una noción de omisión, y no caer en el relativismo de Radbruch, el cual, convencido de la imposibilidad de formular un supraconcepto que englobase a la acción y la omisión, prefirió prescindir de la base ontológica del comportamiento, como primer elemento de la teoría del delito, y sustituirla por la tipicidad.

Frente a ello, considero que la configuración del Derecho penal (y por ende de sus categorías) se debe realizar en función del programa político – social de un determinado país. En efecto, la aplicación de herramientas normativas se da en función a los lineamientos de una determinada política criminal, la cual es un componente de la política social del país, cuyas bases son extraíbles del modelo de Estado establecido en la Constitución.

Así, si nuestra Carta Magna establece que el Perú es un ***Estado social y democrático de derecho, tanto la política social, así como, la política criminal deben ser diseñadas en función de este tipo de modelo de***

Estado, implicando que, las categorías jurídicas (incluida la omisión) también se vean condicionadas a los fines de ese concreto tipo de Estado.

Así, en un Estado social y democrático de derecho, el delito se erige en la realización de un comportamiento humano constituido, generalmente, por una actividad positiva.[301] Esto permite afirmar nuestro primer presupuesto (dirigido a la formulación de una definición de la omisión):

> ***Que siendo respetuoso de este modelo de Estado (aceptado cada vez más por los países del mundo) es posible afirmar la no presencia, en el mundo del ser, de omisiones. En los tipos penales de omisión, desde un plano óntico el sujeto realizó una conducta, esto es, una actividad positiva.***

En efecto, lo señalado líneas arriba no significa que en el delito de omisión no se hable de comportamientos humanos, dado que, el sujeto si ha tenido que realizar una determinada conducta (controlada por su voluntad y, por qué no, dirigida a un fin), lo que ocurre es, que el sentido típico no descansa en lo que hizo sino en lo que obvió; pero claro está, en la descripción de los hechos por parte del sistema de justicia penal, se hará mención de lo que hizo, así como, de lo que debió hacer.

Ahora bien, si en el mundo del ser no hay omisiones, entonces, cuando el operador jurídico se refiere que un *sujeto omitió*, es que ha interpretado lo que hizo ese sujeto con relación a lo que debía hacer; es decir, dándole *sentido* al comportamiento de aquella persona.

Esa labor de interpretación, sólo será relevante para el Derecho penal si se realiza a nivel del tipo penal, puesto que, éste le permitirá valorar si lo que realizó el agente era o no lo que debía haber realizado. Esta dependencia del tipo penal concuerda con el principio de legalidad, pilar del Estado de Derecho; por lo que, podemos elaborar el segundo presupuesto:

> ***Tampoco es inconsecuente afirmar que, en el modelo de Estado social y democrático de <u>derecho,</u> el operador jurídico tendrá que ceñirse, exclusivamente, al marco del tipo penal, para afirmar que el sujeto realizó una omisión (relevante para el Derecho penal); esto sería respetuoso con el aspecto formal del principio de legalidad***.

En ese orden de ideas, si el tipo penal brindará las herramientas de análisis para determinar si se está o no ante una omisión, se debe especificar cuáles son esas herramientas.

---

[301] Cfr. MIR PUIG, Santiago. "FUNCIÓN DE LA PENA Y TEORÍA DEL DELITO EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO". En: *Política criminal y reforma el derecho penal*, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1982, Pág. 86.

Al respecto, el tipo penal es expresión de aquello que defrauda una expectativa o interés, lo que, mayoritariamente se le denomina bien jurídico, que para nosotros es equivalente al término: *identidad normativa de la sociedad.*

En efecto, por ***identidad normativa de la sociedad*** se entiende a las ***condiciones de desarrollo de la persona en una determinada sociedad, expectativas que son los denominados BIENES JURIDICOS.*** [302] En ese sentido, nos alejamos de posiciones extremadamente funcionalistas, como la de Jakobs, quien, por un lado, no configura su partida metodológica en función a los bienes jurídicos, y por otro lado, cuando entiende a esta identidad normativa como la manera en que está organizada la sociedad en un momento dado, la misma que, para su configuración, no depende de las personas, sino que, es la sociedad la que detenta la facultad de otorgar a los individuos su identidad, esto es, elevarlos a la categoría de personas.[303] Tal concepción es totalmente rechazada, puesto que, la sociedad no puede disponer del concepto de persona en función de intereses preponderantes o de una determinada constitución social, ya que, es un status que atribuye a todo individuo por el hecho de ser un ser humano.

Si la configuración de la sociedad está orientada a la persona, resulta evidente que el punto de partida deberá ser el concepto de persona. Frente a ello, nos afiliamos a la posición de García Cavero, para quien *persona* es aquel que no sólo busca existir, sino proyectar su realización individual en medio de una comunidad.[304] Por tanto, estamos en condiciones de elaborar nuestro tercer presupuesto para la definición de la omisión:

> ***No es contrario al Estado social y democrático de derecho afirmar que, lo que se pretende proteger es la identidad normativa de la sociedad, entendida como aquella que busca el desarrollo personal a través de expectativas, intereses (bienes jurídicos) en las concretas condiciones sociales.***

Ahora, si son las expectativas de desarrollo de la persona lo que dota de contenido a la sociedad, se debe cuidar que esas expectativas no se vean amenazadas; siendo la pregunta, ¿se pueden defraudar esas expectativas? Si la persona se le considera un ser libre, entonces cabe el riesgo que de la libertad de esa persona se dirija a negar la vigencia de determinadas expectativas; por lo que, si son expectativas recogidas por el Derecho penal,

---

[302] Por esta razón puede considerarse como bien jurídico no sólo una condición natural como la vida o la integridad física, sino también condiciones convencionales para el desarrollo de la sociedad (administración de justicia, función social del Estado) en beneficio del desarrollo de la persona.

[303] Cfr. JAKOBS, Gunther. "SOCIEDAD, NORMA Y PERSONA", Traducción de Cancio / Feijoo, Editorial Civitas, Madrid - España, 1996, Pág. 30.

[304] Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. "DERECHO PENAL ECONÓMICO. PARTE GENERAL", Ara Editores, Lima - Perú, 2003, Pág. 27.

entonces la persona, a través de la expresión de su libertad, puede defraudar esas expectativas normativas.

Para evitar la defraudación de expectativas normativas de conductas esenciales, es que, se le debe atribuir a toda persona roles, es decir, delimitar su ejercicio de libertad a través de la asunción de funciones, posiciones, responsabilidades o deberes; los cuales, se manifiestan en principios constitucionales tales como: *toda persona deberá cumplir con la Constitución* (art. 38º Const.); o, *el poder del Estado se ejercerá con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen* (art. 45º Const.); estos principios persiguen que el libre desarrollo de la personalidad del hombre se logre sin afectar el de los demás.

En ese sentido, nuestro cuarto presupuesto es:

> ***Dentro del Estado social y democrático de derecho, el ámbito de actuación de las personas puede estar delimitado por roles o deberes***.

Los roles atribuidos al ciudadano pueden clasificarse de dos formas. En primer lugar, se encuentra el ***rol general de ciudadano***, el cual, se fundamenta en la ***separación de esferas de organización entre los ciudadanos y la autonomía organizativa dentro de las mismas***. Como contrapartida a esta libertad de organización, se le atribuye el ***deber negativo de evitar organizaciones en su propia esfera que afecten a otras personas***. En la medida en que se trata de separación de esferas, el ciudadano responde únicamente por su propia organización, esto es, que en este ámbito rige el llamado ***principio de autorresponsabilidad.***

En ese orden de ideas, en el proceso de imputación del hecho deberá precisarse el rol de ciudadano en determinadas actividades, esto es, cuál es el rol de ciudadano del médico, mecánico, camarero, etc. ***Pero este rol con referencia a lo social, no es el único criterio a emplease, sino que se requiere de instrumentos normativos - valorativos (recogido de manera expresa o tácita en la norma penal).***[305]

Frente al rol general de ciudadano se encuentran los llamados ***roles especiales***. Los contactos sociales no se reducen pues a una separación de esferas de organización, sino que también se fundamentan en vinculaciones entre estas esferas con base en instituciones sociales elementales. Debido que, el desarrollo de las personas no se realiza solamente al interior de su propia esfera de organización, sino que requiere de relaciones estables con otras personas, existen roles especiales derivados de las instituciones sociales que vinculan de una manera concreta una esfera de organización con otras. Si el titular de un rol especial no cumple con esos deberes positivos, cabrá entonces imputarle jurídico – penalmente el hecho que afecta la vigencia de la institución social respectiva.

---

[305] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL", Editorial Grijley, Lima – Perú, 2002, Págs. 140 y sgts. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., Págs. 300 y sgts.

Como se aprecia es legítimo, en aras del logro del desarrollo individual de la persona, atribuirle a ésta roles, ya sean genéricos o especiales, caso contrario, se caería en la ambigüedad de Silva Sánchez, quien no precisa cómo surge el compromiso de una persona de actuar como barrera de contención; obviamente, ese compromiso no es otra cosa que un deber (aunque trate el jurista español de evadir ese término); quedando sólo precisar, en el caso concreto, si ese deber es genérico (el de todo ciudadano) o uno especial.

Por otro lado, los críticos a la teoría del deber jurídico postulan que la misma podría devenir en modelos autoritarios; sin embargo, se ha demostrado como la imposición de deberes a la persona es un principio constitucional, esto es, cuando este deber se configura dentro de los contornos de la Constitución: ***principio de constitucionalidad***; caso contrario, estaríamos hablando de *autoritarismo*, modelo totalmente rechazado por nuestra concepción, que por el contrario, pretende condicionar el modelo de sociedad al desarrollo del individuo (con respeto a las esferas de desarrollo ajenas).

Asimismo, los críticos de esta teoría del deber jurídico pretenden reemplazarla con criterios como el *dominio*; para ello, fundamentan esta *dominabilidad,* a través de las funciones que realiza el sujeto: *la esencia del dominio del riesgo típico no reside en la formalidad del status, sino que es material, y se basa en la función que realiza el sujeto. Lo que al sujeto le confiere dominio, capacidad de disposición sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, no es el status, sino el ejercicio de la función en que se encuentra implicado el bien jurídico.*[306] *.*

Sin embargo, si nos preguntamos, cuál es el ámbito de ejercicio de tales funciones, la respuesta dependerá en determinar lo que el sujeto ***debe*** realizar; Ej.; Si al funcionario público "Juan" se le pregunta cuál es su función, éste va a afirmar que su función es X, por lo que, sólo ***debe*** realizar X, y no Y o Z. El ejercicio de funciones implica la asunción de ***deberes y facultades***; otra cosa es etiquetar la manera como ejercerá esos deberes y facultades, esto es, ***dominando*** sus movimientos (Schunemann), ejerciendo su ***capacidad personal*** (Gracia), etc. En suma, la búsqueda del contenido de las funciones, conllevará a delimitar los roles del sujeto.

No obstante, un verdadero riesgo de la teoría del deber jurídico es que puede caer en el excesivo formalismo, desconectado totalmente de la realidad y del sentido común (como ocurrió en aquellos casos de relación paterno – filial – el padre con el concebido, y el padre con el hijo ilegítimo – que inconsecuentemente Jakobs negaba toda posibilidad de deberes o roles).

Frente a ello, el operador jurídico, si bien no puede desvincularse del material normativo, tampoco lo puede hacer del material fáctico; en ese sentido, lo empírico revelará cómo aquella persona ha ejercido su rol, esto es,

[306] Cfr. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. Ob. Cit. Pág. 870.

si lo ha observado o bien lo ha defraudado. Por tanto, ***el contenido del rol es normativo, pero su concreta realización se establece empíricamente.***

Demostrada, la legitimidad de hacer partir el análisis jurídico – penal en la identidad normativa de la sociedad (la cual está en función al individuo), así como, de los roles de las personas, se concluye que, el operador jurídico, cuando realice el análisis de la presencia o no de una omisión, deberá considerar ***cuáles son aquellos roles que al ser incumplidos generaron la defraudación de aquellas expectativas propia de la identidad normativa de la sociedad***. Y lo señalado no es sólo privativo de la omisión, sino que, también en la comisión, el operador jurídico se ciñe al respectivo tipo penal, el cual, le informa de aquellas expectativas defraudadas, así como, del mundo fáctico, el cual, le precisa cómo los roles (genérico o específico) de la persona han sido inobservados, generando la defraudación de esas expectativas. Por tanto, nuestro quinto presupuesto para la definición de la omisión es:

> ***Dentro de un modelo de Estado social y democrático de derecho, el incumplimiento, por parte de la persona, de sus deberes o roles (material fáctico) a mérito de su capacidad de autodeterminación y autorresponsabilidad (material normativo), que conlleva a la defraudación de aquellas expectativas protegidas por el Derecho penal (bienes jurídicos y fundamento de la antijuridicidad), delimitan el injusto tanto de la omisión como de la acción.***

En ese sentido, si un tipo penal concreto puede establecer que una expectativa normativa puede ser defraudada tanto por acción como por omisión, a través del incumplimiento, por parte del sujeto, de su rol, entonces, la intercambiabilidad de la acción con la omisión puede ser predicada, y al estar sujeta a lo que dice el tipo penal, se es respetuoso con el aspecto ***material*** del principio de legalidad.

Frente a todo lo indicado, se puede realizar la siguiente lectura de los presupuestos señalados anteriormente, esta vez, enlazándolos con la naturaleza de la omisión:

i. La definición de la omisión no puede elaborarse en un ámbito previo al tipo penal, esto es, en el mundo del ser, dado que, en este último sólo hay acciones; y esto no afectará la premisa que todo delito parte de un comportamiento humano, porque, para afirmar que *algo* se omitió es que (ontológicamente) la persona realizó una conducta expresada en una actividad positiva (acción).

ii. Al afirmar que la definición y contenido de la omisión se hallan en el ámbito del tipo penal, permitirá ser respetuoso con el aspecto *formal* del principio de legalidad.

iii. La omisión debe generar la defraudación de una expectativa normativa, dado que, su sentido se halla en el tipo penal, el cual, regula la defraudación de una determinada expectativa propia de la identidad normativa de la sociedad, orientada a la realización de la persona como ser libre y sujeto de derechos.

iv. Para la defraudación de una expectativa normativa, el sujeto debió de inobservar el rol (genérico o específico) impuesto en el marco del principio de constitucionalidad; rol que si bien tiene un sustrato normativo (las capacidades de autodeterminación y autorresponsabilidad de la persona), tiene una verificación empírica, es decir, averiguar si *realmente* el sujeto cumplió o no con su deber.

v. Si la omisión implica la defraudación de una expectativa normativa, denotando que la persona incumplió su rol (genérico o específico), a mérito de sus capacidades de autodeterminación y autorresponsabilidad. Y si lo mismo ocurre en la comisión. Entonces, se concluye que entre la omisión y la comisión puede darse una identidad normativa (intercambiabilidad, si el tipo penal lo permite), respetuosa del aspecto *material* del principio de legalidad.

Todo ello permite entender a la omisión como ***la abstención típica de una prestación positiva encaminada, o bien, al cumplimiento de su deber negativo (la revocación de los efectos dañosos que su ámbito de organización ha originado a esferas de organización ajenas), o bien de su deber positivo (la prestación a un círculo de organización ajeno su apoyo); conllevando a la defraudación de expectativas normativas (bienes jurídicos) recogidas en un determinado tipo penal, al cual se le adscribe normativamente al sujeto, debido a sus capacidades de autodeterminación y autorresponsabilidad que permitan afirmar ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se relaciona con el resultado (nivel de imputación objetiva).***[307]

Por ***abstención típica de una prestación positiva,*** se entiende que, el sujeto ha realizado cualquier actividad positiva (acción), más no, la que (desde la perspectiva del tipo penal) debió de realizar.

Por ***(in)cumplimiento de su deber negativo: la revocación de los efectos dañosos que su ámbito de organización ha originado a esferas de organización ajenas,*** se entiende al primer título de imputación que la abstención de una prestación puede generar: *la competencia por organización*, en el sentido que, el no cumplimiento de una determinada prestación positiva conlleva a la inobservancia del deber de evitar configuraciones de su esfera de organización que perjudiquen a otras personas. Y como se ha indicado *ut supra* este deber lo detenta cualquier persona en calidad de sujeto libre, puesto que, la manera como organiza su libertad puede conllevar la afectación,

[307] **Similar definición, la encontramos en Huerta Tocildo, para quien, la omisión es la no realización de una determinada acción posible que viene exigida por el ordenamiento jurídico (Huerta Tocildo, Susana. Ob. Cit., Pág. 308).**

ilícita, de la esfera de organización de libertad de otra persona, debiendo asumir los excesos de su propia organización.

Por ***(in)cumplimiento de su deber positivo: la prestación a un círculo de organización ajeno su apoyo,*** se entiende al segundo título de imputación que la abstención de una prestación puede generar: *la competencia institucional*, en el sentido que, el no cumplimiento de una determinada prestación positiva conlleva a la inobservancia del deber de contribuir a la configuración de una situación socialmente deseable: la mejora de la situación del bien jurídico. Y como se ha indicado, también, *ut supra*, este deber, *constitucionalmente* (esto es, observando el contenido de la Constitución), sólo se le puede atribuir a determinadas personas que generan relaciones estables con otras personas, derivados de las instituciones sociales que vinculan de una manera concreta una esfera de organización con otras.

Por ***defraudación de las expectativas normativas recogidas en un determinado tipo penal,*** se entiende al resultado que origina la abstención de una determinada prestación positiva, esto es, la afectación de una condición esencial para el desarrollo de la persona en sociedad; y por su carácter de "*esencial*", el Derecho penal (observando los principios de legalidad,[308] fragmentariedad, subsidiariedad, merecimiento y necesidad de pena[309]) ha decidido proteger, elaborándose el correspondiente tipo penal.

---

[308] Cuando Feuerbach originó los fundamentos de la célebre fórmula enunciada en latín *"nullum crimen, nulla poena sine lege"*, asentó las bases del principio de legalidad, el cual, ha derivado analíticamente diversas garantías, las cuales son:

- Garantías sustantivas.- Consiste en que no hay tipo penal, pena y medida de seguridad sin ley escrita, estricta, cierta y previa; al respecto Ferrajioli comenta lo siguiente: *"Dos logros fundamentales de la teoría clásica del derecho penal y de la civilización jurídica liberal se traban con esta concepción. El primero es la garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de libertad, asegurada por el hecho que al ser punible sólo lo que está prohibido por la ley... El segundo es la igualdad jurídica de los ciudadanos ante la ley: las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa, pueden realmente ser descritos por las normas como "tipos objetivos" de desviación y, en cuanto tales, ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos penales..."* (FERRAJIOLI, Luigi. "DERECHO Y RAZÓN: TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL", Editorial Trotta, Valladolid – España, 1995, Pág. 36), Esta garantía implica tanto al legislador (como dador de las normas) como a los jueces (como aplicadores de las leyes) una visión de las normas legales dentro de un Estado de Derecho, es decir, que éstas no sólo sean vigentes, sino también, validas.

- Garantías procesales.- Consiste en que nadie puede ser castigado sino en virtud de un proceso legal, y que la norma penal sólo puede ser aplicado por los órganos y los jueces instituidos por la ley para esa función ("*nemo damnetur nisi per legale iudicium; nemo iudex sine lege*").

- Garantías de ejecución penal.- Consiste que no hay pena ni medida de seguridad sin adecuado tratamiento penitenciario y asistencial; sin tratamiento humanitario; sin resocialización ("*nulla poena nulla mensura sine regimene legale, sine humanitae, sine resocializatione*").

[309] Este principio es uno de los temas en debate en la doctrina alemana española e italiana, centrándose la discusión en su alcance, significado material y ubicación. Sin embargo, a fin de no entrar en el debate, el cual desbordaría la finalidad de este punto, parto de dos concepciones de este principio; por un lado, la de Luzón Peña: *"A mi entender, el merecimiento y la necesidad de pena son principios materiales que operan tanto en la fundamentación como en la limitación y la exclusión de todos los elementos del delito, pero también en la de otros requisitos de la pena no referidos al hecho. No deben entenderse, sin embargo, como categorías sistemáticas autónomas."*. (Cfr. LUZÓN PEÑA, Diego. "LA RELACIÓN DEL MERECIMIENTO DE PENA Y DE LA NECESIDAD DEL DELITO". En: *Libro homenaje a Claus Roxin*, Madrid – España, 1995, Pág. 25).

Por, ***adscripción normativa del sujeto al tipo penal,*** se entiende el empleo de la imputación objetiva, sobre la base de criterios normativos – valorativos, como son: las capacidades de autodeterminación y autorresponsabilidad, así como, la idea del riesgo jurídicamente desaprobado, originado por el sujeto y que puede ser relacionado con el resultado. Estos criterios complementan a la noción de rol o deber, puesto que, completan la aseveración de que el sujeto es responsable de sus actos. Por esta razón, ***el juicio de imputación objetiva ocupa un rol esencial en el análisis de la omisión, puesto que ante el análisis de una figura normativa (como la omisión) se requiere de criterios normativos brindados, en este caso, por la imputación objetiva.***

Se aprecia, que la omisión es el resultado de un juicio (interpretación) negativo de algo realizado. Este juicio tiene como referencia los roles de las personas, dado que, la sola posibilidad de hacer algo, como propiedad del concepto omisión no es suficiente. Asimismo, la referencia del tipo penal como el lugar para analizar si la misma puede ser configurada tanto por acción, como por omisión, origina el respeto al principio de legalidad, así como, a las garantías propias de un Estado social y democrático de derecho, modelo por el cual, nuestra concepción puede desarrollarse.

Por otro lado, se puede vislumbrar que en un modelo de imputación de responsabilidad con base en roles, permite centrar el análisis no en la dicotomía acción / omisión, sino en hallar los fundamentos de cómo, en función a lo descrito en el tipo penal, se le puede imputar a una persona que la defraudación de una expectativa normativa se debe al incumplimiento de su rol o deber (negativo o positivo).

Lo indicado se puede apreciar en la dicotomía delitos comunes / delitos especiales, delitos de dominio / delitos de infracción de un deber. La primera dicotomía, partía en la descripción formal del sujeto activo. Así, si la fórmula descriptiva del autor era: *el que*, se entendía que cualquier persona podía realizar ese delito; en cambio, si se especificaba al sujeto activo, se entendía que el delito era especial. Ante ese panorama, la omisión (impropia) se le consideraba un delito especial, dado que, el sujeto activo es un sujeto especial (el garante); sin embargo, colisionaba con la cuestión de cómo corresponder la omisión impropia, como delito especial, en delitos de comisión, que, usualmente, son delitos comunes.[310]

Sin embargo, partiendo en la distinción de los roles o deberes (negativos o positivos) la taxonomía de los delitos no girará entorno a la descripción formal del sujeto activo, sino a un fundamento material (el de imputación sobre la base de roles); en donde, si el rol infringido es el genérico, es decir, el deber negativo (no dañar esferas ajenas), los delitos que se configuran sólo serán de competencia por organización (o de dominio), porque sólo se requiere que el sujeto haya organizado (dominado) la configuración de

[310] Si Juan (médico), dolosamente, no suministra la insulina a Pedro, falleciendo éste, será unánime considerar que se ha configurado el tipo de homicidio doloso, vía omisión impropia. Sin embargo, si este tipo penal es de naturaleza común (cualquiera puede ser sujeto activo de homicidio simple) ¿como encuadrar en la misma una figura que se considera especial?

la esfera de su libertad, respondiendo por los excesos (daños) que haya originado. En cambio, si el rol infringido es uno especial, es decir, el deber positivo (específico) de configurar una mejora en la situación del bien jurídico, entonces los delitos a configurarse serán de competencia por institución (o de infracción de un deber), dado que, se requiere de una posición especial para el sujeto activo con relación al bien jurídico, esto es, que las funciones que exclusivamente desarrollan son las que permiten la mejora de ese bien jurídico, y si no cumple con esas funciones, infringe los deberes especiales que le han atribuido.

Ahora bien, no siempre se podrá afirmar que, cuando el legislador describió genéricamente al sujeto activo, se está fundamentando en la defraudación de expectativas normativas a través del incumplimiento del rol genérico de ciudadano (deberes negativos); dado que, en la fórmula genérica de *el que*, se esté camuflando un delito de infracción de un deber, porque para afectar el bien jurídico, se necesita que el sujeto activo esté en una posición especial frente al mismo.[311] A la inversa, no siempre un delito especial (cuando el legislador describe a un específico sujeto activo) implica un delito de infracción de un deber. Por tanto, no está en la forma de descripción formal del sujeto activo, sino en la clase de roles y deberes que deben ser infringidos para defraudar una expectativa normativa, propia de la identidad normativa de la sociedad.

Y, respetando esto, se podrá solucionar la problemática de cómo un delito especial (omisión impropia, por la posición de garante) puede corresponder con un delito común (cuando el sujeto activo descrito es cualquier persona). Y se soluciona, porque la omisión (impropia) ya no estará atada a un elemento exclusivo, excluyente y especial, como es la posición de garante, sino que, al igual que en la acción, dependerá del tipo de rol infringido; es decir, si es el rol genérico el inobservado, ya sea por acción o bien por omisión, entonces el delito configurado será de dominio o de competencia por organización. En cambio, si es un rol específico el inobservado, ya sea por acción u omisión, entonces el delito realizado es uno de infracción de un deber o de competencia por institución.

Además, en este modelo, se aprecia, nuestra cercanía a la posición de JAKOBS, así como, de SÁNCHEZ – VERA; en efecto, somos de recibo que es ***inexacto afirmar que, en el caso de la omisión impropia, se requiere que el delito sea redactado en forma activa; sino cuáles son los roles y expectativas recogidas en el tipo penal pueden ser afectados tanto por acción como por omisión***; sin embargo, no aceptamos una funcionalización de la persona, (como es lo que propone la concepción de Jakobs), esto es, que no es la sociedad quien configura a la persona, sino es la persona quien informa a la sociedad de cuáles son las condiciones esenciales que haran posible su libre desarrollo personal.

---

[311] Un claro ejemplo lo encontramos en el delito de apropiación ilícita, puesto que, quien sólo tenga la obligación de entregar el bien mueble, es quien puede ser sujeto activo. Sin mencionar los calificativos especiales que el legislador peruano ha dotado en el agravante de este delito, esto es, que el sujeto activo sea tutor, albacea, etc.

Asimismo, compartimos la observación de SILVA SÁNCHEZ que entre omisión (impropia) y comisión no se hable de CORRESPONDENCIA (o equivalencia) sino de plena IDENTIDAD. En efecto, si la actuación de una prestación o su abstención son formas por las cuales el sujeto puede incumplir sus deberes (negativo y/o positivo) afectando expectativas propias de la identidad normativa de la sociedad, ello conduce a que ***entre la acción y la omisión que realizan el mismo delito, no puede haber correspondencia, sino, únicamente y según la literalidad de los preceptos de la Parte especial, plena identidad.***

Frente a ello, aún queda resolver algunas cuestiones tales como: a) cuál es el papel de figuras como la relación de causalidad, la posición de garante y la cláusula de correspondencia del art. 13º del Código Penal en este modelo de imputación de responsabilidad con base en roles; y, b) cuáles son las reglas y/o principios a emplear en el análisis de este modelo de imputación. Estas cuestiones serán abordadas a continuación, y constituyen los últimos puntos de la construcción teórica que se está elaborando.

2.2.2 LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD COMO CATEGORÍA ONTOLÓGICA NO TIENE EFICACIA EN LA RELACIÓN NORMATIVA – VALORATIVA QUE GENERA LA OMISIÓN

En la filosofía antigua, el concepto de omisión era entendido en relación a la existencia o inexistencia de la *nada*. Así, Parménides señalaba que del no - ser no puede hablarse siquiera en virtud del principio de que sólo el ser *es*; *la nada no es, no es posible que exista lo que no existe; los cuales creen que ser y no ser son lo mismo y no son lo mismo*. Por su parte, en Roma, Cicerón (De fato, X) expresa: *"Si esto es así, todo cuanto sucede, sucede por obra de causas antecedentes: si esto es así, todo sucede por obra del destino. Resulta entonces que por obra del destino sucede cuanto sucede*".

En otro contexto, en la filosofía griega, encontramos a Platón, que en su *Timeo*, sostenía que *"Todo lo que nace, nace necesariamente por la acción de una causa, pues es imposible que algo pueda nacer sin causa";* admitió, sin embargo, el "ser del no-ser" y definió la *nada* como alteridad, es la alteridad del ser, esto es, la negación de *un ser determinado*, el ser *otro*".

En el Derecho canónico, también el tema de la omisión fue abordado, pero desde la perspectiva de la causa de una omisión pecaminosa. Santo Tomás en la Suma Teológica (1.2.q.7, art.1, ad 1) disertaba extensamente al respecto, y a la pregunta referida a la naturaleza del *pecado* de comisión respondía que era una malicia positiva que *ex consequenti* induce la privación de la rectitud, mientras que, en el de omisión, su esencia consiste en una privación voluntaria, o pretermisión del acto mandado; de manera que el acto sólo puede constituir su esencia como causa o como ocasión de omitirlo, lo cual es necesario para que la omisión sea voluntaria pues, si no lo fuera, la omisión sería pecaminosa, como no es aquel que omite lo mandado por un olvido invencible.

En la dogmática penal, al analizarse los delitos de comisión de un

resultado, la doctrina consideró la necesidad de la constatación de una relación entre acción y resultado, como presupuesto previo a la atribución de la conducta a su autor. En ese sentido, la constatación de la relación de causalidad debía consistir en la aplicación (a la aparición de un resultado) de principios explicativos lógicos que excluyen, antes de realizar una valoración jurídico-normativa, aquellos supuestos que no son en ningún caso consecuencia de un actuar humano. En sentido positivo, consiste en la explicación -lógica- de cuándo un resultado fue consecuencia de una acción.[312]

Esta situación, la doctrina pretendió trasladar al ámbito de la omisión. En efecto, la doctrina dominante exige, no obstante, como requisito imprescindible de la responsabilidad por un resultado en la comisión por omisión -tanto en la dolosa como en la imprudente- una cuasicausalidad: ésta concurre cuando consta que la acción omitida por el garante, con una probabilidad rayana en la seguridad, hubiera evitado el resultado.

Esta fórmula de la cuasicausalidad es una adaptación a la comisión por omisión de la funesta fórmula de la conditio sine qua non con la que un sector doctrinal trata de determinar la causalidad en el delito de acción; y así como en éste lo que se trataría de establecer sería si suprimiendo el comportamiento el resultado desaparecería o no, en aquélla lo que habría que constatar sería si añadiendo la acción (omitida) el resultado desaparecería o no.

Sin embargo, la cuestión estriba sobre si es necesario o no una relación de causalidad en un modelo de imputación de responsabilidad con base en la omisión.

2.2.2.1 TESIS DE GIMBERNAT ORDEIG

Para Gimbernat, la teoría jurídica del delito tiene elementos normativos y elementos ontológicos. La causalidad, para Gimbernat, es un concepto ontológico: *saber si un resultado es reconducible a un comportamiento no tiene nada de valorativo, no se puede normativizar el dato de si hay una relación físico-natural entre un comportamiento y un resultado*.

Asimismo, para él, el comportamiento, en gran medida, también es ontológico, pero no del todo: *se trata de conceptos pre-jurídicos, lo que no siempre equivale a ontológico*. Por lo que se refiere a la acción, Gimbernat considera que, si alguien lesiona un bien jurídico durante el sueño o sufriendo una *vis absoluta*, diremos que no se le puede atribuir, pero ontológicamente lo que hay es un movimiento corporal con un resultado.

En el lenguaje prejurídico, continúa Gimbernat, para que haya un centro de imputación, tienen que estar excluidos los movimientos reflejos, la fuerza irresistible o los estados de sonambulismo. Pero una vez que sabemos, afirma

[312] **Sin embargo, también se consideró que no siempre la producción del resultado tiene carácter necesario, pues se pueden enunciar supuestos donde la explicación de la relación entre acción y resultado no es de naturaleza causal -al margen de los delitos de omisión impropia-. Son los supuestos de la denominada causalidad psíquica o aquéllos otros donde la explicación de la producción del resultado se puede fundamentar en una explicación estadística.**

Gimbernat, ya prejurídicamente que ése es el centro de imputación, ya hay un cierto elemento normativo para poder distinguir el mero movimiento corporal del movimiento corporal que se puede atribuir. Ahora bien, este mínimo elemento normativo es prejurídico.

Por otro lado, sobre la cuasi – causalidad en la omisión,[313] Gimbernat realiza dos objeciones:

Primera objeción. Si la probabilidad rayana en la certeza es insuficiente para imputar un resultado en un comportamiento positivo (porque supondría convertir al delito de resultado en un delito de peligro) y, por ello, no es posible imputar la muerte en el supuesto de hecho de la sentencia del TS de 9 de mayo de 1964 (aborto con resultado de muerte), ni en el "caso Vinader", ni tampoco en el ejemplo de que el fallecimiento con un 99 % de probabilidades se debió al veneno y únicamente con una posibilidad del 1 % al apuñalamiento, a pesar de que en todos estos casos tanto la persona que practicó el aborto, como Vinader, como el envenenador causaron la muerte con una probabilidad rayana en la seguridad, entonces -y si se quiere mantener la equivalencia entre acción y omisión-, tampoco a ésta se le puede imputar el resultado si "sólo" existe una probabilidad rayana en la certeza de que la acción omitida hubiera evitado el resultado.

Segunda objeción. Pero es que, además, cuando llega el momento de aplicar a los casos concretos de comisión por omisión la fórmula de la conditio sine qua non ni siquiera se respeta lo que se ha establecido a nivel de principio: por el contrario, se prescinde de la exigencia de la probabilidad rayana en la certeza -porque ésta muchas veces no puede encontrarse en la vida real- y se califican de delitos consumados de comisión por omisión supuestos en los que sólo existe una (más o menos) elevada probabilidad (pero no rayana en la certeza) de que la acción omitida hubiera evitado el resultado. Y así, ello es lo que sucede en dos "ejemplos de manual" de comisión por omisión, de acuerdo con los cuales respondería por la muerte de la esposa fallecida, como parricida, el marido que no la ha auxiliado cuando cayó enferma o el que no impidió que un tercero la matara.

Si la esposa, continúa Gimbernat, sufre una peritonitis o un infarto y el marido no la ayuda, que la acción omitida hubiera evitado el resultado dista mucho de ser una probabilidad rayana en la certeza; pues como se trata de enfermedades con índices de supervivencia que, según la gravedad de la afección, pueden ser del 50 % e incluso inferior, por ello es imposible determinar en el caso concreto si la mujer enferma pertenecía o no al grupo de personas que, a pesar de ser atendidas médicamente, no obstante no habrían podido superar la enfermedad, es decir: de la acción omitida sólo se puede predicar la probabilidad (pero ni de lejos una probabilidad rayana en la certeza) de que hubiera evitado el resultado. Esta probabilidad rayana en la certeza de evitación del resultado ni siquiera se puede afirmar en enfermedades con índices de supervivencia mucho mayores o que incluso lo tienen del cien por cien si se presta a tiempo atención médica; pues como el proceso causal que habría desencadenado la acción omitida de solicitar auxilio nunca se puso en marcha, el marco dentro del cual nos tenemos que desenvolver es el de las

[313] **Sobre la tesis de Gimbernat, véase: "CAUSALIDAD, OMISIÓN…", Ob. Cit., Págs. 193 y sgts.**

(más o menos probables) hipótesis, pero tampoco el de la probabilidad rayana en la seguridad de que la acción del cónyuge de recabar atención médica hubiera evitado el fallecimiento: como el marido no recabó esa atención -es decir, como tenemos que operar con lo que nunca ha sucedido- es imposible averiguar si, en el supuesto de que el cónyuge hubiera realizado la acción (que no realizó) omitida, la ambulancia hubiera llegado a tiempo, si, llegando a tiempo, no obstante la ambulancia (que nunca fue avisada) habría conducido a la enferma al hospital o -a consecuencia, por ejemplo, de una avería, de que se habría quedado sin gasolina o de un eventual accidente de circulación- no lo habría conseguido, si, aun suponiendo que la ambulancia llegara a tiempo para recoger a la enferma y hubiera podido trasladarla al hospital, a pesar de ello todo habría sido inútil por la impericia de un médico (que jamás llegó a intervenir) ..., y así podríamos seguir enumerando las eventualidades que podrían haber sucedido en un curso causal hipotético; pero no es necesario, porque la consecuencia de todo ello se ha extraído ya por sí misma: por definición y por tener que trabajar sobre un proceso causal hipotético e independientemente de la mayor o menor gravedad de la dolencia, ni siquiera en enfermedades con índices altos o incluso seguros de supervivencia, si se llega a prestar una atención médica correcta, podremos saber -con la probabilidad rayana en la seguridad que, a nivel de principio, exige la doctrina dominante- si la acción omitida hubiera evitado o no el resultado.

Y lo mismo rige, prosigue Gimbernat, para el otro "ejemplo de manual" que hemos elegido: el marido, si hubiera realizado la acción omitida, sólo habría podido intentar reducir a quien iba a matar a su mujer, pero que lo hubiera conseguido o no es algo que depende de la fuerza y de la destreza del marido, de la capacidad de resistencia del homicida, de la actitud de la propia mujer y de muchos otros factores cuya eventual incidencia -porque no tuvieron ocasión de manifestarse en la realidad- jamás podremos averiguar con una probabilidad rayana en la certeza.

Continúa Gimbernat, en afirmar que los resultados a los que se llega comparando los requisitos de la causalidad en el delito de acción con los que se exigen para el de comisión por omisión son los siguientes: en primer lugar, que como el tipo objetivo del delito de acción exige la seguridad de que el comportamiento activo haya causado el resultado, por ello no puede serle equivalente una omisión de la que lo más que puede decirse es que habría evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad; y, en segundo lugar, que la doctrina dominante ni siquiera se toma en serio el criterio de la probabilidad rayana en la seguridad, sino que subsume en los delitos de resultado (en comisión por omisión) supuestos en los que esa probabilidad dista mucho de rayar en esa seguridad.

Frente a ello, Gimbernat es de la opinión que la relación de causalidad, como cualquier otra característica típica, tiene que estar acreditada con toda seguridad para que el comportamiento pueda ser subsumido en el correspondiente tipo de lesión. No basta, por consiguiente, con que conste únicamente una (más o menos elevada) probabilidad de causalidad.

En consecuencia, afirma Gimbernat, y aplicando a la comisión por

omisión las reglas que rigen para el delito de acción, la probabilidad rayana en la seguridad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, no puede servir de base para imputar éste al omitente: el marido que no solicita atención médica para la mujer que está sufriendo una peritonitis, no puede ser hecho responsable de ese resultado, ya que con su inactividad "sólo" ha elevado el riesgo de muerte, pero no se puede decir que ésta sea reconducible a aquella omisión, en cuanto que hay muchas personas que, una vez declarada la enfermedad, fallecen no obstante por muy rápido y acertado que sea el tratamiento médico al que se las somete. Y lo mismo rige incluso para enfermedades menos (o mucho menos) graves en las que la actitud pasiva del cónyuge mantiene la situación de ausencia de tratamiento médico, porque teniendo en cuenta que el proceso causal hipotético que hubiera puesto en marcha la acción omitida no llegó a desencadenarse, por ello nunca podremos descartar con seguridad -sino sólo con un juicio de probabilidad- que no hubieran surgido entonces incidentes imprevistos -no llegada a tiempo de la ambulancia o posterior avería de ésta, tratamiento médico inadecuado, etc.- que hubieran impedido la curación de la enferma leve: también aquí, por consiguiente, nos encontramos con una probabilidad (ciertamente, mucho más elevada) de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, pero no con la seguridad que exige el Derecho penal para que una persona pueda ser hecha responsable de una determinada lesión típica.

La renuncia, prosigue a Gimbernat, a operar con procesos causales hipotéticos en la comisión por omisión, así como en la acción, para poder imputarle el resultado, no hay que preguntarse si, suprimiéndola, el resultado desaparecería, porque esa pregunta muchas veces es imposible de contestar, sino sólo si esa acción efectivamente ha elevado a prohibido un foco de peligro que, a su vez y efectivamente, ha causado el resultado, de la misma manera en la comisión por omisión, y en contra de lo que mantiene la doctrina dominante, tampoco hay que preguntarse si la acción omitida hubiera evitado el resultado, ***sino únicamente si la omisión de aplicar una medida de precaución ha hecho posible que el foco de peligro superara efectivamente el riesgo permitido (ya que se habría mantenido dentro de éste, si se hubiera adoptado aquella medida) y si, a su vez, ese foco de peligro (ya prohibido) ha causado efectivamente el resultado.***

El control de ese peligro puede ser, por una parte, en origen, cuando se establece para conseguir que el foco de peligro sea puesto en funcionamiento dentro de los límites del riesgo permitido. Y puede ser, también, posterior, cuando se encomienda a determinadas personas la aplicación de medidas de precaución para evitar que, a consecuencia, por ejemplo, del deterioro natural de las cosas o de un comportamiento fortuito, imprudente o incluso doloso de un tercero, el foco, después de haber sido puesto en funcionamiento, rebase el nivel de peligro jurídicamente tolerado; asimismo, estos controles posterior, a su vez, se subdividen en: permanentes, periódicos o facultativos.

Los controles posteriores serán permanentes, cuando el foco encierra un alto e ininterrumpido peligro de exceder del riesgo permitido. Otras veces el foco no presenta una amenaza continuada de convertirse en prohibido, por lo que son suficientes revisiones periódicas (más o menos espaciadas en el

tiempo, en función de la mayor o menor tendencia del foco a desequilibrarse) para comprobar que se mantiene establemente dentro del riesgo permitido. Finalmente, los controles facultativos suelen tener por objeto focos de peligro que se encuentran bajo la dependencia directa de particulares, quienes son, por consiguiente, los primeros responsables de que aquél no sobrepase, por acción o por omisión, el riesgo permitido.

Frente a lo señalado, la tesis de Gimbernat implica, por un lado, una reducción de la posición de garante fundamentadora de una comisión por omisión a los supuestos de vigilancia de una fuente de peligro, y por el otro lado, que la imputación del resultado al omitente no se haga depender ya del recurso a procesos causales hipotéticos, por definición y porque no han sucedido en la realidad, imposibles de determinar: ***la pregunta a formular no es ya si la acción omitida hubiera (con mayor o menor probabilidad) evitado el resultado, sino si consta que una inactividad -al no haberse aplicado una medida de precaución preceptiva- ha transformado (normativamente) un foco de peligro de permitido en prohibido, y si consta igualmente que ese foco de peligro (ilícito ya) ha causado materialmente el resultado.***

2.2.2.2 TESIS DE FIERRO

Para Fierro,[314] el análisis de la evolución del tema de la causalidad en los planos superiores en donde nació, en la filosofía primero para pasar a partir del positivismo comtiano a la epistemología después, muestra de un modo contundente la vigencia del *corsi e ricorsi* de las ideas y de la ciega creencia en el más absoluto determinismo causal; se llega – a fines del siglo XIX y principios del XX con el advenimiento de la nueva física en la que primaba la mecánica cuántica de PLANCK y el principio de la indeterminación de HEISENBERG, por señalar dos de los nuevos hitos – a un sistema en el cual la causalidad es sustituida por el concepto de "probabilidad" y se la relega al cajón de los trastos viejos, pues se trataría de una "reliquia de tiempos pasados" (RUSSELL), un "fetiche" (PEARSON), "una ficción analógica" (VAHINGER) o un "mito" (TOULMIN) que jamás retornará, y ello explica la afirmación de RUSSELL que en un famoso trabajo publicado en 1912 recomendaba eliminar el vocablo *causa* del léxico filosófico.

Según Fierro, el profesor HEIDELBERG, citando al filósofo científico SUPPES, explica que en el año 1970 parece que poco queda de las convicciones de RUSSELL, pues causa y causalidad son términos imprescindibles en los trabajos de la física más avanzada, y en 1982 BUNGE, refiere a un retorno a la causalidad, afirmando que hace veinte años se creía sepultado para siempre el problema de la causalidad, pero él está tan vivo como lo puede estar cualquier problema filosófico, ya que los filósofos se han reencontrado con dicho tema y ello ocurre no sólo en la física actual, sino también en la biología, la psicología y las ciencias sociales, en las que sus

---

[314] Para consultar esta concepción, véase: FIERRO, Guillermo Julio. "CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN. CASO FORTUITO. IMPUTACIÓN OBJETIVA. TENTATIVA. DELITOS E OMISIÓN, CULPOSOS Y PREINTENCIONALES. CAUSALIDAD CIENTÍFICA. DELITO IMPOSIBLE", Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 2001.

cultores hablan nuevamente sin complejos de factores y encadenamientos causales. Ese retorno no significa hacerlo en los mismos términos en que lo pensaron COMTE o STUART MILL, y ahora se entiende que no existe *el* problema causal, sino un cúmulo de tales problemas.

Por su parte, continúa Fierro, la importancia del tema de la causalidad en el derecho y en el derecho punitivo en especial, ha sufrido vaivenes significativos y en el ámbito específico del derecho penal llegó a tener un auge indiscutido durante casi una centuria, particularmente dentro del campo de la teoría de la acción, que, al igual que la categoría causal, ha experimentado transformaciones de enorme relevancia. Viene al caso la opinión de SOLER, quien destacaba que uno de los males inferidos al pensamiento jurídico reside en la inevitable –aparentemente – tendencia de clasificar las expresiones del pensamiento precediéndolas de rótulos y hasta de motes. Tal actitud se complace, a veces superficialmente, en crear contraposiciones y en colocar las ideas en falsas simetrías que en ocasiones dejan perplejo al lector al que constriñen ante posibilidades antagónicas irreductibles – en la mayor parte no son tales – y ello genera escepticismo acerca de la validez de los conocimientos jurídicos y proyectan la sospecha de arbitrariedad sobre toda construcción dogmática en la que, según este enfoque, sólo hay blancos y negros y la posibilidad de adoptar algún tono del gris está vedada o es fuertemente impugnada.

El problema de la causalidad, según Fierro, suele manejarse en el mundo jurídico, pero siempre se ha pensado que la cuestión de la causalidad – aquella elaborada por la ciencia y la filosofía – no es lo que interesaba al derecho y por ello hace décadas atrás se prefirió sostener la existencia de un concepto de *causalidad jurídica* – afirmación duramente criticada por muchos-; lo cierto es que puede haber sido un error inventar una causalidad particular, una causalidad para andar por la casa del derecho penal, como decía JIMÉNEZ DE ASÚA, que difiera de la elaborada en el campo científico, pero ese error no invalida la idea central que subyace en dicho intento y lo que en definitiva se discute puede ser una cuestión de denominaciones. Desde un concepto semántico estricto, no puede dejarse de reconocer que al derecho no le compete crear una *causalidad* particular; ella es una sola, aquella *necesaria* e *infinita* de la que habla tanto la ciencia como la filosofía, siendo por ello la equivalencia de las condiciones la teoría que mejor se adapta a ese criterio. Pero sus opositores tienen parte de razón, puesto que ese concepto de *causalidad* no siempre es el que interesa al derecho, equivocándose empero al denominar *causalidad jurídica* a lo que debiera ser llamado imputación, o determinación, o motivación o atribución o razón suficiente, según sea el caso.

En síntesis, Para Fierro, que es menester explicar mejor lo siguiente: la imputación no pretende sustituir el principio de causalidad como categoría del conocimiento, sino manejarlo –no ya a la causalidad que pertenece al mundo del ser y resulta inmanejable, sino a esa creación humana que llamamos el *principio de causalidad* – conforme a las propias necesidades jurídicas. Dicha utilización particular para satisfacer los fines del derecho, que sería arbitraria desde una perspectiva intelectual estrictamente causalista, toma los cursos causales en la medida y con el alcance en que ellos sean adecuados a esos

fines y desecha la problemática de la causalidad, inescindible desde un punto de vista científico o filosófico, cuando ella le es ajena.

Es que el derecho, según Fierro, computa esencialmente otros ingredientes que son ajenos a la pura *causalidad*, esto es, la *valoración* en función de los *fines* perseguidos, insita en toda norma jurídica, y la *libertad* que conlleva toda acción humana, objeto de esa valoración, sea ésta positiva (aprobación) o negativa (reproche). Tales componentes están incorporados al concepto de imputación, que tiene un punto final, y no al de causalidad, signado por la necesariedad y la infinitud. Ambas posturas, aquellas que rechazan de plano la existencia de una causalidad jurídica y las que la admiten, tienen desde sus propios puntos de vista su cuota de verdad y la correlativa de error.

Finalmente, en lo que respecta a la omisión, Fierro deslinda el fundamento de la imputación en los delitos de omisión con la causalidad; distinguiendo entre riesgo permtido y desaprobado. En ese sentido, Fierro entiende a la imputación objetiva como una categoría general válida para todos los tipos penales; siendo el núcleo de la misma que: el resultado solamente será imputado objetivamente cuando se realice en él el riesgo jurídicamente no permitido creado por el autor.

Frente a lo indicado, se tiene que, en la enjundiosa obra de Fierro se analiza con rigor la causalidad en materia penal, sin olvidar sus desarrollos en el ámbito civil. Repasa con particular erudición, la evolución histórica de tan apasionante tema, partiendo del pensamiento primitivo hasta la física cuántica, que con sus nuevos conceptos transforma la causalidad en una probabilidad.

En suma, el autor se adhiere a la conceptualización jurídica de la causa. En tal sentido para dilucidar cuando una consecuencia puede ser atribuida a la acción de un sujeto, sin renunciar a las leyes naturales, sostiene que cabe hablar de una relación de imputación en vez de causalidad. Le asigna al procedimiento de la "conditio sine qua non" la función práctica de la verificación de una pista seleccionada en forma previa por la experiencia. Considerando que, sirve más para descartar una supuesta condición del resultado que para afirmarla como tal.

2.2.2.3 TOMA DE POSICIÓN

Desde la perspectiva del naturalismo, el tipo penal fue concebido con base en criterios propios de las ciencias naturales, y por esta razón se elaboró el dogma de la causalidad. Esto originó las siguientes consecuencias:

a. Para la realización del tipo bastaba demostrar que entre la actividad del hombre y el resultado existía un nexo de causalidad que debía ser corroborado empíricamente. La imputación se redujo, entonces, a la determinación de la relación de causalidad, y la teoría que sirvió para la explicación de este elemento fue la equivalencia.

b. Si el dogma causal debe predicarse en todas las clases de delitos, entonces en el tipo de omisión, la misma deberá darse. Sin embargo, naturalísticamente, como acción y omisión no pueden presentar una misma identidad, origina que la omisión (específicamente la impropia) tenga una especial relación de causalidad, que al menos, la haga equivalente (correspondiente) con la comisión.

c. Esa relación de causalidad especial implica una reformulación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, específicamente, la fórmula de la conditio sine qua non, en el sentido que, se establezca, hipotéticamente, que si el sujeto hubiese actuado conforme a la conducta mandada el resultado hubiese desaparecido (al menos con una seguridad rayana a la certeza).

Sin embargo, en la actualidad, estas tres consecuencias de la perspectiva naturalista pueden ser observadas en la siguiente forma:

a. Afirmar que la imputación se reduce a la demostración del nexo causal se está confundiendo dos categorías *per se* independientes, dado que, la causalidad busca averiguar qué papel desempeña en el complejo causal, un acto humano que se inserta entre los antecedentes del resultado; y para ello toma el dato óntico, lo que se presenta en la realidad. En cambio, la imputación es un juicio normativo, que emplea criterios de valoración que brinda el ordenamiento jurídico. Si, ontológicamente puede haber una relación entre el acto con el resultado, no siempre implica que el resultado se le pueda imputar al autor como el producto de su comportamiento.

b. Al analizar, naturalísticamente a la omisión, originó, por un lado cuestiones intrascendentes, tales como: si la omisión, para que sea punible, debe o no preceder a la acción; si puede o no darse un concurso cuando concurre tanto acción y omisión. Y, por otro lado, el ingreso, en el seno de la discusión dogmática, una supuesta inconstitucionalidad de los tipos de omisión impropia, debido a su falta de identidad con la acción.

c. Si para salvar cuestiones como la constitucionalidad de los tipos de omisión impropia se tuvo que elaborar criterios de equivalencia con los tipos de comisión, como son: la causalidad hipotética y la posición de garante, entonces, se debe afirmar que estos tipos penales son inconstitucionales, dado que, estos criterios de equivalencia no han podido cumplir con su función asignada.

d. En lo que respecta a la causalidad hipotética,[315] su función como nexo entre la omisión con el resultado fracasa: a) porque este tipo de causalidad es en sí un tipo de imputación; es decir, si la relación de causalidad implica establecer un nexo óntico, que precisa, *a posteriori*, de una valoración jurídica través de las reglas de la imputación, se

[315] **El tema de la posición de garante será tratada en el siguiente punto (Ver infra 2.2.3.5.)**

tiene que, al incorporar mentalmente la actividad omitida, *se (pre)juzga, se (pre)valora*, que la misma hubiese evitado el resultado: este nexo implica, *per se,* a la imputación; b) porque la fórmula: seguridad rayana a la certeza genera resultados indemostrables: hipotéticamente puede ocurrir todo (hasta la peor enfermedad del mundo puede ser curada), mas ello no implica que hacía sea en la realidad; c) porque si en el tipo de comisión no se trabaja con la fórmula: seguridad rayana a la certeza, entonces qué equivalencia o correspondencia este tipo tendría con la omisión (impropia), el cual, supuestamente, si emplea esta fórmula.

No obstante, el problema práctico de extender el análisis causal a la omisión es que obliga a suponer una causalidad hipotética (¿qué habría sucedido si el demandado hubiera actuado?)[316] y ello causa problemas muy serios de prueba. El concepto de acción supone la causación de efectos y el de omisión su ausencia, pero siempre que hacemos algo evitamos algo (lo que habría ocurrido si no hubiéramos hecho nada) y omitimos algo (lo que habríamos podido hacer pero no hemos hecho).[317]

Filosóficamente, hay muchos trucos para rodear el problema de la causalidad en la omisión. Véase el siguiente: hay causas "propiciativas" (*contributing*), que contribuyen positivamente a la ocurrencia del efecto, y "resistivas" (*counteracting*), que contribuyen a su no ocurrencia: fumar es causa propiciativa de cáncer de pulmón; hacer ejercicio es una causa resistiva. Este carácter no es absoluto, pues puede alterarse en presencia de otras causas: la arena es causa propiciativa de accidentes de carretera, pero en presencia de hielo es causa resistiva.[318]

Sin embargo, si es tan dificultoso mantener una categoría como es la causalidad en el campo de la omisión, porque no decidir prescindir de ella. Y lo dificultoso es que la causalidad es una categoría ontológica,[319] como afirmó correctamente Gimbernat, y la omisión se ubica en el campo normativo. Y en ese orden de ideas, son de recibo determinadas aportaciones de Gimbernat, así como, de Fierro.

En lo que respecta Gimbernat es correcto plantear que la abstención de una prestación positiva puede ***crear o aumentar*** el peligro de afectación a una

---

[316] Así para Andrea Castaldo, si a los fines prácticos, la problemática debe redimensionarse, se puede convenir, señala la jurista italiana, que la ausencia, en el delito omisivo, de una relación causal propiamente dicha no excluye la subsistencia de un vínculo normativo entre la acción omitida y el resultado. Así, para Castaldo, el *modus procedendi* es idéntico, aún tratándose de un juicio hipotético. Cfr. CASTALDO, Andrea R. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DELITO CULPOSO DE RESULTADO", Traducción de Antonio Bonnano, Colección Maestros del Derecho Penal, Nº 16, Editorial B de F, Montevideo – Uruguay, 2004, Pág. 55. Similarmente: ARLUCEA, Esteban. "LECCIONES DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO", Editorial Comares, Granada – España, 1999, Pág. 114.

[317] Cfr. MOSTERÍN, Jesús. "RACIONALIDAD Y ACCIÓN HUMANA", 2da. Edición, Editorial Alianza Universidad, Madrid – España, 1987, Pág. 141.

[318] Cfr. DÍEZ, José Antonio / MOULINES, Carlos Ulises. "FUNDAMENTOS DE FILOSOFÍA DE LA CIENCIA", Editorial Ariel, Barcelona – España, 1988, Pág. 253.

[319] Sobre el carácter ontológico de la causalidad, véase: TORÍO LÓPEZ, Ángel. "RELACIÓN DE CAUSALIDAD: INDICACIONES PARA UNA ACTUALIZACIÓN". En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 02, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2001, Págs. 589 y sgts.

expectativa esencial de la identidad normativa de la sociedad.

En efecto, la abstención de una prestación puede conllevar un exceso en la configuración de su ámbito de organización, y por ende, la infracción del rol genérico de ciudadano: ***no dañar esferas de organización ajena***, generando, además, la presencia (creado o aumento) un peligro o riesgo en el titular de la esfera de organización afectada por el exceso de configuración del infractor.

Por ende, desde una perspectiva naturalística, la omisión no crea nada; pero, desde una perspectiva normativa – valorativa, el operador jurídico puede interpretar que, la abstención típica de una prestación positiva puede generar un riesgo a la identidad normativa de la sociedad.

Por otro lado, lo que no se comparte de la tesis de Gimbernat, es que, al centrar su posición en la transformación de una fuente de peligro lícita a una ilícita, le es indispensable precisar cómo se da esa transformación; y, sobre este punto, Gimbernat considera que la posición de garante de una fuente de peligro para el bien jurídico es el indicador que permitirá establecer si se dio o no esa transformación; es decir, si el garante no controló la fuente de peligro, y ésta se transformó en ilícita, entonces tendrá que asumir las consecuencias que generen los resultados perniciosos.

En ese sentido, la injerencia, la creación de riesgos y la vigilancia de terceros serían las situaciones generadoras del deber de realizar controles (originarios o posteriores), dado que, éstos son los casos, por los cuales, una persona se convierte en garante de fuentes de peligro.

Sin embargo, esa lectura generaría grandes lagunas de impunidad, y, peor aún, no tendría legitimidad fundar la responsabilidad penal en la exclusiva infracción de un deber de vigilancia o control.

En efecto, presenta dificultades dogmáticas el hecho de considerar la infracción del deber de vigilancia un hecho merecedor de responsabilidad penal, especialmente, si el injusto no depende, como tal, del delito cometido por el sujeto.

Por otro lado, se comparte la posición de Fierro de que en el tema de la causalidad, se ha caído en el error que, para temas como la omisión, se ha tenido que crear una ***causalidad particular (¡!)***; cuando la causalidad (como categoría ontológica que es) siempre es una sola: ***aquella necesaria e infinita de la que habla tanto la ciencia como la filosofía***, Y en ese orden de ideas, tesis como la causalidad hipotética es un claro ejemplo del error que cayó un sector de la dogmática jurídico – penal.

Frente a ello, la lectura de Fierro es clarísima; esto es, ***si el Derecho requiere de un instrumento apropiado a sus necesidades, entonces la categoría a elaborarse no debería ser un equivalente funcional de una categoría, como la causalidad, que per se no presenta ninguna.***

En ese orden de ideas, el instrumento idóneo es la imputación, entendida como el juicio normativo – valorativo destinado a atribuir el resultado a la conducta riesgosa realizada por la persona; satisfaciéndose los fines del derecho, al alejarnos de una perspectiva intelectual estrictamente causalista, inaplicable en el tema de la omisión.

En suma, en un modelo de imputación de responsabilidad en base a los roles, ni la relación de causalidad, ni la vigilancia de fuentes de peligro, cumplen un papel adecuado; máxime, si como se ha indicado a lo largo de esta tesis, ***se debe partir en la distinción entre el plano del ser y el plano de las valoraciones; en el primero, sólo se presentan actividades positivas (acciones), puesto que, son imperceptibles para nuestros sentidos las omisiones; y en ese orden de ideas, las omisiones sólo se presentan en el plano de valoraciones (el observador valorando lo realizado por el sujeto, podrá afirmar que, este último omitió algo); y el plano de valoración, lo relevante para el Derecho penal, es la valoración normativa a partir de lo descrito en el tipo penal, en donde, el operador jurídico, delimitado por el sentido del tipo penal, valorará si la infracción de un rol o deber (genérico o específico) conlleva a imputarle objetivamente al infractor los resultados perjudiciales que por su obrar ha generado a la identidad normativa de la sociedad. Por tanto, en el esquema expuesto, la relación de causalidad no detenta papel alguno;*** si el tema en cuestión descansa en el plano ontológico, entonces la relación de causalidad tiene razón de ser (como categoría óntica que es).

2.2.3 LA POSICIÓN DE GARANTE ¿ES EL ELEMENTO COMÚN ENTRE LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN?

Como se indicó en el apartado anterior, desde una perspectiva naturalística, la acción y omisión (impropia) son figuras que no pueden presentar una identidad sino solamente una equivalencia o correspondencia; entonces, para justificar la punibilidad de la omisión (impropia) se requiere que su injusto esté contenido en un tipo comisivo o en uno propio, y que el sujeto activo cuente con una posición especial y excluyente, denominada: *posición de garante*.

Sin embargo, como se indicó anteriormente,[320] la posición de garante, como elemento especial y excluyente del tipo de omisión impropia, no encuentra sentido en un modelo de imputación de responsabilidad en base a roles.

En efecto, en este modelo de imputación, la perspectiva a tomarse en cuenta no es naturalista, sino normativa, en donde, son los títulos de imputación: competencia por organización / competencia por posición institucional lo determinante en la configuración de los tipos penales y los indicadores que permitirán establecer si el comportamiento de la persona se adecua o no a un determinado tipo penal.

---

[320] **Supra 2.1.3.3**

En ese sentido, la omisión es una idea que nace con la norma. Es decir, la acción y la omisión que interesan para elaborar una teoría del delito no son conceptos naturales, la significación de ellas depende de la regulación legal, de la estructura de cada tipo.

Ante este cambio de paradigma, de que la acción y omisión, según la estructura de un concreto tipo penal, pueden ser intercambiables, porque lo primordial es la infracción de un deber; cabe preguntarse, si la misma intercambiabilidad puede darse con la posición de garante; es decir, si la omisión no presenta un deber exclusivo y excluyente, ¿podrá afirmarse que, si tanto la acción como la omisión pueden configurarse sobre la base de deberes, el sujeto activo en ambos casos detentará una posición de garante?

Si la respuesta es afirmativa, entonces la posición de garante encuentra un lugar en un modelo de imputación de responsabilidad con base a roles; si por el contrario, la respuesta es negativa, entonces tendríamos que eliminar del sistema de delito a este deber de garantía.

Esta cuestión es la que se analizará en el presente punto.

2.2.3.1 TESIS DE HERZBERG

Herzberg pretendió construir un concepto de acción tomando como modelo la estructura de la omisión delictiva. Para él, este punto de partida se justifica por el fracaso de las concepciones naturalistas que habían procedido a la inversa. Consiguientemente, se trata de descubrir, también el la acción, la presencia de ***un sujeto <u>especialmente</u> responsable que no evita un resultado delictivo que podría evitar:***[321] esto es la denominada teoría negativa de la acción. El concepto se llama ***negativo*** es porque lo decisivo es lo que el autor ***no hace.***

Para la teoría del concepto negativo ello es perfectamente posible, puesto que, si generalmente se reconoce una posición de garante, que surge del deber de control de una fuente de peligro, es evidente que tal posición será tanto más clara cuanto más cerca esté el sujeto de la fuente de peligro. En este sentido, parece incontestable, afirma Herzberg, que el centro de peligro más próximo al individuo es su propio cuerpo: ***si pudiendo hacerlo, el sujeto no evita que de su cuerpo salgan peligros para terceros se dan los elementos necesarios para hacerlo, en su caso, criminalmente responsable***.[322]

Así, por abstracción, acción es evitable no evitar una ***<u>posición de garante</u>***; y este concepto de acción puede cumplir perfectamente la función de supraconcepto de las modalidades delictivas comitivas y omisivas.[323]

A esta conclusión llegó Herzberg debido que, los atributos de la omisión: (a) contraria al deber de cuidado; y, (b) penalmente desvalorada, invocan

---

[321] **Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "EL DELITO…", Ob. Cit., Pág. 60.**
[322] **Ibidem, Pág. 60.**
[323] **Ibidem, Pág. 60.**

como característica común de todos los delitos el *injusto penalmente típico.*[324]

Como se aprecia, en la concepción de Herzberg, la posición de garante, debería ser un elemento común tanto de la omisión como de la acción, dado que, la estructura de esta última parte de la primera. ***Esta deducción lógico – abstracta***, se originó a partir del problema de la equiparación entre la omisión impropia con los tipos puros de resultados (realizables vía acción); y entendiendo que para la configuración de este tipo penal, es imprescindible, entre otros elementos, que el sujeto se encuentre en una posición de garante, concluyó que este elemento se presenta tanto en la acción como en la omisión

2.2.3.2 TESIS DE JAKOBS

A diferencia de Herzberg (quien realiza un proceso de ***abstracción*** de la ley penal a fin de determinar a la posición de garante como fundamento de la equiparación entre la omisión impropia con la comisión; y, por consecuencia ***lógica***, estimó que la misma era común tanto para el hacer como para el no hacer; le permitió entender la posibilidad de elaborar un supraconcepto que englobe la acción y la omisión), Jakobs parte de su entendimiento de la ***sociedad*** para afirmar ***que tanto en la acción como en la omisión el sujeto activo debe detentar una posición de garante.***

En efecto, Jakobs considera que el *mundo social no está ordenado de manera cognitiva, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de* ***modo normativos****, sobre la base de* ***competencias****, y el significado de cada comportamiento se rige por el contexto... se trata de delimitar el comportamiento socialmente adecuado o inadecuado".*[325]

Para Jakobs, en una sociedad donde los contactos suelen ser anónimos, se torna imprescindible que las expectativas de comportamiento sean fijadas normativamente; se sepa qué rol va a desempeñar cada persona. Para ello, debe pensarse en que cada persona porta un ***rol*** determinado, que significa la expectativa que genera, es decir, lo que los demás esperan de él, porque así se podrá encontrar en ***situación de garantía*** y responderá por la frustración que produzca, lo que en definitiva será el resquebrajamiento de la norma, que es lo mismo que decir ***el delito***.[326]

Se aprecia que, para Jakobs, la persona, en convivencia social, debe actuar cumpliendo roles. Persona es quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del derecho. Estas personas, en el pensamiento de Jakobs, suscriben ciertos estándares de conducta, ocupan posiciones y desde allí obran intersubjetivamente.

---

[324] HERZBERG, Rolf Dietrich. "REFLEXIONES ACERCA DEL CONCEPTO JURIDICO PENAL DE ACCIÓN Y DE LA NEGACIÓN DEL DELITO PRETÍPICA". En: *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Luzón / Mir (Directores), Editorial Mc Graw Hill, Madrid – España, 1999, Pág. 26.

[325] Cfr. JAKOBS, Gunther. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL", Editorial Civitas, Madrid – España, 1996, Págs. 11 y 12.

[326] Cfr, PARMA, Carlos. "EL PENSAMIENTO DE GUNTHER JAKOBS", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza. Argentina, 2001, Pág. 186.

Sin embargo, la persona como portador de un rol, como sujeto adscrito a deberes, para Jakobs, no lo es por naturaleza, sino que surge a través de atribución; asimismo, las expectativas que se le dirigen no son de carácter cognitivo, sino normativo; su contenido, no dice que la persona se organizará de un modo determinado, sino que es competente para ello.[327] Y en ese orden de ideas, para Jakobs, la sociedad, en principio, atribuye a cualquier persona ***deberes negativos***, los cuales son deberes de no atribuirse la organización que compete a otro y de revertir la atribución que ya haya tenido lugar[328]; y por otro lado, la misma sociedad atribuye ***deberes positivos*** a personas con status especial;[329] estos deberes implican que el obligado debe configurar un mundo – parcialmente – común con el tutelado, es decir, evitarle incluso daños que el especialmente obligado no ha causado así como proporcionarle en general ciertos "beneficios".[330]

Ahora bien, si la persona, como *constructo* de la sociedad, es portadora de roles, una base común de estos roles es que la persona tenga la capacidad de ***evitar*** los resultados perniciosos que ámbito de organización puede generar. La evitabilidad se determina con la ayuda de la hipótesis de que el autor, si hubiese tenido el motivo dominante de evitar una determinada acción, lo habría evitado.[331] Para el jurista alemán, las normas jurídicas son siempre el motivo dominante, y lo que resulta en cada persona individual, a raíz del motivo dominante depende de su capacidad individual de dirigir su comportamiento.[332]

En ese orden de ideas, para Jakobs la ***acción*** sería "***la causación de un resultado evitable***"; es decir, la realización individual y evitable del resultado; y la ***omisión*** sería ***la no evitación evitable del resultado***. Sin embargo, se diferencia del concepto de HERZBERG, porque este partió de una abstracción – lógica de los tipos puros de resultado; en cambio, JAKOBS, elabora su concepto de la naturaleza social (en donde lo causal está enfocado desde el contexto social).

Por tanto, si toda persona se le atribuye socialmente roles, así como, presenta la capacidad de evitar resultados, entonces, los roles y la evitabilidad son las notas comunes que se presentan tanto en la comisión, como en la omisión. Por otro lado, si el mundo social se organiza, normativamente, sobre la base de competencias, entonces, toda persona, como miembro de la

---

[327] Cfr. JAKOBS, Gunther. "CONSUMACIÓN MATERIAL EN LOS DELITOS DE LESIÓN CONTRA LA PERSONA. AL MISMO TIEMPO UNA CONTRIBUCIÓN A LA GENERALIZACIÓN DE LA PARTE ESPECIAL". Traducción de Cardenal Montraveta. En: *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Nº 03, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2002, Pág. 227.

[328] Es decir, no son sólo deberes de omitir determinados movimientos corporales (es decir, observar prohibiciones) sino también de deberes de actuación negativos (es decir, deberes de observar omisiones).

[329] Ibidem, Pág. 230.

[330] Cfr. JAKOBS, Gunther. "SOBRE EL CONCEPTO DE DELITO CONTRA LA PERSONA". Traducción de Feijoo Sánchez. En: *Ponencia presentada en el IV Curso Internacional de Derecho penal*, Lima – Perú, 2002, Pág. 14.

[331] Cfr. JAKOBS, Gunther. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 174.

[332] Cfr. JAÉN VALLEJO, Manuel. "EL CONCEPTO DE ACCIÓN EN LA DOGMÁTICA PENAL", Editorial Colex, Madrid – España, 1994, Pág. 75.

sociedad, es ***garante en la forma cómo organiza sus competencias y cumple sus deberes negativos, y si tuviese – además – un status especial, sus deberes positivos.*** Se aprecia, pues, que en el funcionalismo sociológico de Jakobs, toda persona detenta una posición de garante.

2.2.3.3 TESIS DE LESCH

Heiko Lesch, discípulo de Jakobs, considera que en un mundo desmitificado, el Derecho penal sólo puede ser ejercido razonablemente, si se le entiende como un derecho penal funcional. Para él, función es la garantía de las condiciones fundamentales de la vida en común del ser humano, esto es, la estabilización del orden que regula la convivencia del hombre.[333]

Asimismo, desde el marco del funcionalismo, entiende que una persona que goza de un campo libre para poder autoadministrarse, asume con ello siempre, también la propia responsabilidad de las consecuencias de una administración deficiente; existe, afirma Lesch, un sinalagma entre propia administración y propia responsabilidad; entre derecho a gozar de campos de libertad y la obligación de cargar con los costes. Libertad sin responsabilidad no es libertad personal sino pura arbitrariedad.[334]

Continúa Lesch precisando que la persona cuando realiza contactos sociales, lo hace en función a expectativas normativas, a los que, confía, que no sean defraudadas por el comportamiento de otras personas. Sin embargo, esta defraudación no debe ser entendida como un suceso del mundo exterior, sino la afectación a la vigencia de la norma.[335]

Para evitar la defraudación de las expectativas normativas, Lesch considera que la persona debe cumplir con su rol social designado, el cual, determina que su competencia sea organizativa, o bien, institucional.

En el primer caso, se trata del ámbito de la organización del comportamiento en general, del quebrantamiento o ruptura de un rol común. Las expectativas ligadas a tal sol son, según su fundamento, definidas sobre todo negativamente, esto es, de forma que una persona que tiene el derecho a la libre administración de su ámbito organizativo, configure éste de tal manera que no se produzcan determinados efectos no deseados. La facultad, según Lesch, de la persona de configurar el mundo libremente (libertad de organizar) es el fundamento de la competencia sobre esa configuración (responsabilización por las consecuencias).[336]

En el segundo supuesto, para Lesch, se habla de delitos de infracción de deber, en donde el ***garante*** que lesiona su deber asegurado

[333] Cfr. LESCH, Heiko. "INTERVENCIÓN DELICTIVA E IMPUTACIÓN OBJETIVA", Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 1995, Pág. 15.
[334] Ibidem, Pág. 32.
[335] Considera Lesch, que el derecho penal, al igual que lo pretendido con la sanción, no se despliega en el campo de los daños a bienes jurídicos, sino en el de los daños a la vigencia, esto es, en un plan INMATERIAL, DEMOSTRATIVO – SIMBÓLICO (Ibidem, Pág. 41).
[336] Ibidem, Pág. 68.

institucionalmente, realiza un delito autónomo, esto es, ejecuta por sí mismo el tipo. Para Lesch, el garante no responde ni como consecuencia de una configuración defectuosa de su ámbito de organización, ni por la lesión de un bien a él encomendado, sino porque él ha rehusado la producción de un mundo en común, de una relación positiva con el bien; o, formulado de distinta manera, porque ha lesionado su deber institucional.[337]

En ambos casos, para Lesch, lo más importante es que el suceso tenga un significado ***comunicador*** para la obligatoriedad de la norma; es decir, que implique una desautorización de la norma. En efecto, para Lesch, las normas, como estructuras simbólicas generalizadas, no pueden ser afectadas mediante hechos, sino sólo mediante comunicación.[338]

En suma, se aprecia en Lesch la continuidad de las ideas de su maestro: Jakobs, aunque con sus propios matices;[339] asimismo, al erigir los título de imputación en: organización / institución, sobre las base de deberes, se puede inferir que, en su concepción toda persona es garante en el cumplimiento de un determinado deber; finalmente, el cumplimiento (o no) de esos deberes, el mantenimiento (o no) de las expectativas normas, así como, la vigencia (o no) de la norma, deben ser interpretados en un plano simbólico – comunicador, desmaterializándose, por ende, categorías como, por ejemplo, los bienes jurídicos.

2.2.3.4 TOMA DE POSICIÓN

Las concepciones presentadas *ut supra* presentan como nota común, el partir de un determinado método: el normativismo; ya sea, en la idea de que la ley penal permite realizar abstracciones deductivas, capaces de hallar un elemento común tanto en la acción como en la omisión (Herzberg), o bien, en el sentido que, lo relevante para el Derecho penal es la defraudación de expectativas normativas, la cual, implica una desautorización a la vigencia de la norma (Lesch) y un incumplimiento de los deberes (negativos o positivos) o roles sociales (Jakobs).

Desde esta perspectiva, entienden que la posición de garante estaría presente tanto en la comisión, así como, en la omisión, bien porque es el criterio que permite la equivalencia entre el omitir con el actuar que exigen los tipos puros de resultado (Herzberg); o bien, entendiendo al garante como aquella persona portadora de roles o deberes, los cuales, está obligado a cumplir (Jakobs).

Sin embargo, antes de tomar posición respecto a la conclusión señalada en el párrafo anterior, es menester realizar ciertas observaciones a las premisas teóricas tanto de la tesis de Herzberg, como a la de Jakobs y Lesch.

[337] Ibidem, Pág. 69.
[338] Ibidem, Pág. 85.
[339] Como es en el caso de su concepción de la pena, la cual, denomina: *retributiva – funcional*; retributiva, porque se basa en el hecho delictivo realizado; funcional, porque la pena se impone en función al mantenimiento de las condiciones fundamentales de la coexistencia social. (Cfr. LESCH, Heiko. "LA FUNCIÓN DE LA PENA", Editorial Dykinson, Madrid – España, 1999).

En lo que respecta a Herzberg, se tiene que, ha reparado que, en su concepto de acción, la posición de garante, ***no comprende el comportamiento penalmente relevante, es decir, las omisiones propias, no equivalentes a la comisión***; con ello, no sólo se quiebra la significación sistemática de su concepto de acción, sino, como dice Jakobs, en una medida en que el propio Herzberg subestima, pues en el Derecho penal especial las omisiones propias, no equivalentes a comisión, constituyen una forma de regulación sumamente común.[340]

Asimismo, se le observa a Herzberg que, al incluir a la posición de garante como el núcleo de un supraconcepto que englobe tanto a la acción como a la omisión, ***implica la carencia de la neutralidad valorativa*** que, teóricamente, debe caracterizar al concepto de acción como concepto fundamental del sistema. Como precisa Silva Sánchez, un concepto que no se limita a describir, sino que en él la afirmación de que alguien actúa contiene además una adscripción, es decir, un principio de atribución de responsabilidad.[341]

Otra observación a la tesis de Herzberg es que ***no explica como un sujeto asume el deber de evitar un resultado evitable;*** es decir, cuál será el contenido de la posición de garante; si la respuesta es el *no evitar evitable*, entonces se torna circular la concepción de Herzberg, puesto que, este no evitar ha de darse con independencia de la posición de garante.

En efecto, la tesis lógico – abstracta de Herzberg, al partir solamente de los tipos puros de resultado, le impide establecer la base, por la cual, una persona se convierte en un sujeto especial, esto es, en un garante. Su abstracción implica una carencia de referencia empírica.

Por otro lado, en lo que respecta a la tesis tanto de Jakobs como de Lesch, también permiten realizar determinadas observaciones.

En primer lugar, sobre el rol del orden social con relación a los individuos, el funcionalismo sociológico de Jakobs y Lesch, incurre en el error de funcionalizar a la persona en aras de la preservación de un orden social determinado. En efecto, cuando Jakobs afirma que el mundo social se configura en sentido normativo, a través de la delimitación de competencias, implica que es el propio orden social la que establece el sí y el cómo de su configuración, a tal punto que, sería la única quien atribuye al sujeto su calidad de *persona*, así como, los roles que deberá observar.

Con este proceder se abre la posibilidad de excluir determinados sujetos individuales de la sociedad o de sus sistemas parciales, así como, también dejar de lado determinados aspectos del individuo que no "sirven" al sistema social. En ese sentido, si bien la persona sólo puede comprenderse en sociedad, no se encuentra determinada exclusivamente por las reglas de

[340] Cfr. JAKOBS, Gunther. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 177,
[341] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "EL DELITO…", Ob. Cit., Pág. 73.

configuración de la sociedad.[342]

La sociedad no puede disponer del concepto de persona en función de intereses preponderantes o de una determinada constitución social, ya que se trata de un status que se atribuye a todo individuo por el hecho de ser un ser humano.[343]

En segundo lugar, sobre la génesis de los deberes o roles sociales de las personas no genera un adecuado criterio para el juicio de imputación. En efecto, Jakobs considera que los deberes no provienen de un contrato social; al contrario, se inclina a pensar que la obligación se genera cuando a una persona se le impone conforme al entendimiento general un cometido en interés de lo general.[344]

Se aprecia, pues, que lo que Jakobs llama "rol social", es aquel que nace del entendimiento o comprensión del miembros de un orden social; es decir, que lo tengan por cierto, así como, exigible, en aras del bienestar general. Y ello, no por los emprendimientos individuales sino por un esquema de interpretación social.[345]

Sin embargo, se aprecia que este criterio de *rol social* es gaseoso e indeterminado, lo cual, ***no va a permitir generar un principio de imputación de validez general, dado que, al no contarse con criterios normativos, se deja libre el camino para el reinado de la más absoluta arbitrariedad.*** No es suficiente, por tanto, la fórmula del *entendimiento general*, dado que, con qué criterios esta fórmula trabaja para la determinación de la génesis de un deber o rol.

Al respecto, opinamos que se debe partir de criterios ***normativos*** de entendimiento de la sociedad, los cuales, no impliquen el sometimiento de los intereses individuales a un modelo superpuesto a favor del grupo, ***sino en la concepción de la sociedad como un ámbito de realización personal, en los que, los intereses individuales y colectivos se presentan en una relación DIALÉCTICA***. Esto también corresponde con las exigencias de un ***Estado social y democrático de derecho***, puesto que, el Estado tiene la obligación de crear las condiciones adecuadas o necesarias para que los ciudadanos tengan posibilidades de participación en los procesos de relación intersubjetiva; de tal manera que todos y cada uno de los ciudadanos puedan desarrollar todas sus potencialidades humanas, esto es, la autorrealización personal.

Estos criterios normativos, siguiendo a Feijoo, son: los ámbitos de autoorganización y de autorresponsabilidad; elementos normativos que van a permitir realizar una interpretación restrictiva de índole teleológica de los tipos

---

[342] Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., Pág. 26.
[343] Ibidem, Pág. 26.
[344] Cfr. PARMA, Carlos. Ob. Cit., Pág. 190.
[345] Cfr. JAKOBS, Gunther. "SOBRE LA GÉNESIS DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA". En: *Rev. Doxa,* Nº 23, Madrid – España, 2000, Pág. 339.

penales.[346]

Estos criterios normativos permiten continuar afirmando que la persona asume roles o deberes: ***la forma cómo la persona organice su esfera de comportamiento implica la responsabilidad de los excesos que genere tal organización.*** Y su génesis, no está dada por una fórmula gaseosa (como el entendimiento o aceptación general) sino ***por la constitución de la persona como ser libre y orientado a su autorrealización personal***.

En efecto, la persona como ser libre, presenta una doble dimensión: ***a) libertad negativa o autonomía privada; y, b) libertad positiva o autonomía política.***

La primera consiste en el respeto y protección de la esfera de libertad del individuo, por encima de exigencias morales o estatales; es decir, la esfera de libertad del individuo ***no puede ser intervenida sino sólo para garantizar la libertad y posibilidades de participación de otros ciudadanos***;[347] en ese sentido, si la persona si ejerce (consciente o inconscientemente) un derecho amparado por la Constitución, no ha quebrantado ningún deber, ni tendrá que ser responsabilidad jurídicamente de algo; en cambio, si la persona excede el ámbito de organización de su libertad, incumpliendo el deber de no dañar esferas de organización ajena, entonces se le podrá imputar los resultados lesivos que haya generado, asumiendo la correspondiente responsabilidad jurídico – penal. De este tipo de libertad pueden surgir los ***deberes negativos: la persona debe evitar configuraciones de su esfera de organización que perjudiquen a otras personas.***

Por otro lado, la segunda forma de libertad, consagra la exigencia que sean los ciudadanos quienes decidan libremente las normas jurídicas a las cuales van a adecuar su conducta. Esto significa, que todos los ciudadanos en igualdad de condiciones y sin ningún tipo de coacciones particulares o estatales – más las jurídicas provenientes del contrato social – van a decidir, en forma autónoma, las reglas de juego (normas jurídicas) a las cuales se van a sujetar.[348] Sin embargo, esta libertad también puede ser orientada en el sentido que, por su vinculación especial con otra persona, en el marco de una institución social, tenga que orientar su libertad al mantenimiento de una determinada situación. De este tipo de libertad pueden surgir los ***deberes positivos: la persona debe orientar sus prestaciones hacia un objetivo, la mejora del bien jurídico.***

Afirmar que de las esferas de libertad personal pueden surgir deberes para su titular es una situación compatible con el modelo de Estado social y democrático de derecho, el cual, está facultado en establecer roles y deberes

[346] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "RESULTADO LESIVO E IMPRUDENCIA", Editorial Bosch, Barcelona – España, 2001, Págs. 390 y sgts.

[347] Cfr. ALCACER GUIRAO, Rafael. "¿PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS O PROTECCIÓN DE LA VIGENCIA DE LA NORMA?. CONSIDERACIONES SOBRE EL DESTINATARIO DE LA NORMA". En: *Rev. Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales,* Nº 02, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2001, Págs. 58 y sgts.

[348] Cfr. ALCACER GUIRAO, Rafael. Ob. Cit., Págs. 58 – 59.

que permitan mantener las condiciones tendientes a la realización de las personas en sociedad.

Las observaciones realizadas, a su vez, han permitido exponer los lineamentos generales tanto de este punto, así como, del modelo de imputación de responsabilidad en base a roles; estos lineamientos se pueden resumir de la forma siguiente:

a. Un modelo de sociedad orientado a la realización de la persona, implica, por un lado, reconocer que la persona es el núcleo del sistema social, y su autorrealización, la finalidad del mismo; y por el otro lado, reconocer que la realización de la persona denota considerarlo como un ser libre, que organiza sus esferas de dominio entorno a esa libertad.

b. Un modelo de sociedad orientado a la realización de la persona puede desarrollarse en el marco de un modelo de Estado social y democrático de derecho, el cual, implica que el Estado deba de conservar las condiciones tendientes a la realización de las personas.

c. En un Estado social y democrático de derecho, en aras de conservar las condiciones esenciales de la convivencia social, puede delimitar el ejercicio de libertad por parte de la persona a través de la imposición de deberes (negativos y positivos) en función al rol (general o específico) de la persona.

d. La génesis de estos deberes parte de la libertad de la persona, la cual, como ser libre debe de asumir la responsabilidad en la configuración de sus actos.

Frente a ello, la pregunta inicial aún se mantiene: ¿cumple un papel la posición de garante en este modelo de imputación de responsabilidad basado en roles?

De las concepciones normativas de Herzberg, Jakobs y Lesch, se puede inferir, que para hablar de *posición de garantía*, se debe realizar, previamente, el deslinde de que, si este elemento es uno de carácter exclusivo y excluyente del tipo de omisión impropia, y que tiene como función permitir la equivalencia o correspondencia de este tipo con la comisión; o bien, se está hablando en un sentido genérico; es decir, posición de garante es equivalente a sujeto con roles o deberes (genéricos o específicos).

En ese sentido, no compartimos aquellas concepciones que, partiendo de un enfoque naturalista, identifican a la posición de garante como el criterio material tendiente a la equivalencia entre la omisión (impropia) con la comisión; puesto que, si del sentido concreto del tipo penal se puede interpretar que determinada ***abstención*** de prestación positiva defrauda la expectativa normativa contenida en el referido tipo penal, entonces, presenta una concreta identidad con la ***comisión*** de una prestación positiva que, también, defrauda tal expectativa normativa. No se requiere de un indicador

especial que condicione a la omisión (impropia), como la posición de garante; es suficiente partir que en un mundo social orientado a la realización de la persona, los criterios normativos - comunes a ser empleados por los operadores jurídicos son: *personas, roles, programas y valores*, los cuales, permitirán afirmar que, ya sea por acción, o bien, por omisión, se puede configurar (si así lo permite) un concreto tipo penal.

Asimismo, las dos teorías que trataron de sustentar la posición de garante en el tipo de omisión impropia, no lograron la claridad conceptual que pretendieron brindar a esta figura. Así, la teoría formal, apeló al siempre incompleto ordenamiento legal, reduciendo al mínimo los casos de omisión impropia; y lo que es peor, dejando notorios vacíos de punibilidad en situaciones donde materialmente el sujeto debió evitar resultados lesivos. Si bien, esta teoría pretendió anular casi por completo el riesgo de una exorbitancia del contenido de la omisión, se crea por otro lado el peligro de dejar no cubiertas situaciones en donde, *materialmente*, la persona, por el rol que detenta, se le exige deberes de protección.

Igualmente, la teoría funcional, fundada en criterios sociológicos que si bien partía de la relación fáctica entre los sujetos, amplia excesivamente el deber de garante, volviéndolo en muchos casos vaporoso e indeterminable.[349]

En cambio, si se entiende a la persona – garante como aquella persona, titular de roles o deberes, entonces no generaría disfuncionalidad alguna al modelo de imputación de responsabilidad sobre la base de roles. En ese orden de ideas, si en el caso concreto, la persona ha incumplido con su rol genérico de ciudadano (el deber negativo de no afectar esferas ajenas), se puede afirmar el mismo mensaje a través de la siguiente preposición: ***la persona garante en cumplir con su rol genérico de ciudadano ha incumplido en observar tal rol***.

Como se aprecia, ***la posición de garante de una persona sólo cumpliría un papel semántico similar a la siguiente preposición: la persona es titular de roles o deberes***. Ni cumple una función exclusiva y excluyente en el tipo de omisión impropia, como es ejercer la función de permitir la equivalencia material entre este tipo de omisión con la comisión; ni fundamentar un supuesto especial de autoría.[350]

En suma, compartimos con la posición de Jakobs que entiende al sujeto – garante como persona portadora de roles o deberes. Sin embargo, nos alejamos del citado jurista alemán, en puntos muy concretos, como son: a) el

---

[349] Cfr. LOYOLA FLORIÁN, Manuel Federico. "LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA Y EL PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN DE LA LEY PENAL". En: *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, Nº 53, Editorial Normas Legales, Lima – Perú, 2002, Pág. 92.

[350] Como se indicó anteriormente, no compartimos aquella posición de considerar a la omisión impropia como un delito especial (porque el sujeto ætivo sólo sería uno cualificado: quien detenta la posición de garante), sino que, depende del delito que configura; esto es, si el sujeto se excedió en la forma de organización de su esfera de dominio, infringió su rol genérico de ciudadano, base del concreto tipo penal configurado, entonces la omisión corresponderá a un delito de dominio; si por el contrario, si el sujeto incumplió con su deber positivo, base, también, de un determinado tipo penal, entonces esa omisión corresponderá al delito de infracción de un deber.

contenido de la identidad normativa de la sociedad, el cual, debe estar orientado a la realización personal del sujeto;[351] b) la génesis de la obligación jurídica, la misma que debe consistir en el reconocimiento de la persona como *ser libre*;[352] y, c) sobre la naturaleza del rol que servirá de base para el juicio de imputación, en el sentido que, ante un juicio normativo como es la imputación, se requiere analizar a la persona (sujeto de la imputación) a través de roles normativos (que obviamente parten de los roles y deberes que, *por el principio de constitucionalidad*, se les pueden imponer a las personas en sus contactos sociales que realizan como seres libres; pero, roles que deben ser interpretados a través del *código jurídico*).[353]

2.3 EL JUICIO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO HERRAMIENTA NOMOLÓGICA PARA LA ADSCRIPCIÓN DE LA CONDUCTA AL TIPO PENAL

A lo largo de la presente exposición teórica, se puede vislumbrar que, nos aunamos a aquel sector de la doctrina que busca reemplazar la posición de garante como fundamento de la omisión impropia; y por el contrario, postulo la no necesidad de buscar una distinción entre la omisión (impropia) con la acción en sede del tipo de comisión, sino que, a través de la imputación objetiva, lograr dar sentido típico (identidad) a la conducta realizada por una persona.

En efecto, considero que se debe trabajar la conducta típica del sujeto activo a través de principios y reglas normativas – valorativas (Ej.: responsabilidad por el propio comportamiento, separación de esferas organizativas autónomas, entre otras), que buscando definir el contenido de un deber especial, exclusivo y excluyente (como la posición de garante), insertado desde una dogmática de corte naturalista.

El problema no radica en distinguir las acciones de las omisiones, así como, fundamentar el injusto de la comisión por omisión en la posición de garante, sino que, ***es un problema de adscripción***; esto es, que la conducta de la persona (cualquiera que sea) tenga un sentido típico. Y ello se

---

[351] Para Jakobs esa identidad lo determina el propio orden social, el cual, es la única que atribuye el carácter de *persona* a los individuos. Para nosotros, si bien la persona sólo puede comprenderse en sociedad, no se encuentra determinada exclusivamente por las reglas de configuración de la sociedad. La sociedad no puede disponer del concepto de persona en función de intereses preponderantes o de una determinada constitución social, ya que se trata de un status que se atribuye a todo individuo por el hecho de ser un ser humano.

[352] Para Jakobs, la génesis consiste en el *entendimiento general* que da por sentado el cometido que deberá cumplir una persona. En cambio, para nosotros, la imposición tanto de deberes (así como de derechos) parte de la consideración de la persona como ser *"libre"*, y por tanto, sujeto a delimitación de su ámbito de libertad en aras de mantener las condiciones esenciales que permitan la realización de toda persona en sociedad.

[353] Para Jakobs, la naturaleza de los roles que servirán de base al juicio de imputación es lo "social". Para nosotros, el dato social deberá ser interpretado por criterios "normativos", dado que, el mismo juicio de imputación es de carácter "normativo". Estos criterios giran entorno a los principios de "autoorganización" y "autorresponsabilidad". En el siguiente apartado se identificarán los roles o criterios normativos que estos principios generan, en el marco del juicio de imputación (objetiva).

determinará a través de las ***reglas de la imputación objetiva*** (figura por la cual es aplicable en la realización, por parte de la conducta, de cualquier tipo penal), deducidos de ideas rectoras, así como, de principios axiológicos que no son de propiedad de un determinado tipo penal (como es el caso de la posición de garante del denominado tipo de omisión impropia). En suma, más que distinguir estructuras típicas hay que interpretar el tipo penal; y la forma cómo deberá realizarse este juicio de adscripción a través de la imputación objetiva, será el tema del presente apartado.

2.3.1 EL PRINCIPIO DE IMPUTACIÓN EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Imputar el delito en su totalidad significa *"culpar"* a alguien como a su autor (si impura es atribuir algo a alguien, cuando lo que se imputa es algo, ética o jurídicamente disvalioso; imputar es culpar de ello). En efecto, como indica, Mir Puig, los tres niveles de imputación (objetiva, subjetiva y personal) constituyen exigencias del *principio de culpabilidad*, entendido en el sentido amplio que permite y aconseja este término para servir de fundamento a todas las exigencias que entraña la prohibición de castigar a un inocente (no culpable) en un Estado social y democrático de derecho respetuoso de la dignidad humana.[354]

A continuación, se analizará el primer nivel de imputación (la objetiva), el cual, en el marco de las garantías de un Estado social y democrático de derecho, afirmar el disvalor intersubjetivo de la conducta y el disvalor del resultado del tipo objetivo.

2.3.2 EL JUICIO DE IMPUTACIÓN EN EL TIPO OBJETIVO

En principio, el término *imputación* asoma por primera vez en versión "moderna" en la obra de Samuel Pufendorf, hacia mediados del Siglo XVII.[355] Con esta expresión, el autor entiende la posibilidad del individuo de impedir (gracias a fu *fuerza*) que se produzcan acontecimientos nuevos, hasta en la hipótesis en que él, imposibilitado en el momento de la comisión del hecho, sin embargo habría podido evitar ponerse en la situación que ha dado origen al comportamiento peligroso. Al echar las bases del concepto *actio libera in causa*, si bien de manera incompleta, Pufendorf procede a la creación de dos modelos de imputación: ordinaria y extraordinaria. Trabajando en torno de la estructura de la imputación ordinaria se llegó luego a distinguir el par *imputatio facti* y *iuris,* y a aquel en gran parte semejante de *imputatio física* y *moralis.*[356]

Sin embargo, la teoría de la imputación encuentra un desarrollo interesante desde los aportes de los filósofos como Aristóteles, Hegel y Kant,

---

[354] Cfr. MIR PUIG, Santiago. "SIGNIFICADO Y ALCANCES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL". En: *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Nº 03, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2002, Pág. 258.

[355] El término *imputatio* en Pufendorf, significaba la imputación (objetiva y subjetiva) del hecho mismo y no sólo del resultado del delito. Cfr. SCHUNEMANN, Bernd. "CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: En: *Teorías actuales en el derecho penal*, Editorial Ad – Hoc, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág. 221, nota 2.

[356] Cfr. CASTALDO, Andrea. Ob. Cit., Págs. 64 – 65.

en relación con el concepto de Derecho en general, y con aplicaciones a problemas específicos del Derecho penal en Feurbach, los hegelianos y la filosofía jurídica valorativa de los neokantianos.[357]

En Aristóteles, desde una perspectiva muy particular, desarrolla una sugerente teoría de la imputación; así para Aristóteles, la imputación descansa en el principio general del *dominio del acto*, en virtud del cual una acción sólo será imputable al hombre si se halla en el poder de éste (si el mismo es su *dueño)*, esto es, cuando se verifica la posibilidad de que el hombre dominara la situación hasta el punto de que hubiera podido actuar de otro modo. De lo contrario, en lugar de acción imputable al hombre, habría caso fortuito inimputable.[358]

En efecto, dice Aristóteles, que se obra voluntariamente porque el principio del movimiento de los miembros instrumentales en acciones de esa clase está en el mismo que las ejecuta, y si el principio de ellas está en él, también está en sus manos el hacerlas o no.[359]

Después de Aristóteles no se produce ningún progreso esencial en la teoría de la imputación. No obstante, fue hasta la obra de Pufendorf donde se profundiza en la estructura de la imputación. Así, este autor utilizaba dos expresiones para explicar el concepto de imputación: ***la imputativitas y la imputatio.*** La *imputativitas* está configurada por los presupuestos materiales de la imputabilidad y las condiciones de su exclusión: la acción libre es perteneciente al autor cuando tiene su origen en el entendimiento y la voluntad, y posee un modo específico de determinación: la determinación por la voluntad. Con la expresión *imputatio*, se hace referencia a las operaciones judiciales ex post de comprobación en primer lugar de la concurrencia de los elementos de la imputativitas, y en segundo lugar, a la valoración del suceso.[360]

Para Hegel, la imputación es el reconocimiento del sujeto de su libertad y personalidad a través del derecho objetivo, es decir, el derecho de la voluntad subjetiva; la persona sabe que el resultado de su conducta le corresponde como una existencia transformada por su acto.[361] Esto es, en la

---

[357] Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. Ob. Cit., Pág. 365. Opinión distinta es Torío, para quien el precedente más fidedigno de la imputación objetiva, se encuentra en la obra de HIPÓLITO DE MARSILII, quien en el campo de las falsedades documentales introdujo el *criterio de imputación objetiva* en virtud del cual *la falsedad que no perjudica a nadie no es merecedora de pena*. Cfr. TORÍO LÓPEZ, Ángel. "FIN DE PROTECCIÓN Y ÁMBITO DE PROHIBICIÓN DE LA NORMA". En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Tomo X, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela – España, 1987, Págs. 384 y sgts.

[358] Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. Ob. Cit., Pág. 366.

[359] Cfr. ARISTÓTELES. "ÉTICA A NICÓMACO", Traducción de Araujo / Marías, Instituto de Estudios Políticos, Madrid – España, 1970, 1110a.

[360] Cfr. RUEDA MARTIN, María Ángeles. "LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO EN EL DELITO DOLOSO DE ACCIÓN. UNA INVESTIGACIÓN A LA VEZ SOBRE LOS LÍMITES ONTOLÓGICOS DE LAS VALORACIONES JURÍDICO – PENALES EN EL ÁMBITO DE LO INJUSTO", Editorial Bosch, Barcelona – España, 2001, Pág. 69.

[361] Cfr. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. "FUNDAMENTOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO", Traducción de Carlos Díaz, Editorial Libertarias, Madrid – España, 1993, Pág. 396.

concepción hegeliana, la *imputación del acto* a su autor representa jurídicamente un juicio de responsabilidad: mediante la atribución de la acción al sujeto se verifica la propia responsabilidad. El derecho reconoce *a cada uno por su personalidad*. Desde esta perspectiva, la imputación no sólo consiste en la atribución de un acto a su autor sino también en la atribución de responsabilidad personal.[362]

En ese sentido, para Hegel, sólo puede llamarse imputación, en sentido estricto, a aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío; de tal forma, propuso distinguir entre dos clases diversas consecuencias que una conducta genera, pues mientras algunas de ellas son parte de la configuración misma de la acción, a elle le pertenecen, son su alma y sin ella nada representan, existen otras consecuencias que no le pertenecen a la conducta sino a la modificación que en el mundo exterior ha causado (mi) comportamiento; por consiguiente, sólo las consecuencias que pertenecen a (mi) conducta, como modificación del mundo exterior, pueden (serme) imputadas, mientras las consecuencias que se derivan no de (mi) conducta, sino de la modificación producida en el mundo exterior, no (me) deben ser imputadas.[363]

Para Kant, la imputación (imputatio), en su significado moral, es aquel juicio a través del cual alguien es contemplado como *causante personal* (causa libera) de una acción, sometida a leyes, y a pesar de todo llamada hecho (factum).[364]

Para Feurbach, la imputación es la relación (de causa a efecto) existente entre la determinación de la voluntad de un sujeto causante y un acto descrito como punible por cuanto contradice la ley penal: la acción humana, infractora de la ley, es imputable al sujeto.[365]

Por otro lado, a principios de los años 30 Honig pretendió, con la teoría de la imputación objetiva, restringir de un modo "objetivo" el concepto ilimitadamente "objetivista" del tipo penal, en aquel momento imperante en la teoría causalista.[366] En efecto, el punto de partida de Honig, es la vieja pugna entre la teoría de la equivalencia y la teoría de la adecuación, pero inmediatamente lleva la discusión a otro terreno, al constatar que en la ciencia del Derecho no es posible que lo único que importe sea la comprobación del nexo causal en sí, sino que hay que discutir la explicación de una determinada propiedad, que corresponde a las exigencias del orden jurídico, del nexo existente entre acción y resultado.[367]

Frente a ello, Honig recurre a la *perseguibilidad objetiva de una*

---

[362] Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. Ob. Cit., Pág. 367.
[363] Cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Ob. Cit., Pág. 49.
[364] Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. Ob. Cit., Pág. 368.
[365] Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. Ob. Cit., Pág. 368.
[366] Cfr. HIRSCH, Hans Joachim. "ACERCA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 09, Lima – Perú, 1999, Pág. 428.
[367] Sobre este punto de partida de Honig, véase: ROXIN, Claus. "REFLEXIONES SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL". En: *Problemas básicos del Derecho penal*, Editorial Reus, Madrid – España, 1976, Págs. 128 y sgts.

finalidad, para eliminar cursos causales guiados por la causalidad y distinguió en ella el criterio decisivo de un juicio de imputación autónomo, absolutamente independiente del juicio causal; para ello Honig se sirvió del caso del *tío rico*, caso aún hoy discutido, para ilustrar cómo algo no puede ser objetivamente perseguido como fin.[368] Imputable sólo sería aquel resultado que puede ser considerado como que ha ocurrido sirviendo a los fines.[369]

Otro autor considerado como fundador de la moderna teoría de la imputación objetiva fue Karl Larenz, cuya investigación precedió a la de Honig. Larenz, precisó que el criterio jurídico de la *imputación* es un elemento distintivo de la causalidad penalmente relevante. Así, según este autor, que la imputación no significa otra cosa que el intento básico de delimitar el *acto propio* del *suceso fortuito*, en cuya virtud la *imputación objetiva*, es el juicio a través del cual se *atribuye* a un sujeto un acto como propio.[370] La impronta causalista – naturalista es evidente en Larenz, toda vez que, la imputación objetiva, concebida como criterio de delimitación entre acto humano voluntario y acontecer fortuito, es objeto de consideración, por parte de la dogmática penal imperante en aquel momento, *casi exclusivamente desde el punto de vista naturalístico de la causalidad.*[371]

Partiendo de la concepción filosófica en la que Larenz basa su construcción, esta determinación debe llevarse a cabo comprobando si lo sucedido constituye una acción del sujeto, lo que sólo será el caso si el hecho puede entenderse como realización de su voluntad. La voluntad se realiza en el hecho en la medida en que constituye su principio determinante. Por ello, para Larenz la imputación al hecho es la referencia del acontecer a la voluntad, cuya determinación fundamental, su esencia, es la libertad, que en cuanto significa *autodeterminación* y pertenece al ser de la persona como *expresión* de su yo y de su racionalidad, abre la posibilidad de imputar al ser humano su hecho como propio y hacerlo responsable del mismo. El juicio de imputación sobre el hecho se configura, por tanto, como un juicio teleológico; dada la capacidad de la voluntad para establecer y realizar fines y dirigir el curso causal hacia una meta determinada, la voluntad domina lo que acontece en la naturaleza y lo convierte en hecho propio.[372]

Con base a los aportes ofrecidos por Larenz y Honig a comienzos del siglo XX, se ha construido la moderna teoría de la imputación objetiva. No obstante, en la actualidad los fundamentos y alcances de la misma evolucionan en direcciones muy distintas de las que en su momento le

---

[368] Cfr. FRISCH, Wolfgang. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA. ESTADO DE LA CUESTIÓN". Traducción de Robles Planas. En: *Sobre el estado de la teoría del delito,* Editorial Civitas, Madrid – España, 2000,Pág. 23.

[369] Cfr. SCHUNEMANN, Bernd. "CONSIDERACIONES…", Ob. Cit., Pág. 223.

[370] Cfr. LARRAURI, Elena. "NOTAS PRELIMINARES PARA UNA DISCUSIÓN SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Tomo XLI, Fascículo III, Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1988, Pág. 733.

[371] Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. Ob. Cit., Pág. 370.

[372] Cfr. 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", Editorial Bosch, Barcelona – España, 1998, Pág. 73.

imprimieron Larenz y Honig. El eje central se ha desplazado de la posibilidad de dominación de la causalidad y de la separación del hecho propio de los sucesos accidentales, a la acción peligrosa jurídicamente desaprobada, que se constituye en la base del sistema.[373]

Así, se habla de la imputación objetiva en el sentido de un juicio o de una pluralidad de juicios orientados a fijar y a explicar las relaciones que deben establecerse entre los elementos del tipo objetivo para que el hecho sea jurídicamente relevante, y que se ha convertido en el centro de una gran controversia. A continuación se describirán, a saber, los más importantes modelos de imputación objetiva.

2.3.2.1 MODELO DE ROXIN

Antes de describir el modelo de imputación objetiva (del resultado) de Roxin es menester presentar su sistema de delito, en el cual, se inserta la imputación objetiva. Como se sabe, la propuesta metodológica de Roxin es la construcción de un proyecto sistemático – teleológico – político criminal, esto es, un sistema orientado a valores. Su modelo no se define en términos exclusivamente consencuencialistas de prevención eficaz del delito, sino que en su concepto nos hallamos ante una política criminal valorativa, que integra las garantías formales y materiales del Derecho penal.[374]

En ese sentido, Roxín ha estructurado el sistema de Derecho penal en cuatro funciones distintas, funcionalizando el tipo a partir del principio del *nullum crimen*, las causas de justificación sobre la base de la solución social de conflictos, la culpabilidad desde la teoría de los fines de la pena y, en trabajos complementarios, las condiciones objetivas de punibilidad con base en ponderaciones de intereses extrapenales.[375]

En lo que respecta a la imputación objetiva, Roxín retomó los estudios sobre esta teoría en los comienzos de los años 70; es decir, se considera que el nacimiento de la moderna teoría de la imputación objetiva no tuvo lugar hasta el año 1970, en el que Roxín, en el Libro – Homenaje a Honig, dio el paso decisivo, extendiendo esta categoría más allá de la definición de Honig de la posibilidad objetiva de imputar como posibilidad de dominio mediante la voluntad humana.[376]

---

[373] Cfr. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. "INTRODUCCIÓN A LA IMPUTACIÓN OBJETIVA", Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 1996, Pág. 53.

[374] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "POLÍTICA CRIMINAL EN LA DOGMÁTICA: ALGUNAS CUESTIONES SOBRE SU CONTENIDO Y LÍMITES". En: *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Editorial Bosch, Barcelona – España, 1997, Pág. 23.

[375] Cfr. ROXIN, Claus. "POLITICA CRIMINAL Y SISTEMA DEL DERECHO PENAL", Traducción de Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona – España, 1972, Págs. 33 y sgts. *El mismo.* "ACERCA DE LA CONSOLIDACIÓN POLÍTICO CRIMINAL DEL SISTEMA DE DERECHO PENAL". En: *Dogmática penal y política criminal*, Traducción de Abanto, Editorial Idemsa, Lima – Perú, 1998, Págs. 27 y sgts. SCHUNEMANN, Bernd. "LA FUNCIÓN DE LA DELIMITACIÓN DEL INJUSTO Y CULPABILIDAD". En: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Schunemann / De Figueiredo (Coordinadores), Editorial Bosch, Barcelona – España, 1995, Pág. 221.

[376] Sin embargo, es menester recordar su trabajo sobre la contrariedad al deber y resultado en los delitos culposos de 1962, en donde pretendió resolver el problema de las llamadas *conductas*

Para Roxin, la imputación del tipo objetivo presupone la realización de un peligro, comprendido dentro del alcance del tipo penal, creado por el autor y no cubierto por el riesgo permitido.[377] En efecto, a Roxin se le debe la gran aportación de depurar de todo vestigio ontológico esta teoría y elaborar el denominado ***principio de riesgo***: ***sólo es imputable un resultado causado por acción humana, cuando dicha acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado el resultado típico.***[378]

Para el jurista alemán, una dogmática del tipo objetivo circunscrita a la causalidad, ha sido la responsable de que resultados causales, como la muerte sobrevenida en el bosque a consecuencia de la caída de un rayo, sólo se excluyan de la tipicidad a través del tipo subjetivo, ya que, como decía Welzel, quien persuadió a la víctima para que se adentrara al boque con la esperanza que le alcanzara una tormenta, no actuó con dolo de matar. Con mejor criterios, con argumentos de imputación objetiva (*Objektive Zurechnung)*, no se trata de un problema de dolo o tipo subjetivo, sino del tipo objetivo, ya que el tipo objetivo del homicidio no lo proporciona sólo la causalidad (en sentido naturalístico) sino aquello que, de forma jurídicamente relevante, constituye un homicidio. De ahí que la imputación al tipo objetivo se pueda basar en dos principios: (1) un resultado causado por quien actúa sólo es imputable al tipo objetivo si el comportamiento del autor no crea un peligro para el objeto de la acción cubierto por el riesgo permitido, y el peligro así creado se ha realizado en el concreto resultado; (2) aunque el resultado que representa la realización de un peligro creado por el autor sería, por regla general, imputable, de manera que se realice el tipo objetivo, sin embargo, excepcionalmente, puede excluirse la imputación si el ámbito del tipo no

---

alternativas conforme a derecho, **con base en la elevación del riesgo. Posteriormente expone, en 1970, en el homenaje a Honig, lo que serían las primeras bases de su sistema de imputación en Derecho penal. Estudio que complementa en 1973, en el libro homenaje a Wilhelm Gallas, con un trabajo sobre el *fin de protección de la norma en los delitos culposos.* Después se ocupa de las relaciones existentes entre imputación y finalidad, en la obra publicada en honor de Armin Kaufmann ("Finalidad e imputación objetiva"). Las tesis de Roxin han ejercido un gran influjo en la dogmática penal alemana, y sus ideas sobre la imputación han sido desarrolladas, fundamentalmente, por tres de sus más distinguidos discípulos: RUDOLPHI, SCHUNEMANN y WOLTER. (Cfr. LÓPEZ DIAZ, Claudia. Ob. Cit., Págs. 62 – 63).**

[377] **ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL. FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTRA DE LA TEORÍA DEL DELITO", Tomo I, Traducción de Luzón / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997, Pág. 364. *El mismo.* "FINALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA". Traducción de Enrique Casas Baquero. En: *Cuadernos de Política Criminal*. Editorial Edersa, Madrid – España, 1990. Págs. 131 y sgtes. TORÍO LÓPEZ, Ángel. "NATURALEZA Y ÁMBITO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1986. Págs. 33 y sgtes. HUERTA TOCILDO, Susana. "LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SU VERSIÓN JURISPRUDENCIAL". En: *La Ley.* Madrid – España, 1983-3. Págs. 277-283.**

[378] **Este principio ha sido desarrollado por Wolter, uno de los discípulos de Roxin, al precisar que el sistema del Derecho penal tiene, en conjunto, tendencia a la idea del riesgo, porque hace de la creación de un peligro personal (e individualmente) imputable, en virtud del menoscabo de una prohibición de poner en peligro y de la objetiva no adecuación social de este riesgo, el eje del Derecho penal. Cfr. WOLTER, Jurgen. "DERECHOS HUMANOS Y PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS EN UN SISTEMA EUROPEO DEL DERECHO PENAL". En: En: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Schunemann / De Figueiredo (Coordinadores), Editorial Bosch, Barcelona – España, 1995, Pág. 72.**

abarca la evitación de tales peligro.[379]

Así pues, la imputación objetiva requiere, ante todo, *a)* que se haya *creado un riesgo no permitido*, lo que no ocurre en los casos, ya conocidos, de *disminución del riesgo* y de *creación de riesgos permitidos,* como el del rayo y los de actividades riesgosas (tráfico aéreo, naval, marítimo y automovilístico) generalmente permitidas. El criterio para determinar el carácter permitido o no permitido del riesgo es el del observador objetivo *ex ante,* con los conocimientos (especiales) del autor. Creado, así, el riesgo no permitido, queda descartada toda consideración ulterior acerca de posibles *cursos causales hipotéticos*. En estos casos, en los que se decide la causación del resultado, como en aquellos en que su producción se intensifica, se ha creado un riesgo no permitido imputable; *b)* el riesgo no permitido creado, además, ha de haber *causado el resultado*, lo que no ocurre cuando no ha sido el riesgo desencadenado por el autor el causante del resultado sino *otro relacionado con aquél*. A este grupo de casos, de no concreción del riesgo típico pertenecen, entre otros, los supuestos de *riesgo atípico.* El supuesto más importante y representativo de falta de concreción del riesgo engloba los casos de riesgos no abarcados por el *ámbito de protección de la norma*. Asimismo, acontecimientos que el tipo no está predeterminado a evitar, no se imputan (responsabilidad de la víctima).

La amplísima gama de supuestos estudiados por Roxin con criterios de imputación objetiva, por tanto, pueden refundirse en dos grandes grupos: *a)* el riesgo ha de haber causado el resultado (*causalidad del riesgo*), lo que no ocurre cuando el *comportamiento alternativo correcto* tampoco lo habría evitado; *b)* debe tratarse de un riesgo contemplado en el *ámbito de protección de la norma lesionada.*

Mención aparte merece la consideración que el fundador de la moderna doctrina de la imputación objetiva hace del caso, muy cuestionado por la doctrina mayoritaria, en que el autor ha aumentado el riesgo de la producción del resultado y *no es seguro* que el comportamiento alternativo correcto lo hubiese evitado (*doctrina del aumento del riesgo*, que se contrapondría a la dominante, de exigencia de riesgo efectivo en el resultado). Frente a quienes oponen que ello convertiría a los delitos de lesión en delitos de peligro, responde Roxín que la única diferencia entre ellos reside en la producción del resultado lesivo en los delitos de lesión (lo que se constata en los casos amparados en su teoría del aumento del riesgo) y la producción de un

---

[379] Cfr. WOLTER, Jurgen. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y EL SISTEMA MODERNO DEL DERECHO PENAL". En: *Omisión e imputación objetiva en Derecho* penal, Gimbernat / Schunemann / Wolter (Editores), Universidad Complutense de Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid – España, 1994, Pág. 68. DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. "LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA TEORÍA DEL INJUSTO EN ESPAÑA". En: *La imputación objetiva en el derecho* penal, Editorial idemsa, Lima – Perú, 1997, Pág. 76. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Ob. Cit., Pág. 477. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. Ob. Cit., Tomo I, Pág. 447. BOLEA BARDON, Carolina. "INTERRUPCIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA POR INTERVENCIÓN POSTERIOR DE TERCEROS". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1994. Pág. 375 y sgtes.

resultado – peligro, como quiera que éste se determine en el tipo correspondiente, en los delitos de peligro.

De lo señalado, las pautas en el modelo de imputación del resultado, para Roxin son:

- El primer nivel de la imputación objetiva del resultado (creación de un riesgo no permitido), se rige por los siguientes principios:

    1. Se excluye si son conductas que disminuyen el riesgo.- Si el agente actúa para disminuir el daño próximo corrido por el bien jurídico y produce un resultado, éste no puede ser imputado a su conducta porque la norma no debe prohibir acciones que buscan proteger aquél. Debe reunirse tres requisitos: (a) debe tratarse del mismo bien jurídico, cuya titularidad pertenezca a un solo sujeto; (b) que exista una misma relación de riesgo; (c) que el sujeto no esté obligado a reducir integralmente el peligro.[380]

    2. Se excluye si son conductas que no crean para el bien jurídico un riesgo jurídicamente desaprobado.- Si el autor realiza un comportamiento conforme al derecho, jurídicamente permitido, no le es imputable objetivamente el resultado producto de esa acción. En tres casos puede configurarse esta figura: (a) todas aquellas conductas que valoradas *ex ante*, no representan ningún peligro relevante para el bien jurídico; (b) las conductas que, si bien llegan a significar un peligro relevante para un bien jurídico, son consideradas socialmente adecuadas; y, (c) conductas que no incrementan en forma mensurable un peligro ya existente.[381]

    3. Se configura ante conductas que incrementan o aumentan el riesgo jurídicamente tolerado.- De la misma manera, si el agente con su actuar desborda los límites permitidos por el derecho y produce un resultado que afecta el bien jurídico, debe afirmarse la imputación objetiva, pues no le estaba permitido realizar el incremento del riesgo.[382]

    4. Se excluye en los casos de riesgo permitido.- Es decir, conductas que ponen en peligro los bienes jurídicos pero dentro de límites que establece el ordenamiento jurídico, o dentro de los parámetros que ha venido configurando históricamente la

---

[380] Cfr. ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 365. *El mismo*, "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL", Traducción de Abanto, Editorial Idemsa, Lima – Perú, 1997, Pág. 96. VELASQUEZ VELÁSQUEZ. Fernando. Ob. Cit. Pág. 390. VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit. Pág. 227. LÓ PEZ DIAZ, Claudia. Ob. Cit., Pág. 64.

[381] Cfr. ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 366. *El* mismo, "LA IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 97. VELASQUEZ VELÁSQUEZ. Fernando. Ob. Cit. Pág. 390. LÓPEZ DIAZ, Claudia. Ob. Cit., Pág. 67. HURTADO POZO, José. O b. Cit., Pág. 438.

[382] Cfr. ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 367. VELASQUEZ VELÁSQUEZ. Fernando. Ob. Cit. Pág. 391. VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit. Pág. 228. MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit., Pág. 246.

sociedad. [383]

- El segundo nivel, la realización del riesgo no permitido, se rige por las siguientes reglas:

    1. Se excluye si falta la realización del peligro.- Está excluida la imputación, si, aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de plasmación de ese peligro, sino sólo en conexión causal con el mismo.[384]

    2. Se excluye si falta la realización del riesgo no permitido.- Así como en la creación usual de peligro la consumación requiere además la realización del peligro, en caso de riesgo no permitido la imputabilidad del resultado depende adicionalmente de que en el mismo se haya realizado precisamente ese riesgo no permitido.[385]

    3. Se excluye en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado.- Si bien, es cierto que para la cuestión de la realización del riesgo no permitido es importante si la conducta no cuidadosa tiene repercusiones causales, y si esas repercusiones han aumentado el riesgo, o si el aumento alcanza una medida relevante. También es cierto que, allí donde el curso causal esté en un nexo perfectamente adecuado con el riesgo no permitido, aún quedará excluida la imputación del resultado si la evitación de tales consecuencias no es el fin de protección, sino sólo un reflejo de la protección del deber de cuidado, esto es, el fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido (diferente al fin de protección del tipo penal). Se parte del principio de que las normas de cuidado que se han instituido para que el ciudadano se mantenga dentro de los límites del peligro socialmente tolerado, no tratan de evitar cualquier clase de resultados; su finalidad estriba en prevenir resultados concretos.[386]

    4. Se excluye en el caso de conductas alternativas conforme a Derecho.- Se excluye la imputación, si la conducta alternativa conforme a Derecho hubiera conducido con seguridad al mismo resultado; pues entonces no se ha realizado la superación del

---

[383] Cfr. ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 371. *El* mismo, "LA IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 105. LÓPEZ DIAZ, Claudia. Ob. Cit., Pág. 72. HURTADO POZO, José. Ob. Cit., Pág. 436.

[384] Cfr. ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 373. *El* mismo, "LA IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 109. LÓPEZ DIAZ, Claudia. Ob. Cit., Pág. 73.

[385] Cfr. ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 375. *El* mismo, "LA IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 112. LÓPEZ DIAZ, Claudia. Ob. Cit., Pág. 74. HURTADO POZO, José. Ob. Cit., Pág. 440.

[386] Cfr. ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 378. *El* mismo, "LA IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 116. LÓPEZ DIAZ, Claudia. Ob. Cit., Pág. 76. HURTADO POZO, José. Ob. Cit., Pág. 443.

riesgo permitido en el curso real del acontecimiento. Lo determinante en estos casos no es preguntarse si el resultado se hubiera producido con una gran probabilidad, aún observando una conducta reglamentaria; lo que hay que indagar, es si la conducta contraria a la norma de cuidado elevó el riesgo de producción de un resultado.[387]

- El tercer nivel, dentro del alcance del tipo penal, se rige por los siguientes principios:

    1. Se excluye en la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa.- Dado que, según el Derecho alemán, es en principio impune la participación en el suicidio, tampoco puede ser punible la cooperación en una autopuesta en peligro dolosa.[388]

    2. Se excluye la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste.- Dado que, el sujeto puesto en peligro tiene la responsabilidad ante el sujeto quien le pone en peligro.[389]

    3. Se excluye cuando el resultado se atribuye a la esfera de responsabilidad ajena.- El fin de protección del tipo tampoco abarca ya aquellos resultados cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro.[390]

    4. Se excluye en los daños a consecuencia de un shock, ni los daños a consecuencia de otros.[391]

2.3.2.2 MODELO DE JAKOBS

La construcción del delito como un sistema de imputación, parte, en Jakobs, en la normativización o elaboración estrictamente jurídica de los conceptos. Para Jakobs, el jurista carece de límites en la elaboración de reglas de imputación que determinan la reconstrucción normativista de los conceptos. En todo caso, los límites operan de modo inmanente y se hallan en la *constitución* o la *autocomprensión* del respectivo modelo social.[392]

Como se ha indicado, el punto de partida de Jakobs es socio –

---

[387] Cfr. ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 379. *El* mismo, "LA IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 119. LÓPEZ DIAZ, Claudia. Ob. Cit., Pág. 77.

[388] Cfr. ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 387. *El* mismo, "LA IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 132. LÓPEZ DIAZ, Claudia. Ob. Cit., Pág. 80.

[389] Cfr. ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 395. *El* mismo, "LA IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 143. LÓPEZ DIAZ, Claudia. Ob. Cit., Pág. 80.

[390] Cfr. ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 398. *El* mismo, "LA IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 151. LÓPEZ DIAZ, Claudia. Ob. Cit., Pág. 82.

[391] Cfr. ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 402. *El* mismo, "LA IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 158. LÓPEZ DIAZ, Claudia. Ob. Cit., Pág. 83 . 84.

[392] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "POLÍTICA CRIMINAL EN LA DOGMÁTICA…", Ob. Cit., Pág. 24. el jurista español precisa que en Jakobs, las categorías del sistema aparecen, en primer lugar, funcionarizadas desde la perspectiva de los fines del Derecho penal; y éstos, a su vez, aparecen monopolizados por una prevención de integración, entendida en clave estrictamente funcional – sistémica. (Ob. Cit., Pág. 25).

normativo, por lo que, la imputación no puede basarse en la causalidad natural al margen del factor normativo pues una causalidad de ese orden carece de relevancia jurídica.[393]

Para Jakobs, puesto que la teoría de la equivalencia de las condiciones considera causal toda condición del resultado conforme a cualquier ley causal, resulta obligado dejar de imputar aquellas condiciones que, a pesar de causar el resultado, lo hicieron como consecuencia de un riesgo que, como contrapartida, ofrecía *ex ante* la perspectiva de un contacto social deseable.[394]

En ese sentido, son tres los presupuestos sobre los cuales construye Jakobs su sistema de imputación:[395]

- Los seres humanos en sociedad se contactan e interactúan funcionalmente, conforme roles estandarizados.
- Cualquier criterio de imputación debe diferenciar entre: autor, víctima y terceros, determinando según sus roles quién lo quebrantó administrándolo deficientemente, y en consecuencia, quien debe asumir el costo de ese quebranto.
- Quienes se mantienen dentro de los límites de su rol, no responde de un curso lesivo, aún en el caso en que pudiese evitarlo perfectamente,

Frente a ello, la teoría de la imputación objetiva es para Jakobs un primer gran mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, que permite constatar cuándo una conducta tiene carácter (objetivamente) delictivo. Mediante la teoría de la imputación objetiva, por tanto, en opinión de Jakobs, se determina si concurre una expresión en sentido típica: el portador del rol se comporta en contradicción con la vigencia de la norma.

Concretamente, la teoría de la imputación objetiva se divide para Jakobs en dos niveles: por un lado, la calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento) y, por otro, la constatación – en el ámbito de los delitos de resultado – de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado).[396] Sin embargo, valga la redundancia, para Jakobs, la imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante de qué. No todo atañe a todos, pero al garante atañe lo que resulte de la quiebra de esa garantía; y esto rige tanto para la comisión como para la omisión.[397]

---

[393] Cfr. JAKOBS, Gunther. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL", Traducción de cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 1995, Pág. 09.

[394] CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Ob. Cit., Pág. 479.

[395] Cfr. JAKOBS, Gunther. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA…", Ob. Cit., Pág. 23.

[396] Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. "LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y LA NORMATIVIZACIÓN DEL TIPO OBJETIVO". En: *El sistema funcionalista del derecho* penal, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2000, Pág. 75. *El mismo,* "CONDUCTA DE LA VÍCTIMA…", Ob. Cit., Pág. 66.

[397] Cfr. JAKOBS, Gunther. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA, ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICO – PENALES DEL "RIESGO PERMITIDO",

Por otro lado, el criterio de determinación del riesgo permitido, esbozado por Roxín conforme al observador objetivo *ex ante,* con los conocimientos objetivos del autor, lo enriquece Jakobs, distinguiendo ámbitos riesgosos, y distinguiendo para llevarlo a límites soportables, dentro de los conocimientos *especiales* del autor, según que actúe en el ámbito general de *incumbencia por organización*, donde no será necesario activar conocimientos especiales o actúe como garante del dominio de un riesgo especial, donde sí está obligado a evitar que sobrevenga el resultado. Aún así, en el primer caso, si hay que activar los conocimientos especiales cuando se interfiere en el ámbito de la víctima.

Como supuesto particular del riesgo permitido aparece, en el pensamiento de Jakobs, el principio de la *confianza permitida*, según el cual, se puede confiar en que los demás se comporten correctamente, pese a que todos sabemos que se pueden cometer fallos, especialmente relevante cuando se trabaja en equipo. El principio de confianza deja de operar como riesgo permitido cuando al interlocutor le falta el conocimiento o la madurez suficiente, y cuando los copartícipes deben contrarrestar el comportamiento defectuoso del otro. Se puede, en cambio, confiar en que el interlocutor no actuará de forma claramente delictiva, a pesar, incluso, de la ilicitud de los propios actos; de la misma manera que quien logra evitar *daños subsecuentes* sólo responderá si su comportamiento fue altamente insensato. La confianza cesa cuando el interlocutor lleva a cabo un comportamiento que supone la clara ruptura de la confianza.

Al autor, para Jakobs, no se le pueden imputar resultados causados por él, cuando, a semejanza con los delitos de omisión, escapan de su ámbito de organización. Tal ocurre cuando *a)* la evitación de los riesgos pertenece al ámbito organizativo de un tercero (prohibición de regreso); o, b) de la propia víctima.

Por otro lado, dado que todo daño puede ser puesto en relación con múltiples condiciones, y dado que el riesgo no permitido causado por el autor puede afectar a una situación ya amenazada por otros riesgos, aunque nada impide imputar, el resultado a varios autores, y aunque el mismo comportamiento puede contener riesgos permitidos y no permitidos, en estos casos de *concurrencia de riesgos* se hace preciso determinar cuál es el riesgo que se ha concretado en el resultado. En este ámbito sitúa Jakobs los supuestos ya conocidos de riesgo no amparados por el ámbito de protección de la norma, de concurrencia de un riesgo más específico incumbencia de la víctima, consecuencia muy posterior de un daño permanente y mera modificación del riesgo. Los casos de *riesgos hipercondicionados* se deben resolver en atención al primero en materializarse del todo.

Debido que, Jakobs, desde la causalidad, como ya se ha dicho, sólo considera relevantes los peligros no permitidos causales, no se ve en la

---

LA "PROHIBICIÓN DE REGRESO" Y EL "PRINCIPIO DE CONFIANZA". En: *Estudios de derecho penal,* Traducción de Peñaranda / Suárez / Cancio, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997, Pág. 211.

necesidad de tener en cuenta, lo que sí ocurre con el concepto normativo de imputación objetiva de Roxín, cursos causales hipotéticos que también habrían desembocado en el mismo resultado. Tan sólo cuando el curso causal concreto que debió ponerse en marcha necesariamente habría causado el resultado, el resultado debe dejar de imputarse. De ahí que Jakobs resuelva, con la doctrina dominante, en contra de Roxín, los casos de *aumento del riesgo*, pues su única explicación reside en que lo primero se quiso excluir de la imputación, los cursos causales hipotéticos, se quiere recuperar después para la imputación objetiva, con un criterio tan turbio como el del aumento del riesgo, que, teniendo su sede adecuada entre los delitos de peligro, frente a situaciones complejas con normas de comportamiento estandarizadas, casi siempre relacionadas con la protección de la vida e integridad de las personas, en la que el resultado aparecería como condición objetiva de punibilidad, no soportan su aplicación los delitos de resultado lesivo, respecto a los cuales la construcción de Roxin, no deja de aparecer como casos en los que se imputa un resultado pese a las dudas persistentes sobre su causación a través del riesgo creado por el autor, algo que en Derecho penal siempre se resuelve *in dubio pro reo*.

En cambio, de la exigencia de causación del riesgo, extrae Jakobs la conclusión, además de estas dos de exclusión de cursos causales hipotéticos y aumento del riesgo, de que el riesgo no permitido puede causar el resultado a través de *cursos causales inadecuados*, en tanto que la mera aceleración del resultado no causa y, si concurren tanto el fallo de quien debió actuar antes con otro comportamiento que habría paralizado su eficacia, nos encontramos ante resultados hipercondicionados, a resolver conforme a sus criterios.

En suma, en el modelo de Jakobs, la imputación del comportamiento se basa en las siguientes instituciones:

1. Existe un riesgo permitido.- La sociedad debe dar a sus integrante la ocasión de desarrollarse plenamente como persona e interactuar de manera gratificante y creadora, siendo el caso que, la prohibición de cualquier puesta en peligro imposibilitaría la realización de todo comportamiento social.[398]

2. Existe un principio de confianza.- En una sociedad, las personas se distribuyen el trabajo y las actividades, lo que genera roles particulares y es de esperar que cada quien cumpla a cabalidad su respectivo rol, pues no es tarea de los demás controlarlas en lo que son sus propios roles.[399]

---

[398] Cfr. JAKOBS, Gunther- "IMPUTACIÓN…", Pág. 25. *El mismo.* "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Págs. 243 y sgts. *El mismo.* "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA. ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO…", Ob. Cit., Págs. 213 y sgts. PEÑARANDA RAMOS, Enrique / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos / CANCIO MELIÁ, Manuel. "UN NUEVO SISTEMA DE DERECHO PENAL. CONSIDERACIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN DE GUNTHER JAKOBS", Editorial Grijley, Lima – Perú, 1998, Pág. 87. VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit., Pág. 231. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. Ob. Cit., Tomo I, Pág. 450.

[399] Cfr. JAKOBS, Gunther- "IMPUTACIÓN…", Pág. 27. *El mismo.* "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Págs. 253 y sgts. *El mismo.* "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA. ESPECIALMENTE EN EL

3. Existe una prohibición de regreso.- Un comportamiento estereotipadamente inocuo no constituye participación en una organización no permitida. Se está ante un regreso cuando el comportamiento inocente de un tercero es reorientado delictivamente, lo que no debiera comprometerlo.[400]

4. Existe una competencia de la víctima.- Debe tomarse en cuenta, con ocasiones del acto y su imputación al autor, la contribución que hace la víctima a la consumación del mismo.[401]

Asimismo, en lo que respecta a la realización del riesgo (la imputación del resultado), Jakobs reemplaza la realización del riesgo en el resultado mediante el concepto de riesgo que aclara el resultado, expresión con la que en general parece apelar a lo razonable en sus múltiples ejemplos.[402]

2.3.2.3 MODELO DE FRISCH

Un intento de síntesis entre la doctrina de la imputación objetiva y la crítica a esa doctrina por parte del *finalismo*, al par que ensayo de reubicación de la teoría en un escalón de la teoría del delito (la tipicidad) más adecuado a la fase evolutiva en que se encuentra (la superación del concepto causalista de acción),[403] es el llevado a cabo por Wolfgang Frisch en *Tipo penal e imputación objetiva*.[404]

En principio, la propuesta de Frisch, expresada de modo prácticamente acabado en su obre "*Comportamiento típico e imputación del resultado,*"[405] es

---

ÁMBITO…", Ob. Cit., Págs. 218 y sgts. PEÑARANDA RAMOS, Enrique / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos / CANCIO MELIÁ, Manuel. Ob. Cit., Pág. 89. VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit., Pág. 231. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. Ob. Cit., Tomo I, Pág. 451.

[400] Cfr. JAKOBS, Gunther- "IMPUTACIÓN…", Pág. 29. *El mismo.* "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Págs. 257 y sgts. *El mismo.* "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA. ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO…", Ob. Cit., Págs. 215 y sgts. PEÑARANDA RAMOS, Enrique / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos / CANCIO MELIÁ, Manuel. Ob. Cit., Pág. 90. VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit., Pág. 232. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. Ob. Cit., Tomo I, Pág. 451.

[401] Cfr. JAKOBS, Gunther- "IMPUTACIÓN…", Pág. 31. *El mismo.* "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Págs. 267 y sgts. *El mismo.* "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA. ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO…", Ob. Cit., Págs. 220 y sgts. PEÑARANDA RAMOS, Enrique / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos / CANCIO MELIÁ, Manuel. Ob. Cit., Pág. 89. VILLA STEIN, Javier. Ob. Cit., Pág. 232. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. Ob. Cit., Tomo I, Pág. 451.

[402] ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. Ob. Cit., Tomo I, Pág. 452. PEÑARANDA RAMOS, Enrique / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos / CANCIO MELIÁ, Manuel. Ob. Cit., Pág. 94.

[403] Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Ob. Cit., Pág. 492.

[404] Frisch afirma que la teoría de la imputación objetiva es la de la *adecuación continuada* o de la *relevancia desarrollada.* Cfr. FRISCH, Wolfgang. "TIPO PENAL E IMPUTACIÓN OBJETIVA", Editorial Colex, Madrid – España, 1995, Pág. 26.

[405] Cfr. FRISCH, Wolfgang. "COMPORTAMIENTO TÍPICO E IMPUTACIÓN DEL RESULTADO", Editorial Marcial Pons, Madrid – España, 2004. Tres son los objetivos de FRISCH en esta monografía: En primer lugar, determinar qué pertenece al disvalor-acción y qué al disvalor-resultado en la estructura del delito, con lo que se reubican en el primero aspectos que

que conviene distinguir entre el juicio objetivo y normativo de desaprobación de la conducta, por un lado, y la imputación del resultado a la conducta desaprobada, por el otro. Sólo en este segundo ámbito podría hablarse en sentido estricto de imputación objetiva. En efecto, Frisch, emprende una separación entre *conducta típica* e *imputación del resultado*, según esto, determinar si el autor ha creado un riesgo desaprobado y hasta donde llega el alcance del tipo no es una cuestión de la imputación del resultado, sino de la conducta típica, mientras que a la teoría de la imputación pertenece únicamente el nexo causal y de realización entre el riesgo desaprobado que fundamenta la conducta típica y la producción del resultado.[406]

Todo ello parte, del elemento nuclear de la concepción de la teoría del tipo de Frisch, esto es, el criterio que permite determinar si un comportamiento está o no permitido esta determinado por una *ponderación de intereses*. Se trata de ponderar entre la libertad de actuación y ciertos intereses de protección de bienes. Esta ponderación debe realizarse, en su opinión, tanto en el tipo del delito imprudente como en el del doloso, lo que supone introducir en este segundo ámbito como requisito limitador la creación de un peligro, que sólo cuando supera la medida de lo tolerable resulta desaprobado.[407]

Para Frisch, esta averiguación ha de llevarse a cabo en un procedimiento de dos fases: en primer lugar, debe determinarse si la desaprobación de ciertas conductas generadoras de riesgo es un medio idóneo, necesario y adecuado para la conservación de determinados bienes.[408] En segundo lugar, debe constatarse que para el mantenimiento de la norma resulte necesario y adecuado que frente a las creaciones de riesgo desaprobadas – conforme al primer paso – se reacciones precisamente mediante una pena. Sobre la base de esta ponderación, la peligrosidad típicamente relevante de la acción es el concepto nuclear que da cuerpo al primer nivel sobre el que se proyecta la *imputación*: el comportamiento típico.[409]

Por otro lado, para Frisch, no se trata de entender la peligrosidad como un requisito adicional a lo típico que, medido de forma puramente objetiva,

---

la muy influyente doctrina de la imputación objetiva ha ubicado en el segundo al tiempo que se dejan de imputar resultados porque no son retrotraíbles a un mal uso de la libertad de acción. En segundo lugar, limitar la imputación de los peligros derivados de la acción, al objeto de no mermar excesivamente la libertad, para lo cual distingue entre acciones que causan directamente el resultado o lo hacen a través del comportamiento de la víctima o de un tercero que le permiten reducir el ámbito de la imputación de forma más exacta que las habituales de riesgo relevante y ámbito de protección de la norma. En tercer lugar, fundamentar los casos que auténticamente son de imputación objetiva con un criterio normativo más preciso que los manejados hasta ahora y que tiene en cuenta también los presupuestos subjetivos de la imputación.

[406] Véase la opinión de Roxin, en: ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 365.

[407] Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. "LA TEORÍA...", Ob. Cit,. Pág. 72. *El* mismo, "CONDUCTA…", Ob. Cit., Pág. 63.

[408] Según Frisch, para llegar a una desaprobación jurídica, sólo podrán tenerse en cuenta aquellas formas de conducta que comporten riesgos especiales de producción de lesiones típicas. Estos riesgos especiales no se determinan atendiendo a grados de probabilidad, sino a partir de ciertas circunstancias sobre la posibilidad de producción del daño. Cfr. FRISCH, Wolfgang. "LA IMPUTACIÓN…", Ob. Cit,.Pág. 47.

[409] Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. "LA TEORÍA...", Ob. Cit,. Pág. 72. *El* mismo, "CONDUCTA…", Ob. Cit., Pág. 63.

excluya la imputación al autor. La solución que Frisch propone: *la peligrosidad forma parte del tipo objetivo y ha de representársela el autor para que se dé completa*, permite mantener el criterio de la imputación objetiva, salvando la objeción finalista, y ubicándola en mejor lugar sistemático, conforme al concepto de injusto personal, es decir, sin necesidad de volver al concepto puramente objetivo del causalismo.

Establecido las bases de la teoría de Frisch, cabe ahora describir, sucintamente, tanto su teoría de la conducta típica, como su imputación del resultado. En la teoría de la conducta típica, como conducta desaprobada por desbordar el espacio de libertad jurídicamente garantizada, aparecería, en cambio, como una construcción separada de cualesquiera consideraciones de "imputación objetiva." A su esfera de influencia pertenecerían conceptos como la adecuación social y el riesgo permitido, en los que se manifiesta precisamente la valoración de la conducta a partir de las reglas que determinan los límites de la libertad de acción.

Con este enfoque, por lo demás, se pondría en evidencia el fracaso de cualquier intento de enjuiciar la "conducta típica" desde perspectivas meramente cuantitativas (probabilidad de producción del resultado). La cuestión no es, en definitiva, si hay peligro o no, sino más bien que, partiendo de que haya peligro (la ausencia de peligro es un fenómeno marginal en la sociedad), deberá decidirse cuál es la frontera del carácter no desaprobado del riesgo: con lo que en puridad todos los tipos (y no sólo aquéllos que contienen elementos "normativos" de carácter clásico) se convierten en tipos estrictamente normativos. Precisamente, la necesaria incidencia en todo caso de esta dimensión cualitativa o estrictamente valorativa pone de relieve cómo el juicio de tipicidad de la conducta se vincula con la idea de constitución social, esto es, con el modo en que una determinada sociedad resuelve el conflicto entre sujetos activos creadores de riesgo y sujetos pasivos de dicho riesgo.

A partir de estas consideraciones de Frisch, Robles profundiza en la naturaleza y contenido del juicio sobre la conducta, aportando consideraciones que no deberían pasar inadvertidas.[410] En concreto, muestra Robles cómo, a partir de la concepción de dicho juicio como expresión de una estandarización de los espacios de libertad, que permite filtrar la mayoría de los casos, no cabe excluir sin embargo la existencia excepcional de un cierto número de supuestos en los que el conocimiento individual del agente sea el factor determinante de la última decisión sobre la desaprobación de su conducta. La conclusión es, entonces, que probablemente no convenga mantener la distinción entre tipo objetivo y subjetivo en sentido fuerte, aunque sí desde luego en el sentido débil reseñado.

En coherencia con lo señalado, Frisch reserva la expresión *imputación objetiva* exclusivamente para la imputación del resultado en los delitos de

[410] Sobre el estudio de Robles, véase: FRISCH, Wolfgang / ROBLES PLANAS, Ricardo. "DESVALORAR E IMPUTAR. SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL", Editorial Atelier, Barcelona – España, 2005.

resultado.[411] La conducta producirá el resultado típico, si se toma en cuenta, en primer lugar, la presencia de riesgos idóneos para provocar en combinación con determinadas circunstancias la aparición de resultados típicos que quedan excluidos de la esfera de formas de conducta prohibidas por tratarse de riesgos generales de la vida y riesgos usuales de la vida social. En segundo lugar, la concreción de los principios directivos de los ordenamientos primarios es un instrumento esencial para determinar concretamente los riesgos tolerados.

Los casos de imputación objetiva, en suma, para Frisch, son casos en los que el peligro causante del resultado ha de ser el contemplado por el tipo respectivo. Cuando el peligro desenvuelto es otro, el resultado no se imputa porque estuvo ausente un *peligro típico*, que es el único que interesa en Derecho penal. El intento de Frisch, de introducir la imputación objetiva en un ámbito donde las representaciones subjetivas del autor y, en general, los elementos que caracterizan a su persona en la configuración del injusto se tengan en cuenta, al objeto de no romper la línea evolutiva de la teoría del delito, de lo objetivo a lo personal.

2.3.2.4 OTROS MODELOS

A. MODELO DE HRUSCHKA

Para Joachim Hruschka la estructura de imputación como medio de análisis debe partir de la diferenciación existente entre *imputatio facti, applicatio legis ad factum* e *imputatio iuris*; entre imputación ordinaria y extraordinaria; y entre cuatro motivos distintos que excluyen la imputación.[412] Esta distinción encuentra sus raíces en la Edad Media, y es visible en las obras de Santo Tomás de Aquino y de Samuel Pufendorf.[413]

Así, lo primero de todo, han de diferenciarse la aplicación de una ley (lex) a un hecho (factum) y la imputación de ese hecho. Ambos constituyen un acto de juicio.

Sin embargo, todo *applicatio legis ad factum* implica la imputabilidad del *factum,* es decir, la *applicatio legis ad factum* contiene siempre una *imputatio facti (*esto es, la atribución de la realización de un hecho o una omisión como hecho, disponiendo de una alternativa a ese hecho). En cambio, la *imputatio*

---

[411] Para Frisch, las lesiones de bienes exigidas en los delitos de resultado no interesan como dato naturalístico, sino como expresión del injusto (injusto del resultado). Es necesario que el resultado se muestre como una discrepancia de la situación jurídicamente deseada. Cfr. FRISCH, Wolfgang. "LA IMPUTACIÓN…", Ob. Cit,.Pág. 48.

[412] Cfr. HRUSCHKA, Joachim. "LA CONDUCTA DE LA VÍCTIMA COMO CLAVE PARA UN SISTEMA DE LOS DELITOS PATRIMONIALES QUE LLEVAN CONSIGO SUSTRACCIÓN". En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales,* Nº 02, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2001, Pág. 186.

[413] Cfr. HRUSCHKA, Joachim. "REGLAS DE COMPORTAMIENTO Y REGLAS DE IMPUTACIÓN", Traducción de Baldó Lavilla. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Tomo XLVII, Fascículo III, Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1994, Pág. 343. Influenciado por la teoría de Hruschka, tenemos: DONNA, Edgardo Alberto. "TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA. 2. IMPUTACIÓN OBJETIVA", Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1995, Pág. 183.

iuris es el juicio sobre el mérito del hecho, en el amplio sentido de la palabra *mérito*, que comprende tanto el positivo como el negativo. La aplicación de la ley a un hecho puede dar lugar a alguno de estos tres resultados: puede mostrar que la persona a cuyo hecho se aplica la ley: 1) ha obrado conforme a la ley; o 2) ha infringido las leyes; o 3) ha llevado a cabo más de lo que ley requiere, es decir, ha obrado de manera supererogatoria. [414]

Ante estas distinciones, Hruschka entiende que el acto de aplicación de la ley precede a la *imputatio iuris* y sucede a la *imputatio facti*. Por eso, la *imputatio facti* lo considera como imputación de primer nivel, y a la *imputatio iuris* como imputación de segundo nivel.[415]

Frente a ello, para Hruschka, si no existe motivo alguno que excluya la imputación sea la de primer nivel, sea la de segunda nivel, entonces se está ante una *imputación ordinaria*. Si, por lo contrario, sucede que la situación proporciona un motivo para excluir la imputación, y sin embargo a la persona a la que debe imputarse le hace responsable en esa situación, se está ante una *imputación extraordinaria*. El hecho imputado de forma ordinaria significa en la tradición *actio libera in se*, esto es, acción considerada en sí misma libre, mientras que el hecho imputado de forma extraordinaria significa *actio libera in (sua) causa*, esto es, acción libre en su causa.[416]

Por otro lado, para Hruschka, la *situación de necesidad absoluta* excluye la imputación ordinaria de primer nivel. Eso significa que el tener o no lugar un evento físico, del que se trata en un caso concreto, no se imputa a la persona que en él se ve inmersa como *hecho*, como *aportación de una acción* o, en su caso, como omisión de una acción; asimismo, estas situaciones quedan, además, excluidas también si la persona a la que debe imputarse el hecho desconoce las circunstancias que son relevantes para caracterizar el hecho a imputar (*ignorantia facti*).[417]

Asimismo, para el jurista alemán, una *situación de necesidad con limitaciones* puede excluir la imputación ordinaria en el segundo nivel. Lo cual significa que el hecho se considera en verdad como *hecho*, y también es enjuiciado como antijurídico, pero no imputado a la culpabilidad. Por último, para Hruschka, la imputación ordinaria de un hecho antijurídico a la culpabilidad se excluye si el autor desconoce la norma que le prohibía o, en su caso, le prescribía la realización de la conducta (*ignorantia iuris*).[418]

B. MODELO DE GIMBERNAT ORDEIG

Gimbernat, en primer lugar, después de exponer exhaustivamente y criticar con convicción la doctrina de la adecuación como teoría causal, entiende que la misma teoría de la *conditio, ex definitione,* no permite acotar de la infinita cadena causal aquella que puede ser relevante para estimar

[414] Ibidem, Págs. 186 – 187.
[415] Ibidem, Pág. 188.
[416] Ibidem, Pág. 189.
[417] Ibidem, Págs. 189 – 190.
[418] Ibidem, Pág. 190.

realizado un tipo penal. A tal fin, con su teoría de la *reprochabilidad objetiva*, según la cual sólo es antijurídica lo que el hombre medio, conforme al criterio de un hombre normal, habría podido prever, entiende que *las acciones peligrosas realizadas observando las normas de diligencia no pueden ser antijurídicas aunque condicionen un resultado típico*.[419] Y no pueden ser antijurídicas, porque la antijuridicidad se decide tomando como criterio al hombre prudente (ideal), y lo que precisamente hace este hombre prudente (por eso lo es) cuando ejecuta una acción peligrosa, es seguir las normas de diligencia. Por eso, si éstas son observadas, no habrá antijuridicidad, aunque se condicione un resultado típico.

En segundo lugar, en los casos donde ha habido infracción del deber de cuidado y, con la infracción, se ha causado el resultado (con la fórmula de la conditio), el resultado se imputa sin que deba tenerse en cuenta el criterio de una doctrina mayoritaria según la cual, si el comportamiento cuidadoso también habría causado el resultado (*causalidad hipotética*), éste no se imputa a quien lo causó descuidadamente. El razonamiento de Gimbernat se basa en que la doctrina dominante no se pregunta por la concreta causalidad, sino por una causalidad indiferenciada, ya que, si la infracción del deber de cuidado ha causado el resultado conforme a la concreta causalidad que la norma de cuidado quiere prevenir, absolver porque el resultado también se habrá producido con el comportamiento cuidadoso sería injusto.

En suma, para Gimbernat, la teoría de la imputación objetiva reúne toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad. Su carácter es normativo, y emplea un razonamiento teleológico.[420]

C. MODELO DE CORCOY BIDASOLO

Para Corcoy, la imputación objetiva es un filtro a través del cual tanto el dolo como la imprudencia (infracción del deber de cuidado objetivo y subjetivo) exigen, en primer lugar, que el riesgo creado sea un riesgo no permitido, en una consideración normativa (general) y *ex ante*; que, además, en segundo lugar, haya aumentado las posibilidades de que ese riesgo se materialice en el resultado, lo que exige comprobar (de no comprobarse habrá que concluir que no hubo aumentos de riesgo) si los comportamientos alternativos correctos lo habrían causado también con la probabilidad rayana en la certeza (la mera posibilidad no se requiere porque la exigencia de seguridad no vulnera el principio *in dubio pro reo)*¸ siempre y cuando, en tercer lugar, el riesgo que ha pasado los anteriores filtros, sea uno de los riesgos que la norma de cuidado quiere evitar.[421]

Cuando se dan todos esos requisitos, se produce, según Corcoy Bidasolo, el *primer nivel de imputación o atribución objetiva,* un nivel en el que se tienen en cuenta tanto los aspectos objetivos del riesgo que deben concurrir, como los aspectos subjetivos requeridos por el dolo y/o la

---

[419] CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Ob. Cit., Pág. 488.

[420] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "¿QUÉ ES LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Estudios de derecho* penal, 3ra. Edición, Editorial Tecnos, Madrid – España, 1990, Págs. 212 y sgts.

[421] Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Ob. Cit., Pág. 495.

imprudencia; este primer nivel de imputación o atribución de riesgo todavía ha de pasar un último filtro para que se dé lo que es propiamente imputación objetiva del resultado, *segundo nivel de imputación:* Lo imputado en el primer nivel no se imputa en el segundo cuando *ex post*, es decir, cuando *lo ocurrido entre el momento de actuar el autor y la causación del resultado,* permite concluir que ese resultado no se puede imputar por haberse probado con una seguridad rayana en la certeza que los comportamientos alternativos tampoco lo habrán evitado. A este requisito de la imputación objetiva lo denomina Corcoy Bidasolo *evitabilidad ex post del resultado.*[422]

D. MODELO DE REYES ALVARADO

Para el jurista colombiano Reyes debe reconocerse en esencia el planteamiento hegeliano de imputación, pues considera un aporte crucial al derecho penal la afirmación de Hegel de que a una persona sólo le puede ser imputado aquello que constituya su obra, y no aquello que sea resultado de la simple causalidad, de la mala suerte o del destino.[423]

Partiendo de la base de que pierde importancia la distinción entre la tipicidad y la antijuridicidad en su aspecto positivo como elementos independientes de la teoría del delito, puesto que la simple adecuación formal de la conducta a la descripción de una norma penal (tipicidad) no tiene relevancia alguna si la respectiva conducta no atenta contra las relaciones sociales, de modo que no debe hablarse de tipicidad y antijuridicidad sino de ambos como contenido del injusto. Reyes manifiesta que en la imputación objetiva lo determinante en si un portador de funciones, si un garante, alguien de quien esperaba determinada conducta, la ha desplegado llenando las expectativas, o no lo ha hecho, generando así una defraudación social, sin importar quién es el individuo que en el evento concreto desarrolló la acción.[424]

En síntesis, en opinión de Reyes, puede afirmarse que el contenido de una conducta injusta es labor de una teoría de la imputación objetiva, mientras que el desarrollo de lo que atañe a su aspecto individual incumbe a una teoría de la imputación subjetiva. Con esta concepción valorativa de la teoría del delito, este autor no concibe al dolo como parte del injusto sino que debe ser tratado dentro del ámbito de la culpabilidad, modificando con ello expresamente la concepción sobre el lugar sistemático del dolo.

E. MODELO DE SANCINETTI

El análisis de la teoría de la imputación objetiva por parte de Sancinetti se sitúa en realidad en un plano superior respecto de los contenidos dogmáticos concretos de esta teoría, de modo que puede decirse que este jurista alemán lo que discute no es tanto la configuración de la imputación objetiva como su idiosincrasia; la tesis central que este autor sostiene es que

---

[422] Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DELITO IMPRUDENTE". En: *Cuadernos del Consejo Judicial*, Nº XVI, Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1994, Págs. 35 y sgts.

[423] Cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Ob. Cit., Pág. 5.

[424] Cfr. Ibidem, Pág. 65.

en realidad la teoría de la imputación objetiva, no es incompatible con un entendimiento subjetivo – monista del injusto.[425]

Para Sancinetti, la teoría de la imputación objetiva tan sólo acota la materia de prohibición, mientras que es el dolo – que debe referirse a esa materia – el elemento decisivo de fundamentación del injusto. En este sentido, la necesidad de elaborar requisitos de imputación objetiva no es contradictoria con un entendimiento subjetivo del injusto, ya que la subjetivización no prejuzga acerca del contenido que hay que subjetivizar, es decir, acerca del tipo objetivo.

Sancinetti acota que existe un concepto unitario de ilícito propio de la teoría de la imputación objetiva: todo ilícito es siempre la creación de un riesgo reprobado. Pero no es verdad que los riesgos imputables sean objetivamente iguales en el delito doloso y en el imprudente. En efecto, para el jurista argentino, la distinción entre dolo e imprudencia ocurre ya en el tipo objetivo, no depende de un dato especial del tipo subjetivo. Subjetivamente, sólo hace falta la representación del riesgo, pero del riesgo característico del tipo. En el caso del tipo doloso hace falta que el suceso pueda ser descrito objetivamente como molde apto para perseguir el resultado, aunque de hecho el autor asuma el riesgo de mala gana, es decir, sin intención. Mientras que si el molde objetivo del riesgo no es tan correcto como para esa descripción, pero todavía es suficiente para considerar objetivamente razonable planificar la evitación de ese riesgo, entonces, ese riesgo, en tanto el autor haya conocido el síndrome que lo configuraba, será suficiente para la imprudencia; pero sólo para la imprudencia. El riesgo será insuficiente para el dolo, aunque el autor actúe "a propósito".[426]

Finalmente, para Sancinetti, la teoría de la imputación objetiva debe poner el centro de la atención a la creación de un riesgo reprobado, siendo incorrecto concederle al resultado, simultáneamente, una función constitutiva; dado que, el resultado implicará siempre una dosis de desgracia o de fortuna posible, que no necesariamente correrá a la par del carril de la imputación. El resultado como tal, entonces, representa de por sí una dosis de infortunio en todos los casos. En consecuencia, el plus que va desde la imputación hasta el resultado es puro naturalismo: podría faltar a pesar de la creación de un alto riesgo reprobado y estar presente junto a un riesgo poco grave.[427]

F. MODELO DE BUSTOS RAMÍREZ

En coherencia con su noción de tipo, orientada a la evitación de la lesión del bien jurídico, y su concepción de la norma (de prohibición), basada fundamentalmente en el disvalor – acción, que sólo al llegar a la antijuridicidad permite dar entrada al disvalor – resultado, puesto que a la infracción de la

[425] Cfr. SANCINETTI, Marcelo. "SUBJETIVISMO E IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL", Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 1996, Págs. 78 y sgts.

[426] Cfr. SANCINETTI, Marcelo. "OBSERVACIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Teorías actuales en el derecho penal*, Editorial Ad – Hoc, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág. 194.

[427] Cfr. SANCINETTI, Marcelo. "SUBJETIVISMO E IMPUTACIÓN OBJETIVA…", Ob. Cit., Págs. 112 y sgts.

norma de comportamiento debe añadirse la lesión del bien jurídico, en cuya ausencia el comportamiento no es antijurídico, sostiene Bustos Ramírez que la doctrina de la imputación objetiva fracasa al entender que criterios como el de la disminución del riesgo, riesgo permitido y ámbito de protección de la norma (creación de un peligro) constituyan criterios de no imputación de resultado, lo que supondría aceptar un concepto de tipo objetivo excesivamente amplio, como el de la causación. Lo mismo ocurre con los criterios de autonomía de la víctima y pertenencia a otro ámbito de responsabilidad la evitación del resultado (realización del peligro); no, en cambio, con el del desarrollo del plan del autor (*aberratio ictus, dolus generalis)* que sí sería un criterio de imputación del resultado, siempre y cuando se precise más un concepto tan vago como el de desarrollo del plan.

Para Bustos la imputación objetiva es una relación valorativa entre una afección al bien jurídico y la situación típica.[428] Y al ser el bien jurídico la base de sustentación del injusto, su afección denota una característica de la antijuridicidad, entonces si la imputación objetiva pretende establecer una relación desde el fin de protección, esto es, el bien jurídico, entre la afección a él y la situación típica, necesariamente ha de pertenecer también a la antijuridicidad.[429]

En suma, Bustos reduce el ámbito de la imputación objetiva al criterio del plan del autor, con el que resolver el problema de la *aberratio ictus* en el delito doloso, y al de la consideración de *procesos hipotéticos*, para comprobar la causalidad de la infracción del cuidado debido en el delito imprudente.[430]

Similar posición, adopta Hormazabal, para quien la constitución del injusto exige que la acción peligrosa se haya plasmado en la afección de un bien jurídico. Esto exigiría dos juicios valorativos diferentes. Por una parte, un juicio *ex ante* para establecer en la tipicidad el riesgo para el bien jurídico de la acción y por la otra un juicio de imputación, esta vez *ex post* y en la antijuridicidad, para establecer si el resultado de afección del bien jurídico fue plasmación de dicha acción peligrosa o, mejor dicho, si el peligro de la acción típica finalmente se realizó en una afección del bien jurídico.[431]

Así, para Hormazabal, este juicio de imputación del resultado (afección al bien jurídico) constituye una exigencia del injusto que emana de la propia norma infringida, del juicio de antinormatividad. No basta para el injusto con el solo desvalor de la acción y, por tanto, a un derecho penal de autor, como tampoco sería suficiente con solo el desvalor de resultado, cuya acentuación podría conducir a un derecho penal fundado en responsabilidad objetiva.[432]

Asimismo, los criterios de disminución del riesgo, falta de creación del

---

[428] Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Teorías actuales en el derecho penal*, Editorial Ad – Hoc, Buenos Aires – Argentina, 1998, Pág. 212.

[429] Ibidem, Pág. 213.

[430] Cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Ob. Cit., Pág. 498.

[431] Cfr. HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. "IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD". En: *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Editorial Comares, Granada – España, 1999, Pág. 417

[432] Ibidem, Pág. 417.

riesgo o falta de aumento del riesgo permitido, para Hormazabal el efecto de exclusión que éstos generan no se da por la imposibilidad de imputar el resultado, sino a la ausencia de la vinculación social típica desvalorativa que fundamenta la tipicidad. Más específicamente, son supuestos en que no hay desvalor de acción, esto es, en que no hay acción en sentido del tipo pues no se ha creado un riesgo para el bien jurídico.[433]

Como se aprecia, tanto Bustos,[434] como Hormazabal,[435] consideran que el juicio de imputación objetiva se ubica en la antijuridicidad, y cuyo objetivo es establecer si la afección del bien jurídico constituye la plasmación prohibido por la norma y realizado en la forma específica en que se ha definido en el tipo penal.

2.3.2.5 EXCURSO: LA ADECUACIÓN SOCIAL

Partiendo que el tipo no es una categoría neutra valorativamente, implica una selección de comportamientos y, por tanto, una valoración de lo típicamente relevante; y en ese orden de ideas, hay conductas que carecen de aquella relevancia al ser corrientes en el ámbito social.[436] Así Welzel, diferenció entre las conductas que produciendo una aparente lesión a los bienes jurídicos no merecen reproche alguno por ser socialmente admitidas y aquellas que al generar un verdadero perjuicio del bien jurídico son socialmente desaprobadas y como tales dignas de reproche social.[437]

Para Welzel, la adecuación social es la interpretación de sentido de los tipos, conforme a la cual quedan excluidas del concepto de injusto, todas las acciones que se ubiquen funcionalmente dentro del orden históricamente generado. Tan sólo con la adecuación social se entra en el ámbito del tipo, en las regiones del injusto tipificado.[438] No obstante, para Welzel, con el traslado del dolo al tipo subjetivo, en el delito doloso fueron considerados superfluos todos los criterios objetivos de delimitación, con excepción de la causalidad en el sentido de la teoría de la equivalencia, mientras que en los delitos culposos fueron incluidas la previsibilidad objetiva y la infracción del deber objetivo de cuidado en el tipo penal.[439]

Pero, pese a ello, aún hay un sector de la doctrina que precisa que a través de la adecuación social se refleja en el tipo la realidad, porque por regla general no pueden ser considerados prohibidos comportamientos que están permitidos socialmente. Así la adecuación social sería un instrumento conceptual importante para llenar de contenido material figuras como el riesgo permitido y la prohibición de regreso. También serviría para concretar los

---

[433] Ibidem, Pág. 415.

[434] Sobre el pensamiento del eximio jurista chileno, véase: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "OBRAS COMPLETAS", Volúmenes I y II, ARA Editores, Lima – Perú, 2004.

[435] Cfr. HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. Ob. Cit., Pág. 418.

[436] Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes. Ob. Cit., Pág. 272.

[437] Cfr. REYES ALVARADO, Yesid. Ob. Cit., Pág. 87.

[438] Cita tomada de: Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. "LA TEORÍA...", Ob. Cit,. Pág. 88. *El* mismo, "CONDUCTA…", Ob. Cit., Pág. 76.

[439] Cfr. SCHUNEMANN, Bernd. "CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penal*, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2000, Pág. 416.

límites de la posición de garante, especialmente en los casos del comportamiento peligroso anterior (injerencia).[440]

Sin embargo, se han levantado observaciones que impidieron que la teoría de la adecuación social se consolidase en el sistema del hecho punible. La primera observación se refirió a su ubicación sistemática dentro de la concepción final del injusto, ya que pese a ser inicialmente ideada por Welzel como un mecanismo excluyente de tipicidad, fue posteriormente considerada por el mismo autor como una causal genérica de antijuridicidad, pero unos años después la radicó nuevamente en el ámbito de la tipicidad,[441] sin que con ello haya conseguido persuadir a todos sus críticos.

Otra observación es la falta de un desarrollo teórico del concepto de *adecuación social*, dado que, no se elaboraron criterios homogéneos con base en los cuales pudiera ser determinada la adecuación o inadecuación social de las conductas, sino que sus partidarios se limitaron a engrosar la lista de hipótesis en las cuales el mecanismo podría ser empleado, sin señalar los parámetros que deberían guiar una tal calificación.[442]

No obstante, originariamente, la adecuación social era expresión del carácter de fenómeno social del injusto, las normas sociales constituyeron un elemento esencial en la estructura de los tipos penales, las cuales, eran valoradas normativamente. Sin embargo, este planteamiento fue sustituido por la consideración de que el injusto jurídico – penal depende de la modalidad de dirección del comportamiento, esto es, que la finalidad es suficiente como categoría ontológica en los tipos penales. Este cambio de paradigma, conllevó la ontologización del método de estudio del sistema penal, conllevando al posterior abandono de la adecuación social como tesis socio-normativa. A pesar de ello, retomando el primer significado de la adecuación social, la misma buscaba ser el criterio que diese significado objetivo al comportamiento, por lo que, Cancio, con aguda certeza precisa que la teoría de la adecuación social constituyó el embrión de la imputación objetiva.[443]

2.3.3 CRÍTICAS A LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Si bien la moderna teoría de la imputación objetiva ha sido adoptada

---

[440] Cfr. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Ob. Cit., Pág. 55, nota 61. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "CURSO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Tomo I, Editorial Universitas, Madrid – España, 1999, Págs. 378 y sgts.

[441] Cfr. ROLDÁN BARBERO, Horacio. "ADECUACIÓN SOCIAL Y TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO. SOBRE EL CONTENIDO Y LOS LÍMITES DE UNA INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA RESTRICTIVA DE LOS TIPOS PENALES", Universidad de Córdoba, Córdoba – Argentina, 1992, Pág. 57.

[442] Ibidem, Pág. 53. Un ejemplo claro, lo encontramos en el fundamento último que Welzel dio a la adecuación social, esto es, que la misma representa el ámbito *normal* de la libertad de acción social; lo relevante es que no precisó el contenido de este *ámbito normal*, cuáles son sus fundamentos, ámbito de aplicación y límites. Cfr. WELZEL, Hans. "EL NUEVO SISTEMA DEL DERECHO PENAL. UNA INTRODUCCIÓN A LA DOCTRINA DE LA ACCIÓN FINALISTA", Editorial B de F, Montevideo – España, 2002, Pág. 88.

[443] Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. "LA TEORÍA DE LA ADECUACIÓN SOCIAL EN WELZEL". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 02, Editorial Grijley, Lima – Perú, 1994, Pág. 66.

mayoritariamente en la doctrina alemana, española, argentina, peruana, etc., también es cierto que aún, en la actualidad, de levantan voces de críticas a este modelo; por ejemplo, que el fin de protección de la norma, incurre en la misma circularidad que la teoría de la relevancia; si se apoya, en la idea de incremento de riesgo llega a consecuencias incompatibles con la idea misma de causalidad y si, por último, recurre al criterio de adecuación incide en los inconvenientes que han sido expuestos al tratar esta teoría.[444]

Otra crítica es que la renuncia a resolver el problema de atribución del resultado al comportamiento del autor por métodos ligados más o menos estrechamente a los de las ciencias naturales, tampoco ha conducido a parte alguna. Así, la imputación objetiva de un resultado a su autor requiere que éste lo haya producido realmente, es decir, que en verdad lo haya causado, de modo que, cuando se quiere arrojar la causalidad por la puerta, penetra por la ventana. Puesto que se trata de determinar cuándo ha de estimarse que alguien produce, con su acción, un cambio en el mundo exterior, no se está abordando un problema que admita soluciones puramente valorativas.[445]

En España, Cerezo Mir, desde la óptica del finalismo, indica que, por ejemplo, desde el momento en que el nuevo Código Penal (español) la tentativa inidónea es impune, es obligado a aceptar el criterio de imputación objetiva en los delitos dolosos, de que el resultado fuera objetivamente previsible *ex ante* de que aparezca como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto. Es una decisión político – criminal equivocada, pero que influye decididamente en el contenido de las normas implícitas en los tipos de los delitos de acción dolosos. Ya no se prohíbe toda acción finalista dirigida a la producción del resultado delictivo, sino solo las acciones finalistas que al mismo tiempo sean peligrosas, es decir, en las que aparezca *ex ante* la producción del resultado como una consecuencia no absolutamente improbable.[446]

Asimismo, Paredes Castañón considera que convertir los problemas de valoración en meros juicios de imputación es incorrecto, pues hay juicios descriptivos, como los de causalidad, juicios atributivos o de imputación, el de autoría o dolo, y juicios de valoración, como los relativos al riesgo permitido. Y esta inadecuada ubicación sistemática del riesgo permitido corresponde a un inadecuado entendimiento del proceso en que consigue el llamado juicio de tipicidad.[447]

En Italia, Marinucci precisa que bajo la etiqueta de la imputación del resultado se hace referencia y se evoca sólo uno de los criterios sobre los que se fundamenta la imputación por culpa del resultado: la realización en el resultado del riesgo específico que la norma de diligencia pretendía evitar.

---

[444] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDADES PENALES CON MOTIVO DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LAS IDEAS", Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia – España, 1983, Pág. 03.

[445] Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTÓN, Tomás. Ob. Cit., Pág. 417.

[446] Cfr. CEREZO MIR, José. "CURSO…", Ob. Cit., Pág. 105.

[447] Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. "EL RIESGO PERMITIDO EN DERECHO PENAL", Ministerio de Justicia Interior, Madrid – España, 1995, Pág. 49.

Asimismo, que la imputación objetiva presenta un conjunto de dogmas que obstaculizan la comprensión y el libre desarrollo del principio de culpabilidad.[448]

En Latinoamérica, Zaffaroni precisa que, mediante esta teoría se pretende legitimar el poder punitivo derivado de la aceptación dogmática objetiva de la imputación, mediante sus presupuestos teóricos, sea el de protección de riesgos para bienes jurídicos o el reforzamiento del sistema punitivo conforme a la interacción de roles sociales, la cual, dejan la puerta abierta para la ampliación del referido poder punitivo.[449]

Como se aprecia, hay una serie de observaciones hacia la moderna teoría de la imputación objetiva, por lo que, a continuación, se expondrán, a saber, las más importantes críticas a esta teoría.

A. TESIS DE ARMIN KAUFMANN

En un enjundioso trabajo, al final de su fructífera vida académica, rechazó Armin Kaufmann la teoría de la imputación objetiva, al considerar que su ámbito encuentra mejor acomodo en el estudio individualizado de cada figura delictiva en particular: a la Parte general, dice Kaufmann, pertenecen, genuinamente, sólo dos de los problemas que han sido abarcados por la doctrina de la imputación objetiva: la causalidad y el desvío irrelevante del proceso causal representado. Todos los demás problemas y casos pertenecen a la Parte Especial.[450]

Por otro lado, a los casos considerados por la doctrina de la imputación objetiva como de *disminución de riesgo*, y por tanto, de no imputación, opone Kaufmann que, como acto previo al de imputación, se ha debido proceder, mediante interpretación, a la tipificación del resultado a imputar; en virtud de ese acto de interpretación, no cabe otra intelección que la de definir la *muerte de un hombre* como *acontecimiento de vida.*[451] De tal manera que, quien para salvar la vida, hiere, no está produciendo una merma en la integridad física de la víctima sino ampliando sus posibilidades de vivir, por lo que mal puede hablarse de que haya disminuido su expectativa de salud. Sólo cuando se haya obtenido, mediante interpretación, la tipicidad del resultado, puede surgir la cuestión, completamente distinta, sobre cuándo el resultado típicamente producido puede serle "atribuido" al autor.[452] Así pues, los casos estudiados por la doctrina como la de disminución del riesgo no se resuelven en la parte

---

[448] Cfr. MARINUCCI, Giorgio. "NON CÉ DOLO SENZA CULPA. MORTE DELLA IMPUTAZIONES OGGETIVA DELL´EVENTO E TRANSFIGURAZIONE NELLA COLPOLEZA". (No hay dolo sin culpa. Muerte de la imputación objetiva del resultado y la transfiguración de la culpabilidad). En: *Revista Italiana Diritto e procedura Penale,* Giuffré Editore, Fasc. 1, Milano – Italia, 1991, Pág. 119.

[449] Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. Ob. Cit., Tomo I, Págs. 444 y sgts.

[450] Cfr. KAUFMANN, Armin. "¿ATRIBUCIÓN OBJETIVA EN EL DELITO DOLOSO". Traducción de Cuello Contreras. En: *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, Tomo XXXVIII, Fascículo III, Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1985, Pág. 824.

[451] Ibidem, Pág. 811.

[452] Ibidem, Pág. 812.

general, en la teoría del delito, sino en la parte especial.

Asimismo, si el tipo de homicidio doloso, por ejemplo, requiere, según la doctrina de la imputación objetiva, que la acción homicida haya creado un peligro de muerte, ese peligro no cabrá verlo sino en el hecho de que quien apunta y dispara con una pistola en la dirección donde se encuentra un hombre, es decir, quien manipula de esa forma un arma de fuego, está creando un peligro de muerte. Con lo cual. Para Kaufmann, nos encontramos ante la paradoja de que aquello que constituye el contenido esencial del tipo de homicidio imprudente (la infracción del deber de cuidado) se convierte en elemento del tipo de homicidio doloso.[453]

Además, los casos tradicionalmente estudiados como desvío esencial, los enfoca ahora la doctrina de la imputación objetiva como casos en los que hay que dar respuesta a la pregunta de por qué lo que constituye el fundamento fáctico de la imputación del resultado que el autor no se representó resulta imputable a título doloso. Que, con la doctrina de la imputación objetiva, se entienda que ese resultado sea desarrollo objetivo de la peligrosidad de la acción, o, con la doctrina del injusto personal finalista, se entienda que la tentativa acabada desarrolla ya la totalidad del injusto y la culpabilidad, a los que se añade el resultado como condición objetiva de punibilidad, es irrelevante.

Asimismo, para Kaufmann, la teoría de la imputación objetiva se ha apoderado de los clásicos problemas que se estudian en el ámbito del dolo, como son la aberratio ictus y las distintas clases de dolo, intentando objetivizar nuevamente la teoría del delito. El dolo, según Kaufmann, tal como se debe entender dirige – al ser voluntad de realización – el dominio final y por ende la relación causal. A la luz del dolo desaparecen las más complejas problemáticas, como la nieve con el sol de abril. El desconocimiento de esta verdad conduce a la creación de problemas que luego no pueden solucionarse adecuadamente. [454]

En suma, o bien el dolo abarca la causación del resultado típico, incluidos aquellos momentos fácticos que pueden dar motivo para reflexionar en el sentido de la atribución objetiva; en cuyo caso, la problemática, por así decirlo, se resuelve por sí misma: la acción es precisamente *peligrosa* porque es medio conocido (y eficaz) para realizar este resultado; y, además, es la producción del resultado típico precisamente la realización del abarcado por el plan del autor con el medio "peligroso" para su consecución.[455]

Esta posición ha sido adoptado por Donna,[456] para quien, la

---

[453] Ibidem, Pág. 815.
[454] Ibidem, Pág. 818.
[455] Ibidem, Pág. 816.
[456] Cfr. DONNA, Edgardo A. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA", Editorial de Belgrano, Buenos Aires – Argentina, 1997, Págs. 62 y sgts. Asimismo, para el citado autor, casos concretos como la de disminución del riesgo y creación de riesgo desaprobado, deben ser sustituidos por otras figuras. Así, en la disminución del riesgo, se está ante un caso de estado de necesidad justificante; por otro lado, en la creación de un riesgo desaprobado, el verdadero indicador es si el sujeto domina las circunstancias del hecho y lo realiza como su propia obra.

construcción de la imputación objetiva presenta dos problemas visibles. El primero, deja fuera de la teoría del error todo el proceso causal, aún en la valoración que puede tener un profano. Además, desconoce el real papel del dolo. Esta afirmación, para el jurista argentino, se hace notoria cuando se habla del riesgo permitido; el error sobre este punto debería excluir el dolo del autor.

B. TESIS DE JOACHIM HIRSCH

A juicio de Hirsch, la denominada teoría de la imputación objetiva resulta criticable, pues bajo una misma e imprecisa denominación agrupa en su seno cuestiones dogmáticas completamente diversas.[457]

Desde un punto de vista sistemático, se cuestiona acerca de la bondad de la novedosa doctrina de la imputación objetiva, en cuyo ámbito es preciso distinguir entre *culpabilidad* y *responsabilidad*, esto es, entre realización de comportamiento culpable y responsabilidad por la producción del resultado. En este sentido, sostiene Hirsch que el punto central del concepto de culpabilidad es la realización de una acción contraria a la norma penal, con lo cual la moderna dogmática jurídico – penal encubre en verdad los ya añejos problemas de la teoría de la acción, en tiempos planteados por la dogmática clásica.[458]

En lo que respecta a la tentativa, para Hirsch, si se analiza esta figura, habrá comienzo de ejecución siempre que se empiece a ejecutar la acción, no siendo suficiente que sólo quede en la representación del autor. Este criterio objetivo se encuentra en el real peligro corrido por el objeto, visto por una persona colocada en la posición del autor, desde una visión ex ante. Pero esta solución no conduce a un criterio meramente objetivo, ya que es necesario tener en consideración a la voluntad, que es la que dirige y maneja la causalidad. La unión de ambos elementos es relevante para la teoría del injusto. Por ende, el criterio objetivo buscado, que vendría a añadirse al de la causalidad, ya estaba en el concepto de acción. Basta por ello, el peligro objetivo del acto en cuanto tal desde una visión ex ante.[459]

Por otro lado, este autor rechaza que los criterios propuestos por la teoría de la imputación objetiva puedan ser aplicados con pretensiones de generalidad tanto a los delitos imprudentes como a los dolosos.[460] En su opinión, se impone un criterio diferenciador, acorde con las peculiaridades de cada tipo delictivo, de donde se deriva además la innecesariedad de los postulados de la doctrina de la imputación objetiva: *la distinción se explica dogmáticamente con el argumento de que en el delito imprudente se trata de una acción de riesgo que tiene a la producción del resultado como consecuencia.* En cambio, en el delito doloso de resultado, se trata de una

[457] Cfr. HIRSCH, Joachim. "ACERCA DE LA TEORÍA IMPUTACIÓN OBJETIVA". Traducción de Pastor. En: *Derecho penal. Obras completas,* Tomo I, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires – Argentina, 2000, Pág. 49.
[458] Ibidem, Págs. 51 y sgts.
[459] Ibidem, Págs. 54 y sgts.
[460] Ibidem, Págs. 59.y sgts.

acción que realiza un resultado concreto. Mientras que en el delito doloso los límites generales del tipo objetivo se derivan del concepto de acción, en el delito culposo, debido que, la acción peligrosa, que constituye el objeto de valoración contraria al deber de cuidado, todavía no está dirigida al resultado concreto, se exigen, otros criterios, junto a la causalidad, para fundamentar la vinculación de la contrariedad al cuidado con el resultado sucedido. De esta forma, se trata aquí de necesidades que surgen de la estructura del delito imprudente. Por eso, ellas son reconocidas ya independientemente de la teoría de la imputación objetiva no brinda nada que no pueda ser deducido ya de las particularidades del tipo culposo.[461] *Con ello, se puede ver que la teoría imputación objetiva no representa utilidad alguna tampoco para el ámbito del delito imprudente. Ella constituye únicamente una recopilación, inspirada en cláusulas generales, de puntos particulares que están condicionados por la estructura específica del delito culposo.*

C. TESIS DE EBERHARD STRUENSEE

Para Struensee la teoría de la imputación objetiva, no es propiamente una teoría, en el sentido que configure un cuerpo armónico de preposiciones teóricas homogéneas.[462]

Asimismo, de la doctrina de la imputación objetiva en el delito imprudente, por su parte, se ha ocupado Struensee; más concretamente, de la atribución o no del resultado producido a que la acción contraria a cuidado (relación de antijuridicidad). Lo que abarca, a si vez, dos cuestiones: la relacionada con el ámbito de protección de la norma y la relacionada con el comportamiento alternativo correcto.[463]

En primer lugar, partiendo de la fórmula acuñada de imputación objetiva se constata muy bien la correspondencia que ha de existir entre el peligro desatado y el realizado, pero no se ha apreciado aún cómo deben determinarse ambos en un sistema jurídico,[464] ya que con la producción de todo resultado se constatan ambos peligros y no parece que un concepto puramente naturalístico como éste sea suficiente.

Si como sostienen los partidarios de la teoría, ha de tratarse una peligrosidad *ex ante*, que sobrepase el límite de lo permitido y que se ha materializado en una puesta en peligro concreta, antijurídica, por exceder de lo permitido y como tal peligrosidad incrementada se ha realizado en el resultado, entonces, dice Struensee, el conocimiento del autor, al que recurre el juicio ex ante, anticipa el marco de aquellos factores de riesgo cuya realización en el mundo exterior al agente está ya comprobada. En la medida en que el autor se

---

[461] Ibidem, Págs. 61 y sgts.

[462] Cfr. STRUENSEE, Eberhard. "ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO CATEGORÍA COMPLEMENTARIA DEL TIPO OBJETIVO". Traducción de Fabrizio Guariglia. En: *El Derecho penal de hoy. Homenaje al Profesor de David Baigún,* Editorial El Puerto, Buenos Aires – Argentina, 1995, Pág. 251.

[463] Cfr. STRUENSEE, Eberhard. "ATRIBUCIÓN OBJETIVA E IMPRUDENCIA". Traducción de Serrano González de Murillo. En: *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 44, Editorial Edersa, Madrid – España, 1991, Págs. 449 y sgts.

[464] Ibidem, Pág. 453.

representó (tipo subjetivo de imprudencia) aquellos factores de riesgo (tipo objetivo) que, conforme a la ley causal pertinente, desembocaron en el resultado, el tipo de imprudencia se da completo (congruencia). *La congruencia entre el tipo objetivo y tipo subjetivo radica en la identidad de la ley causal que fundamenta en el lado objetivo la relación causal y en el lado subjetivo la contrariedad a cuidado, la cual consiste en dirigir la intención hacia un ámbito mínimo, normativamente establecido, de condiciones de resultado.*[465]

En segundo lugar, en cuanto al comportamiento alternativo correcto, se trata de una cuestión de la que, en términos absolutos, se puede prescindir, reducida a la del ámbito de protección de la norma, entendida, a su vez, por Struensee en el sentido de congruencia entre lo que el autor se representó y causó creando determinados riesgos. El modo de pensar de la *alternativa* está mal planteado porque: (a) la única alternativa al comportamiento (activo) que causó un resultado sería la omisión de ese comportamiento; (b) no hay base que justifique pensar el comportamiento alternativo por las siguientes incoherencias: 1) la idea de comportamiento alternativo correcto fracasa en el delito doloso, 2) mientras que la imputación por omisión del salvamento del bien jurídico, obliga a responder si el comportamiento prescrito hubiese evitado el resultado, no tiene sentido hacer depender la imputación de la existencia o no de otro comportamiento activo alternativo, ya que, la única alternativa a un comportamiento que causa un resultado desaprobado es omitir tal comportamiento.

En suma, para Struensee, buena parte de los casos que la doctrina pretende resolver con la teoría de la imputación objetiva se resuelven mejor con una precisión de la exigencia de lo que debe abarcar el dolo. Se trata de que, a pesar de las dificultades, y de que nunca podrá aspirarse a que el autor se haya representado todos y cada uno de los factores causales que han contribuido a la producción del resultado, para el jurista alemán, no hay que conformarse con el mero conocimiento de la ley causal general, sino de exigir en el dolo el conocimiento de la concreta causalidad que se materializó en el resultado.

D. TESIS DE LAMPE

Para Lampe, si la imputación objetiva busca comprobar la cuestión axiológica de una relación causal para el ordenamiento jurídico y, por ende, es complementaria a la cuestión ontológica de la causalidad, entonces su lugar debería ser la antijuridicidad; sin embargo, esta teoría escapa al reenvío a la antijuridicidad porque ella nombra las condiciones reales complementarias, con cuya consideración puede atribuirse penalmente la causalidad. [466]

Lampe acota que el criterio de *perseguibilidad objetiva* del resultado (que existiría cuando la conducta causal, en consideración a la realización, o bien la evitación del resultado puede ser considerada como puesta en marcha final), no es convincente, dado que, no puede fundar la realidad de la imputación. Para el jurista alemán, la realidad de la imputación penal depende

[465] **Ibidem, Pág. 454.**
[466] **Cfr. LAMPE, Ernst – Joachim. Ob. Cit., Pág. 68.**

más bien del poder concreto que tiene el autor concreto sobre el hecho; y, para ella, el poder abstracto sobre el hecho de una persona abstracta conforma solamente el marco más externo. Pero incluso cuando se acepta la determinación de la imputación posible de manera jurídico – material, al menos como comprobación preliminar de la imputación real, no se gana nada, porque ello desde el punto de vista jurídico – procesal necesariamente no conduce a resultado alguno. Puesto que, por un lado, la afirmación establecida en el proceso que reza *hay un hombre que hubiese podido realizar o evitar de manera final este resultado* no puede ser rebatida, y por otro lado, la afirmación contraria que dice que *no hay ningún hombre que hubiese podido hacerlo* no puede ser probada. Por lo tanto, la comprobación preliminar material de la perseguibilidad objetiva debe terminar procesalmente en el callejón sin salida del *non – liquen*, resultando inútil.[467]

Asimismo, para Lampe, tampoco convence la ubicación sistemática de la imputación objetiva en el tipo objetivo del delito, a partir de que se ha incorporado a su lado un tipo subjetivo, se trata de una *objetividad* totalmente distinta a la que presupone la teoría de la imputación objetiva; por lo que, se da una confusión de conceptos; así, si el conocimiento concreto del autor es asignado al tipo objetivo, este conocimiento es subjetivo en cuanto a dos aspectos, el psíquico y el individual del autor; su subsunción bajo el tipo objetivo es por lo tanto solamente posible con la ayuda de una doble infracción a la regla semántica de la clasificación unívoca.[468]

E. TESIS DE RUEDA MARTÍN

Rueda Martín, partiendo de la distinción de Pufendorf entre *imputativitas* e *imputatio*, se tiene que, la primera denota el mismo concepto de acción, constituyendo el sustrato material sobre el que se efectúan las valoraciones jurídico – penales; el denominador común de este concepto de la *imputativitas* es que se hace depender la imputación de la existencia de un principio ontológico y cuyo principal objetivo es, en cualquier época histórica, comprobar si un hecho es atribuible a una persona como su propia obra. La segunda, *imputatio*, consiste en un juicio mediante el que se determina la valoración de un hecho que tiene como causante a una determinada persona.[469]

Frente a ello, Rueda precisa que, el concepto de imputación orientado al fin de comprobar si un hecho es atribuible a una persona como su propia obra, es decir, la *imputativitas*, está unido al concepto de acción. El instituto de la imputación (imputativitas) cuando crea una acción constata sólo que el hecho está constituido de tal modo que el ordenamiento jurídico puede efectuar sobre él una valoración. Sin embargo, la cuestión que se suscita es que ahora se pretende añadir al concepto de imputación, un juicio complementario que determine, en el plano objetivo, que la conducta es una expresión de sentido típica. Esto origina que, mientras la imputación (imputativitas) está vinculada al

[467] Ibidem, Pág. 69.
[468] Ibidem, Pág. 70.
[469] Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Ob. Cit., Págs. 91 – 92.

concepto de acción con una fundamentación ontológica, la atribución de sentido está vinculada a la acción como expresión de sentido, cuestión ésta de carácter axiológico que se determina una vez que ha quedado constituida la acción. Efectivamente, la atribución de sentido a una acción hace referencia a otra índole de problemas que los meramente constitutivos del concepto de acción.[470]

En ese sentido, para Rueda, la moderna teoría de la imputación objetiva confunde bajo un único concepto los dos ámbitos: *imputativitas* e *imputatio.* por ende, esta teoría no es una verdadera teoría de la imputación, porque no cumple correctamente el cometido de determinar si un suceso pertenece a una persona determinada al prescindir de las estructuras jurídicas materiales de la imputación. En su lugar se utilizan una serie de criterios normativos que tienen la función de delimitar los hechos jurídico – penalmente relevantes de los que no lo son, atribuyéndoles además un sentido social típico, cuestión ésta de carácter axiológico que queda excluida de la función asignada históricamente al concepto tradicional de la imputación.[471]

Por el contrario, para la citada jurista española, hay que distinguir, por un lado, la estructura ontológica, y por otra, la atribución de sentido de una acción. En ese sentido, una doctrina de la llamada imputación objetiva es valorativa que debe respetar la estructura ontológica de la acción (finalista) como una unidad final – causal, como una unidad de sentido configurada por elementos objetivos y subjetivos. Desde este punto de vista todos los criterios de imputación objetiva constituyen límites externos de valoración de la acción finalista.[472]

2.3.4 RESPUESTAS A LAS CRÍTICAS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

En primer lugar, el reproche contra la teoría de la imputación objetiva del uso de categorías vagas es poco convincente, porque los mismos críticos, en el marco de los instrumentos empleados por ellos, respecto al poder final de actuar, recurren también a conceptos comparables con los que emplea la teoría de la imputación objetiva. En ese sentido, al querer, por ejemplo, los finalistas, solucionar la constelación de casos, con el aspecto subjetivo (dolo o culpa) bajo el prisma del dominio final del hecho (teoría final de la acción), caen en la misma vaguedad conceptual; es decir, aquella difusa teoría de la imputación objetiva se le estaría reemplazando en otra figura, no exenta de críticas (por su vaguedad) como es el *dominio final del hecho.*

En segundo lugar, en cuanto a la crítica de que el riesgo permitido pertenece a la parte especial del derecho penal, como figura de interpretación de cada tipo, se ha dicho que si bien es cierto sólo una correcta interpretación de las normas puede precisar donde finaliza una simple causación de un resultado y donde se inicia una acción típica, también es cierto que este principio de interpretación es aplicable a todos los tipos penales; por tanto, su estudio ha de pertenecer a la parte general de la teoría del delito. En sí, no se

[470] **Ibidem, Pág. 93.**
[471] **Ibidem, Pág. 96.**
[472] **Ibidem, Pág. 438.**

trata de una crítica, sino de la demostración del cambio metodológico de la *teoría de la imputación objetiva* frente al finalismo. Los tipos de la parte especial no son medios para descubrir la *mala intención*, sino que la *mala intención* no es relevante mientras no suponga la realización de un tipo penal. No se busca interpretar el dolo del autor, sino desvalorar realizaciones dolosas e imprudentes de tipos penales, y para ello se requiere de un criterio metodológico general.

En tercer lugar, sobre la objeción de que en los delitos imprudentes ya era suficiente el instrumental propio de la dogmática de esta clase de delitos (ej. Infracción del deber de cuidado, relación de contrariedad a deber), implícitamente, se viene reconociendo los presupuestos materiales de la imputación del resultado. En efecto, la presencia de la creación del peligro desaprobado se presupone en la infracción del deber de cuidado; y que el resultado deba atribuirse a la contrariedad al deber de la conducta, se corresponde con el requisito de que todo peligro desaprobado, en virtud del cual la conducta está prohibida y es contraria al deber de cuidado, debe haberse realizado. Con el reconocimiento de la infracción de deber de cuidado la referencia a la normativización excesiva y a los peligros de la falta de seguridad jurídica se torna inverosímil. Es difícil imaginarse un concepto más normativo e inseguro que el de infracción del deber de cuidado.

En cuarto lugar, si la opinión dominante defensora de la imputación objetiva maneja la distinción entre "tipo objetivo" y "tipo subjetivo", atribuye a la imputación objetiva al primero y después introduce datos subjetivos (como los "conocimientos especiales" en el delito doloso) para determinar esa "imputación objetiva", implica aquella observación de la falta de aquel carácter ”objetivo” de la imputación.

Frente a ello, Cancio Meliá[473] ha realizado el siguiente razonamiento que se indica, sucintamente: En el marco de la teoría del delito las distintas categorías vienen justificadas porque son elementos que tienen una función de filtro, es decir, que sirven para excluir de ulteriores análisis determinadas constelaciones de casos. Si los elementos subjetivos pueden ser tan determinantes para la aparición de una conducta relevante para el tipo objetivo, ¿para qué esa figura del tipo objetivo? La respuesta depende, *en primer lugar*, de que el tipo objetivo pueda constituirse efectivamente en *filtro*. El punto de partida que debería quedar claro para el análisis de esta cuestión es que el tipo objetivo no es nada más que uno de los elementos del injusto global; no es un escalón de valoración propio. Sólo hay injusto cuando se puede afirmar la tipicidad *in toto*.[474] La pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos que son ya, en cualquier caso, perturbadores", es decir, que la descomposición analítica del

---

[473] Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. “ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA”. En: *El Funcionalismo en el Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Gunther Jakobs,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 2003, Págs. 211-228.

[474] Pero aún así, cabe la posibilidad que pueda eliminar del proceso de imputación determinados supuestos de hecho. Y al menos para aquellos autores que sostienen que hay determinados supuestos en los que ciertos conocimientos o facultades especiales superiores no deben ser tenidos en cuenta en la determinación de la tipicidad, queda claro que sí existe esa función de filtro.

hecho llevada a cabo por la teoría del delito sólo puede ir avanzando en la introducción de elementos de contexto en la medida en que estos indiquen la realización de un hecho jurídico-penalmente relevante. Hay que comenzar por la perturbación general-objetiva, por el significado social "perturbación", que se aprehende, en un primer paso, a través de la teoría de la imputación objetiva. Ahora bien, que esta delimitación de sucesivos "niveles de contexto" no puede hacerse conforme a un esquema simplista "dentro de la cabeza" - "fuera de la cabeza" también es evidente. En este sentido, *"objetivo" significa concreción de la norma conforme a los patrones generales de un sujeto en un determinado papel social*. Y desde esta perspectiva no pueden resultar convincentes las críticas que se han planteado en el sentido de que la teoría de la imputación objetiva estaría usurpando determinadas cuestiones pertenecientes a lo subjetivo. Pues si de lo que se trata es de una determinación general de los límites de la tipicidad objetiva en el sentido de general, no puede ser decisivo que los datos introducidos en este juicio sean, desde un punto de vista externo natural, de naturaleza "objetiva" o "subjetiva". Al igual que otros datos del contexto que permiten esa valoración objetiva en el sentido de general, 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 éste puede variar en función de los datos conocidos por el sujeto actuante. Esta diferenciación en cuanto al contexto relevante para efectuar el juicio de tipicidad puede incluso trasladarse dentro de la teoría de la imputación objetiva.[475]

2.3.5 LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO HERRAMIENTA PARA LA INTERCAMBIABILIDAD DE LA ACCIÓN Y OMISIÓN EN LA REALIZACIÓN DEL TIPO PENAL DE COMISIÓN

Un modelo de imputación de responsabilidad sobre la base de roles, no se pregunta por la posición naturalística de la persona, sino por el tipo de expectativa o deber jurídico que forma parte, implícitamente, del contenido de un tipo penal concreto, que puede ser defraudada vía acción, o por omisión. En este marco, el juicio de imputación objetiva cumple un rol fundamental, dado que, el sistema penal parte de la idea de que el delito es un proceso de imputación de un hecho y de una sanción a una persona que la sociedad realiza para satisfacer ciertas necesidades preventivas básicas: ***la identidad normativa de la sociedad*****,** con la aclaración que, no es la sociedad quien condiciona el status de persona y por ende de lo que crees es o no necesario para su continuidad, sino es considerar a la persona como sujeto libre y tendiente a su autorrealización en sociedad, la que establece las condiciones necesarias para ese desarrollo. Asimismo, la imputación objetiva, como juicio normativo – valorativo, se erige sobre la base de los principios de ***autorresponsabilidad*** y con la ***delimitación de ámbitos de organización y***

[475] Desde esta perspectiva, las distintas instituciones dogmáticas que la configuran pueden obtener su diferente posición sistemática en función de la clase y cantidad de datos que se incorporen desde el contexto al juicio de imputación, yendo desde valoraciones más abstractas hasta la introducción de elementos más concretos de l contexto.

responsabilidad. En el presente punto se desarrollará este modelo de imputación.

2.3.5.1 PUNTO DE PARTIDA: LOS ROLES O COMPETENCIA DE LAS PERSONAS EN SOCIEDAD RECODIGOS EN EL TIPO PENAL

A pesar de compartir los presupuestos esenciales de toda *teoría de la imputación objetiva* que busque una interpretación teleológica y objetivizadora del tipo y rechazar las críticas provenientes del finalismo, es preciso plantear una serie concretas observaciones a los modelos de imputación objetiva descritos anteriormente. Así, en lo que respecta al modelo de Roxin, en primer lugar, cabría plantearse algunas dudas sobre uno de los principios inspiradores de este movimiento doctrinal: la política criminal; es decir, con la mera orientación político – criminal se encuentra ante un sistema tan indefinido, poroso y abierto que es bastante dudoso incluso que se merezca el calificativo de sistema. Aunque se podría argumentar que la teoría de la imputación objetiva siempre busca límites objetivos a la tipicidad y, por tanto, opera in *bonam partem*, lo cierto es que, por ejemplo, los defensores de la teoría del incremento del riesgo no pueden acudir a tal argumento porque esta teoría ha justificado la expansión de la responsabilidad por imprudencia por razones político – criminales, aunque sus defensores han reconocido muchas veces las dificultades que entraña tal teoría desde un punto de vista dogmático. Al respecto, Feijoo acota que la visión de Roxin ha confundido la racionalización teleológica de los problemas generales de la teoría jurídica del delito con un sistema meramente orientado a las consecuencias de cada caso concreto y que basa sus soluciones en decisiones *ad hoc*.[476] ***En segundo lugar,*** se le objeta al modelo de Roxin porque no va mucha más allá de un conglomerado inconexo de principios y criterios que se contradicen entre sí, careciendo de un hilo conductor que les dote de una lógica interna, y cuyo contenido es, en la mayoría de casos, tan impreciso que permite la justificación de cualquier solución: la elegida previamente y de manera intuitiva, dándose a veces la circunstancia de que distintos autores acuden al mismo criterio para, ante un mismo supuesto problemático, justificar soluciones opuestas.[477] Así, por ejemplo, Roxin no ha explicado cómo funciona la norma que tiene el fin de proteger bienes jurídicos y que se ha convertido en el *topos* central de los primeros planteamientos la teoría de la imputación objetiva. Debido a esta inseguridad teórica no es extraño que cada autor utilice el criterio del *fin de protección de la norma* como mejor convenga a las conclusiones a las que se quiere llegar.[478] ***En tercer lugar,*** los criterios de imputación objetiva de Roxin son útiles para imputar resultados o para limitar la imputación de resultados, pero no suponen una auténtica teoría normativa del tipo. En efecto, la estructura formal consistente en la creación y la concreción del riesgo sólo es válida, como mucho, para los delitos que recogen, como elemento del tipo, un

[476] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "IMPUTACIÓN OBJETIVA…", Ob. Cit., Pág. 119.

[477] Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO", Editorial EDERSA, Madrid – España, 1992, Pág. XX

[478] Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "EL DELITO IMPRUDENTE. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DEL RESULTADO", 2da. Edición, Editorial B de F, Montevideo – Uruguay, 2005, Págs. 567 y sgts.

resultado lesivo. Pero el tipo, como categoría de la teoría jurídica del delito, no tiene un carácter formal, sino material. Aunque no se debe negar que sus aportaciones relativas a la creación de un riesgo no permitido en el ámbito del delito doloso tienen una gran relevancia para una teoría moderna del tipo. Sin embargo, pese a todo lo dicho, no se pueden obviar los méritos de Roxin como pionero de la normativización de la tipicidad, que ha ofrecido unas pautas de solución a ciertos problemas del tipo que no se pueden desdeñar, aunque precisen una mayor concreción y sistematización. Como indica Feijoo, no obedece a la causalidad la gran aceptación que han tenido muchas de las propuestas de Roxin no sólo en la literatura, sino también en la jurisprudencia, lo que nos da una idea de su gran relevancia práctica.[479]

En lo que respecta al modelo de Jakobs, éste ha separado de una forma radical la *imputación objetiva* de la *subjetiva*, (des)individualizando y estandarizando los tipos de resultado. No obstante, se le objeta este modelo con relación al tema de los *conocimientos especiales del autor*, en donde Jakobs define el conocimiento penalmente relevante en función al rol social, no formulando un criterio recogido de forma expresa o tácita por una norma penal;[480] siendo complicada la delimitación de los roles sociales, más allá de los criterios que nos ofrece el tipo. En ese sentido, es correcta la observación de Feijoo, que el objeto de imputación y de valoración no es un rol sino un ciudadano que ***desempeña un rol con ciertos límites en su libertad de actuación (límites determinados, por ejemplo, en las leyes penales).***[481] A pesar de lo dicho, Jakobs ha desarrollado una serie de ideas interesantes para determinar el alcance del tipo objetivo en los delitos de resultado. La idea de la imputación objetiva como el quebrantamiento de un rol es una idea rectora que ha ido adquiriendo gradualmente mayor concreción por medio de una serie de institutos. A diferencia de Roxin, este autor no ha buscado casos concretos a los que aplicar soluciones ad hoc, sino que ha buscado soluciones a problemas generales. Así, aunque alguien haya creado un riesgo y ese riesgo se haya concretado en el resultado, no existe una conducta típica, si el autor se puede distanciar objetivamente del hecho con base en alguno de los siguientes institutos: a) riesgo permitido, b) principio de confianza, c)

---

[479] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "IMPUTACIÓN OBJETIVA…", Ob. Cit., Pág. 137.

[480] Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Ob. Cit., Pág. 263, nota 29. Aunque cabe precisar que, en la última conferencia pronunciada por Jakobs en Lima (2004) precisó que en determinadas situaciones, como el clásico ejemplo del camarero, si se puede tomar en cuenta los conocimientos especiales del sujeto (pero sólo en algunos casos). Sin embargo, en nuestro medio, quien sigue la posición inicial de Jakobs entorno a los conocimientos especiales es Caro John, para quien el dato del conocimiento del interviniente cotidiano sobre el contexto delictivo no desempeña ningún papel en la determinación de la relevancia o irrelevancia penal de su intervención, siempre y cuando *obre en el marco de su rol* (CARO JOHN, José Antonio. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA". En: *Comentarios a la jurisprudencia penal*, N° 01, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2003. Pág. 90). Sin embargo, yerra al no considerar aquellos conocimientos y facultades superiores a la media, los cuales, si se tienen en cuenta en el análisis de la imputación objetiva. En efecto, como afirma Cancio, al igual que otros datos del contexto que permiten esa valoración objetiva en el sentido de general, 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.

[481] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "IMPUTACIÓN OBJETIVA…", Ob. Cit., Pág. 141. lo resaltado es mío.

consentimiento de la víctima, y, d) prohibición de regreso. Asimismo, en lo que respecta a la imputación del resultado, o bien se constata que el resultado es concreción del riesgo típico o se declara que no es concreción de ese conjunto de condiciones penalmente relevantes, sino de otras; por lo que, la misma, para Jakobs es un problema meramente empírico o descriptivo.

En lo que respecta al modelo de Frisch, quien distingue dos categorías: a) la conducta típica, y, b) la imputación del resultado, basa su argumentación en una doble ponderación constitucional: 1) si en casos como el que es objeto de valoración es necesario y apropiado limitar la libertad general de actuación, y, 2) si es apropiada, necesaria y adecuada la intervención del Derecho penal; y estas valoraciones se realiza siempre en el marco de la tipicidad de la conducta; en cambio, a la hora de imputar resultados, como la valoración ya se realizó, entonces, sólo es suficiente constar fácticamente, de acuerdo con el desvalor de la conducta realizado previamente. No obstante, se le critica este modelo, en primer lugar, porque esa ponderación de legitimación es una ponderación que no le corresponde al aplicador del Derecho, sino al legislador; en segundo lugar, se trata de una valoración absolutamente abierta, indeterminada e indefinida, que no aporta criterios claros de solución; no sirve más que como topos argumentativos para presentar soluciones previamente acordadas. La mejor prueba de ello es que ante los diversos problemas de tipicidad que ofrecen los tipos puros de resultado Frisch realiza una ponderación caso por caso.[482]

En lo que respecta al modelo de Sancinetti, se tiene que, si la imputación objetiva puede adecuarse a una concepción subjetivista – monista del injusto, la misma es poco convincente, puesto que, hay una diferencia entre configurar la teoría de la imputación objetiva como una mera concreción de los límites del injusto (subjetivo) y el entendimiento que le suelen asignar sus defensores. Pues para éstos, la imputación objetiva no sólo acota la materia de prohibición como una especie de límite externo derivado de la teoría de las normas sino que – de acuerdo con una concepción que reconoce la misión social de la construcción dogmática y consiguientemente de la norma – contribuye a la constitución del injusto, ya que no puede haber tipicidad sin relevancia objetivo – social de la conducta.

Finalmente, en lo que respecta al modelo de Bustos Ramírez, tampoco es convincente la afirmación de que la realización del riesgo aparece como momento de la antijuridicidad. Sostienen los críticos que en tales casos no se carece de una parte del tipo penal objetivo sino que, dada la tipicidad (la creación desaprobada del peligro que ha llevado al resultado), ante todo se carece es de la antijuridicidad. No es convincente esta opinión, porque lo fundamental en la tipicidad es un proceso valorativo de determinación de una situación típica. En cambio, en la antijuridicidad se consideran todas las valoraciones y desvaloraciones que surgen desde todas las reglas del ordenamiento jurídico. Los partidarios de la teoría de la imputación objetiva

[482] Ibidem, Pág. 166. Para Feijoo, Frisch y su discípulo Freund, no distinguen entre las ponderaciones y valoraciones previas a la existencia de la norma de conducta que competen al legislador penal y la labor interpretativa de dichas normas que deben realizar el juzgador o el dogmático (Ibidem, Pág. 167).

consideran que la inclusión o no de su teoría en el tipo penal no se puede fundamentar en un juicio especial con la valoración. Al colocar al tipo penal en contraposición con la valoración, se está pasando por alto que la delimitación de los elementos que se consideran necesarios para constituir un tipo penal se basa en valoraciones consecutivas. No se entiende por qué la sola creación del peligro por sí sola típica la conducta, esperando otro nivel, la antijuridicidad, para decidir si la realización del riesgo es o no jurídica. Se considera que sólo conciernen preguntas sobre la antijuridicidad, cuando ya no se trata más de un problema de la armonización de la libertad de acción y del interés de protección de bienes jurídicos, sino que se trata de excluir la valoración básica a ciertas creaciones del peligro, las cuales en sí están desaprobadas y se ha realizado el riesgo.

Ante todo lo señalado, ¿será posible mantener nuestra posición sobre la importancia del juicio de imputación objetiva en el establecimiento de la identidad material entre la omisión y la acción? ***Como se ha indicado, la responsabilidad penal no puede ser distinguida sobre la base de la apariencia externa de la conducta (si el sujeto realizó una acción, o bien, una omisión); por el contrario, se requiere de una razón normativa, y es precisamente dentro de la teoría de la imputación objetiva en donde se lleva a cabo la determinación de una conducta típica y, según el tipo penal, la materialización de un resultado. Y para ello, se deberá distinguir entre delitos producidos por la creación o administración de un riesgo común (delitos derivados del status general de ciudadano, el cual, forma parte, implícitamente, del contenido del tipo penal) y aquellos otros que derivan de deberes especiales establecidos por el ordenamiento jurídico frente a determinado bien (delitos en virtud de una institución, la cual, descansa un rol específico que, también, forma, implícitamente, parte del contenido del tipo penal).***

Y esta diferenciación es distinta a la subdivisión tradicional entre delitos de omisión y de comisión, y sobre la base de la misma,[483] determinar cómo se aplica el juicio de imputación objetiva.

Para ello, nos basamos en las siguientes ideas rectoras:

- Un hecho puede imputarse a un sujeto sólo si constituye la infracción de un rol socialmente atribuido, complementado con el empleo de criterios normativos como las capacidades de autodeterminación y autorresponsabilidad, así como, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual, se relaciona con el resultado acaecido. (aspecto normativo de la imputación objetiva).

- La imputación objetiva implica admitir que la configuración del injusto requiere de valoraciones jurídicas específicas, vinculadas a la base fáctica o empírica (aspecto valorativo de la imputación

[483] Cfr. PEÑARANDA RAMOS, Enrique / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos / CANCIO MELIÁ, Manuel. Ob. Cit., Pág. 99.

objetiva).

En el caso de la primera idea rectora, el proceso, en que se discute sobre la adecuación de la imputación, si bien, toma del contexto social, debe estar ordenado según criterios jurídicos.[484]

El rol social puede servir para determinar cuáles son las circunstancias que no se deben conocer, pero si existe un juicio válido sobre el riesgo o la situación de riesgo el que lo crea o participa en la situación tiene el deber de desactivar ese riesgo o evitar esa situación siempre que pertenezcan a su ámbito de responsabilidad. Y el rol social no es el criterio definitivo para esta delimitación normativa de ámbitos de responsabilidad que cobra tanta importancia para el desarrollo moderno de la teoría de la imputación objetiva.

Por el contrario, el criterio normativo determinante es el ***riesgo jurídicamente desaprobado (que es creado por el agente y que se relaciona con el resultado producido),*** porque sin la existencia de este criterio el Derecho penal tendría que intervenir los ámbitos de libertad de los seres humanos cada vez que su conducta lesiona bienes jurídicos ajenos, por el simple hecho de causar el resultado o lesión teniendo el conocimiento de la peligrosidad de su conducta y pudiendo haberla evitado.[485]

Esto es coherente con nuestra metodología de estudio, esto es, partir del criterio de la persona como sujeto libre, que se autodesarrolla en un contexto social determinado. Frente a este fin, el Derecho debe proteger ese ámbito de libertad, por ejemplo, imponiendo roles o deberes, a fin que la persona no se exceda en el desarrollo de su libertad, causando daño a otro sujeto libre. Y en ese sentido, los roles se normativizan a través del concepto de riesgo; es decir, si el rol genérico es no dañar esferas de libertad ajenas, eso se normativiza analizando el concreto tipo penal, a fin de establecer si en el caso concreto la persona ha creado un riesgo prohibido a través de su organización de libertad, configurando el tipo penal respectivo, y, por ende, afectando ese rol genérico de ciudadano. Igualmente, se puede predicar en el caso de roles especiales, en el sentido que, el concreto tipo penal se configurará si estos roles han sido quebrados a través de la creación de un riesgo prohibido (valga la redundancia, por la norma penal).

Por tanto, nuestro modelo no se basa en el puro rol social, dado que, se caería en la excesiva abstracción de la categoría normativa, sino que, consideramos que esos roles son determinados normativamente a través del criterio del riesgo prohibido que recoge cada tipo penal.

En lo que respecta a la segunda idea rectora, ésta parte de que una dogmática que quiere penetrar en el sentido material de las instituciones jurídicas no puede renunciar a la búsqueda de las valoraciones y principios jurídicos que las fundamentan. Y tal búsqueda no ha de limitarse a las

---

[484] Cfr. HASSEMER, Winfried. "PERSONA, MUNDO Y RESPONSABILIDAD. BASES PARA UNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN EN DERECHO PENAL". Traducción de Muñoz Conde / Díaz Pita, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 1999, Pág. 187.

[485] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "RESULTADO LESIVO…", Ob. Cit., Pág. 267.

valoraciones y principios generales, sino que ha de alcanzar hasta los más específicos.[486]

Esta valoración permitirá comprobar la presencia de una conducta peligrosa y luego la exigencia de que su peligrosidad se realice en el resultado. ***Esta valoración se realice sobre los datos fácticamente realizados y recogidos por el operador jurídico, con relación al caso concreto. Estos datos revelan, un comportamiento del agente, como ser libre, y de los conocimientos que éste detenta, como sujeto intelectual, y esto último porque el sujeto debe conocer o tener a la mano datos objetivos que le den el fundamento material a la exigencia jurídica de observancia de un determinado rol o deber.***

Sin embargo, cuando se afirma que la imputación objetiva es un juicio de valoración, nos permite entrar a otro aspecto teórico de la misma. Así, *Imputación* significa, por un lado, atribución de un hecho al hombre y no a causas externas al mismo. En otras palabras, atribución a la libertad y no a la mera causalidad. Así era entendido el término *Zurechnung* (o *Imputation*) en autores como KANT, FEUERBACH o BERNER, por no ir más atrás. La pregunta de la imputación sería, pues, la de si el proceso externo tiene algún sentido (sólo el actuar libre lo tiene. No obstante, como se va a señalar en el último apartado de esta investigación, las bases filosóficas por las cuales nos adherimos no proviene del idealismo kantiano; sino que, al hablar aquí de "libertad" lo hacemos bajo la filosofía del liberalismo político de Rawls). ***Pero en el último siglo el término "imputación" se ha utilizado mucho más – precisamente en el marco de la doctrina de la imputación objetiva – para aludir a la pregunta sobre el contenido de sentido concreto que tiene aquello que previamente se ha imputado, al menos en cierta medida, a la libertad.***

Expresado de otro modo, la teoría de la imputación objetiva no pretendió, ni pretende, establecer las condiciones de atribución del hecho a un sujeto como su obra, cuanto establecer las reglas de atribución de un sentido concreto al referido hecho.[487]

Queda entonces la cuestión del juicio de imputación como atribución del hecho a un sujeto como obra suya. Para los pocos defensores actuales del referido concepto clásico de imputación – muy especialmente Hruschka –, no sólo la teoría del comportamiento típico sino también la doctrina sobre el nexo entre conducta y resultado deben excluirse del ámbito propio de las reglas de imputación. Una y otra pertenecen a lo que se denomina *applicatio legis ad factum*, ámbito propio de las reglas de conducta. De ahí que sorprenda la cita que Frisch hace de aquel autor, cuando, según creo, sus construcciones parten de perspectivas radicalmente diferentes; en concreto, no parece que

[486] Cfr. MIR PUIG, Santiago. "VALORACIONES, NORMAS Y ANTIJURIDICIDAD PENAL". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 15, Editorial Idemsa, Lima – Perú, 2004, Pág. 310.

[487] Que estas reglas de atribución de un sentido concreto al hecho de un sujeto puedan derivarse tan sólo de la finalidad del agente es algo que ni siquiera los finalistas han admitido de modo general, de modo que las propuestas que FRISCH y ROBLES hacen al respecto (sobre el entrecruzamiento de lo objetivo y lo subjetivo) tienen una amplia capacidad de suscitar consenso.

Frisch quiera renunciar a calificar el nexo entre conducta típica y resultado como cuestión de imputación objetiva. En cambio, Robles sí parece sugerir, aunque se muestre algo dubitativo y lo deje entre interrogantes al analizar el planteamiento de Schunemann, que también el juicio sobre el nexo entre conducta y resultado debe reputarse ajeno a las reglas de imputación. En este sentido, su planteamiento sería más próximo al de HRUSCHKA.

Ahora bien, el juicio de imputación, incluso desvinculado de cualquier juicio de valoración sobre el hecho y ceñido a la atribución de éste a un sujeto como obra suya, tampoco puede contemplarse sólo en términos de finalidad. ***Más bien, dicho juicio precisa de la concurrencia de un conjunto de condiciones cognitivas y volitivas en el sujeto que sólo pueden designarse mediante la idea de libertad.*** Como indica Silva Sánchez, «*el concepto de injusto penalmente relevante, como presupuesto específico de la imposición de la consecuencia jurídica pena, ha de tener (…) un carácter más personal» que el que le atribuye la teoría que los finalistas denominan "del injusto personal* (...) *en particular, debe incorporar la exigencia de una libertad (externa e interna) mínima del sujeto, sin la cual carece de sentido afirmar que éste ha infringido un imperativo de conducta».*[488]

En ese orden de ideas, la imputación objetiva, se centra en las valoraciones que se realiza al obrar de un sujeto libre; delimitado por la observancia de roles, legitimados por la necesidad de posibilitar que todas las personas puedan autorrealizarse en sociedad.

Estas dos ideas rectoras permiten afirmar que la imputación objetiva no solamente incide en la atribución de resultados a una conducta típica, sino que la imputación objetiva afecta, además de la atribución de resultados, la imputación de riesgos creados por la conducta del sujeto, la tentativa, los delitos de peligro, la autoría y participación. Aunque, teniendo en cuenta los objetivos de esta Tesis, en la presente investigación nos ceñiremos a las dos primeras situaciones.

En suma, este proceso de determinación objetiva se divide en dos partes: la imputación del comportamiento (creación de un riesgo prohibido) y la imputación objetiva del resultado (realización del riesgo). A continuación se van a desarrollar ambos aspectos.

2.3.5.2 IMPUTACIÓN DEL COMPORTAMIENTO: LA CREACIÓN DE UN RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO

La imputación del comportamiento determina que un comportamiento lesivo puede imputarse al sujeto como, infracción de su rol general de ciudadano, o bien de roles especiales o competencias institucionales. Como ambas clases de roles deben, implícitamente, formar parte del contenido del determinado tipo penal a encuadrar la conducta del agente, es que, los mismos determinan una modalidad de delitos; así el primer tipo de rol

[488] **SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "NORMAS Y ACCIONES EN DERECHO PENAL", Editorial Hammurabi, Buenos Aires – Argentina, 2003, Págs. 135 – 136.**

configura los denominados *delitos de dominio o competencia por organización*; en cambio, el segundo tipo de rol determina a los denominados *delitos de infracción de un deber o competencia por institución.*

En este apartado, analizaremos como esta primera parte de la determinación objetiva se configura tanto en los delitos de dominio, así como, en los delitos de infracción de un deber; para luego, estudiar los institutos dogmáticos que excluyen, en ambos casos, la imputación del comportamiento.

A. LA CREACIÓN DE UN RIESGO PROHIBIDO

Como puede derivarse de la propia denominación del criterio de determinación de la imputación del comportamiento, los riesgos prohibidos son aquellos que no se encuentran abarcados por el llamado riesgo permitido.

En lo que respecta a los delitos de dominio, el riesgo prohibido constituye un importante criterio de determinación, pues no forma parte del rol de ciudadano (que forma parte, implícitamente, del contenido del tipo penal) impedir todos los riesgos de lesión, sino solamente los que exceden el riesgo socialmente permitido.[489] La concreción del riesgo prohibido constituye un proceso de determinación con base en normas jurídicas (en un sentido primigenio),[490] normas técnicas y reglas de la prudencia.[491]

No obstante, para la imputación del comportamiento en el ámbito de los delitos de dominio, no basta que se haya sobrepasado el límite de actuación general establecido por el ordenamiento jurídico, sino que se requiere determinar además la competencia del autor por este riesgo no permitido.[492] Esta determinación sólo puede tener lugar si se tiene en consideración la concreta situación de actuación y la concreta persona del autor. La referencia al autor concreto no debe entenderse, sin embargo, como una medida subjetiva, sino como una medida objetiva, esto es, como una persona libre y responsable frente al ordenamiento jurídico (ciudadano). Si se llega a demostrar que el autor ha infringido las competencias que en la situación concreta le eran exigibles, entonces cabrá una imputación del comportamiento.[493]

Por otro lado, cómo tiene lugar la inobservancia del rol general de ciudadano en los delitos de dominio. ***El punto de partida para responder a***

---

[489] Sobre la legitimación del riesgo permitido hay varias posiciones. Así, por ejemplo, Feijoo considera a esta figura como resultado de un juicio de ponderación de intereses (Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit. Págs. 201 y sgts.). En cambio, para Jakobs, el riesgo permitido depende de la configuración de la sociedad (Cfr. JAKOBS, Gunther. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Págs. 121 y sgts).

[490] Para concordar con nuestra tesis de la normativización de las instituciones, se tiene que, para concretar el riesgo prohibido debe tenerse en cuenta, en primer lugar, las conductas peligrosas que el propio ordenamiento jurídico considera prohibidas. Estas conductas quedan excluidas del ámbito de lo permitido debido a su peligrosidad abstracta o concreta.

[491] Cfr. JAKOBS, Gunther. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Págs. 124 y sgts.

[492] El riesgo permitido comprende tanto una valoración genérica de la conducta como una concreta, no siendo posible reducir la función del concepto aisladamente a ninguno de los dos momentos. Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Ob. Cit., Pág. 86.

[493] Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., Pág. 413.

esta interrogante se encuentra no en considerar el comportamiento del autor en su relevancia naturalista como idóneo para producir un resultado lesivo, sino en su expresión normativa de infracción de las competencias atribuidas.[494] Para el Derecho penal, esto significa que el sujeto ha organizado defectuosamente su esfera personal, lesionando los deberes negativos que le corresponde por el hecho de poseer el status de ciudadano. Esta incorrecta organización puede tener lugar concretamente por el incumplimiento de deberes de aseguramiento, de deberes de salvamento por asunción o por riesgos especiales.

Los deberes de aseguramiento consisten, valga la redundancia, en asegurar la propia organización de tal modo que de ella no se desprendan riesgos que excedan del nivel permitido.[495] Estos deberes pueden cumplirse mediante una conducta activa u omisiva, dependiendo esta cuestión del causal estado de la esfera de organización del ciudadano.[496] En este sentido, el fundamento de la imputación no se encuentra en el plano natural, sino en un plano normativo: el rol de ciudadano (que implícitamente, forma parte del contenido de los tipos penales de dominio). Si el ciudadano incumple los deberes de aseguramiento en el ámbito concreto en el que se mueve, ese comportamiento, sea activo u omisivo, podrá serle imputado objetivamente a su esfera de organización. Si la organización se hace conforme al rol, el comportamiento no podrá imputársele objetivamente con fines jurídico – penales, aún cuando se trate de una conducta riesgosa y el sujeto haya sido consciente de ello.

Por otro lado, una imputación del comportamiento puede tener lugar también como consecuencia de la infracción de deberes de salvamento, los cuales surgen por riesgos que ya no se encuentran en el ámbito de la organización personal. ***El ciudadano realiza una conducta peligrosa, pero asume, al mismo tiempo, el deber de revocar ese peligro antes de que se afecten ámbitos de organización ajenos, esto es, que asume una competencia por el riesgo en ámbitos ajenos como sinalagma a la renuncia de protección de los titulares de estos ámbitos. Estos deberes de salvamento pueden ser infringidos indistintamente mediante una acción o mediante una omisión.[497]*** En caso de producirse tal infracción, podrá imputársele objetivamente al ciudadano su comportamiento.[498]

---

[494] Los límites de la creación permitida de riesgos no dependen de criterios o magnitudes naturalísticos, estadísticos o matemáticos como la probabilidad de producción del resultado. No existe una fórmula matemática o nivel cuantitativamente fijo de riesgo cuyo traspaso determine los límites de la intervención del Derecho penal. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 204.

[495] Cfr. JAKOBS, Gunther. "LA COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN EN EL DELITO OMISIVO. CONSIDERACIONES SOBRE LA SUPERFICIALIDAD DE LA DISTINCIÓN ENTRE COMISIÓN Y OMISIÓN". En: *Estudios de derecho penal*, Traducción de Peñaranda / Suárez / Cancio, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997, Pág. 349.

[496] Cfr. JAKOBS, Gunther. "LA OMISIÓN. ESTADO DE LA CUESTIÓN". En: *Sobre el estado de la teoría del delito*, Editorial Civitas, Madrid – España, 2000, Págs. 135 y sgts.

[497] Cfr. JAKOBS, Gunther. "LA IMPUTACIÓN…", Pág. 33. Para mayores detalles, véase: *El mismo.* "COMPETENCIA…", Ob. Cit., Págs. 351 y sgts. *El mismo.* "LA OMISIÓN…", Ob. Cit., Pág. 136.

[498] Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., Pág. 417.

Asimismo, los deberes de salvamento pueden tener su fundamento también en la introducción de riesgos especiales en ámbitos de organización ajenos. En estos casos, no existe un asunción de los riesgos, sino una conducta precedente especialmente peligrosa (injerencia). Un sector importante de la doctrina penal limita los supuestos de injerencia a los casos de una conducta precedente antijurídica, pero como afirma Jakobs, existen conductas permitidas que, sin embargo, fundamentan deberes de salvamento.[499] ***Precisamente, se trata de aquellas conductas que el ordenamiento jurídico solamente las tolera porque llevan consigo deberes de salvamento. En ese sentido, el incumplimiento de tales deberes frente a riesgos especiales constituye una forma de infracción del rol general de ciudadano y justifica, por tanto, la imputación del comportamiento.***

En lo que respecta a los delitos de infracción de un deber, los elementos de la imputación objetiva son los mismos: se requiere de una imputación del comportamiento y de una realización del resultado. No obstante, hay que precisar que el contenido de cada uno de estos aspectos no coincide con los desarrollados en los delitos de dominio. ***En los delitos de infracción de un deber, la imputación del comportamiento se determina por la infracción de un deber específico, mientras que la realización del resultado no se aprecia como la realización del riesgo prohibido, sino como una forma de configuración de la sociedad que el vinculado institucional debió haber evitado.***[500]

En lo que respecta a la imputación del comportamiento en los delitos de infracción de un deber hay que determinar primeramente que el autor es un obligado especial. Esto quiere decir que, en principio, no cualquiera puede ser autor de un delito de infracción del deber, sino solamente los obligados institucionalmente.[501] ***Determinada la titularidad de un rol especial, debe precisarse las competencias institucionales correspondientes mediante las normas formales o informales que configuran las instituciones sociales en cuestión y que pueden relacionarse con el contenido del tipo de esta clase de delitos. El sujeto especialmente obligado está inmediatamente sometido al deber, de manera que no interesa el quantum organizativo en el hecho, sino simplemente que no haya cumplido con los deberes especiales impuestos por la institución***.[502] Por esta razón, para los obligados especiales existe un deber de salvamento frente a un ataque, aunque éste se haya desarrollado completamente sin su intervención. La imputación del comportamiento tiene lugar solamente con la posibilidad del cumplimiento del deber especial.

La imputación del comportamiento, como primer elemento de la

---

[499] Cfr. JAKOBS, Gunther. "COMPETENCIA…", Ob. Cit., Pág. 355. *El mismo*. "LA OMISIÓN…", Ob. Cit., Pág. 139. Sin embargo, como se indicó anteriormente (ver supra 2.2.1.2), no compartimos la ubicación que el citado jurista alemán le da a la conducta peligro precedente en los deberes de aseguramiento. ("TEORÍA Y PRAXIS…", Ob. Cit., Pág. 102)

[500] Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., Pág. 480.

[501] Cfr. JAKOBS, Gunther. "COMPETENCIA…", Ob. Cit., Pág. 363.

[502] Para mayores detalles, véase: SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ – TRELLES, Javier. "INFRACCIÓN…", Ob. Cit., Págs. 147 y sgts.

imputación objetiva, puede fundamentar por sí sola la realización objetiva de determinadas figuras delictivas como los delitos de mera actividad, los delitos de peligro o la tentativa. No se requiere, por tanto, una imputación objetiva del resultado para fundamentar la responsabilidad penal, aunque su verificación puede traer consigo un cambio en la razón de la responsabilidad penal, o sea, que el delito de peligro cede ante un delito de resultado o la tentativa deja su lugar al delito consumado.

B. EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

Ya que el evento delictivo se presenta siempre en un contexto interactivo, la intervención de varios sujetos en el hecho puede oscurecer la determinación de los sujetos penalmente competentes. Por esta razón, resulta conveniente delimitar los ámbitos de competencia de los diversos intervinientes en el hecho delictivo. ***La competencia por el riesgo prohibido puede corresponderle no sólo al titular del ámbito de organización del que se deriva el riesgo prohibido (específicamente en los delitos de dominio), sino que puede plantearse también frente a terceros ("principio de confianza" y "prohibición de regreso") o puede incluso ser atribuida a la propia víctima ("ámbito de responsabilidad de la víctima").*** Si no es posible afirmar la competencia jurídico – penal de alguna persona, entonces cabrá tratar el hecho simplemente como un infortunio.[503]

En este punto, analizaremos la institución delimitadora del principio de confianza en el ámbito de los delitos de dominio.

El principio de confianza adquiere una especial relevancia en sociedades organizadas, en las que la división del trabajo libera al ciudadano competente de un control sobre las actuaciones de los demás.[504]

El fundamento de este principio parte de la idea de que los demás sujetos son también responsables y puede confiarse, por tanto, en un comportamiento adecuado a derecho por parte de los mismos.[505] Es decir, el fundamento de esta figura no se encuentra en la existencia de riesgos asumidos por el ordenamiento jurídico y en el carácter de *última ratio* del Derecho penal. En los supuestos en los que es preciso acudir al principio de confianza el cuidado necesario en el tráfico no está relacionado con un riesgo natural, sino ***con el comportamiento de una persona libre y responsable, por tanto, entra en juego en el fundamento de la atipicidad de la conducta el principio de autorresponsabilidad.***

Lo específico del principio de confianza en cuanto al riesgo permitido se encuentra en el hecho de que el desarrollo del suceso no depende de la naturaleza, sino de otras personas. No obstante, este principio requiere, como

[503] Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., Pág. 421.
[504] Cfr. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "DELITO IMPRUDENTE…", Ob. Cit., Pág. 327. JAKOBS, Gunther. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 105. *El mismo.* "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO DE LOS INSTITUTOS JURIDICO – PENALES…", Ob. Cit., Pág. 219.
[505] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 290.

todo criterio de delimitación de competencias, de una labor de concreción que permita establecer si se mantiene la confianza o si, por el contrario, ésta decae.

Para poder llevar a cabo esta labor, debe tenerse en cuenta el sector específico correspondiente, pues la configuración del principio de confianza varía según las características de cada sector. Así, por ejemplo, la confianza que rige en el tráfico rodado no se corresponde plenamente con la que tiene lugar en el uso de prestaciones ajenas en la división del trabajo.

El principio de confianza frente a las prestaciones de terceros tiene dos formas distintas de manifestación. En primer lugar, pueden mencionarse los casos en los que una actuación se mostraría inocua si la persona que actúa a continuación cumple con sus deberes. La otra forma de manifestación del principio de confianza se presenta cuando una situación concreta ha sido preparada previamente por un tercero. En principio, se debe tener la confianza en que este tercero ha actuado de manera correcta.[506]

Por otro lado, el principio de confianza, como todo principio general, encuentra también ciertas circunstancias especiales que excluyen su vigencia. Estos límites al principio de confianza pueden clasificarse en tres:

- La confianza queda excluida si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad.

- No hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa.

- La confianza cesa cuando resulta evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes. Hay que precisar, sin embargo, que tal situación de confianza no se rompe con una desconfianza subjetiva derivada de conocimientos especiales, sino con una originada por situaciones que objetivamente permitan poner en tela de juicio la confianza sobre la conformidad a derecho del comportamiento del otro.

C. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO

Un sector cada vez mayor de la doctrina penal recurre al criterio de los ámbitos de responsabilidad según el cual una persona no requiere representarse las distintas posibilidades de comportamiento ilícito de terceros derivados de su actuación.[507]

[506] Cfr. JAKOBS, Gunther. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 106.

[507] Cfr. JAKOBS, Gunther. "LA PROHIBICIÓN DE REGRESO EN LOS DELITOS DE RESULTADO. ESTUDIO SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICO – PENAL DE LA COMISIÓN". En: *Estudios de derecho penal,* Traducción de Peñaranda / Suárez / Cancio, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997, Pág. 261. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit. Pág. 389.

En los delitos de dominio la responsabilidad penal se configura por una organización defectuosa que infringe el deber negativo de no lesionar a otros. Esta organización defectuosa puede tener lugar por una organización individual o ser producto de una organización conjunta. En este último supuesto se presenta una repartición del trabajo que vincula a los participantes y fundamenta, por tanto, que el injusto sea considerado una obra común.

Esta participación no debe reducirse a los actos de ejecución, sino que debe incluir los actos de preparación, de manera que no debe caerse en el error naturalista de la doctrina penal dominante de considerar que el partícipe en la fase de preparación realiza un conjunto propio que se vincula al injusto principal de los autores.

El delito constituye una obra conjunta de todos los intervinientes en la preparación y en la ejecución del hecho. No obstante, no basta que se realice una aportación (dolosa) al hecho, sino que es necesario que ese aporte tenga el sentido objetivo de alcanzar consecuencias delictivas.[508]

Ese sentido objetivo, para el caso de los delitos de dominio a que nos centraremos a lo largo de este punto, lo suministra la infracción del rol general de ciudadano. Una actuación conforme al estereotipo de conductas socialmente permitidas no constituye una infracción del rol de ciudadano. El hecho que el agente haya actuado dolosa o culposamente respecto de la futura utilización de su aporte por otro en un contexto delictivo, no cambia en nada el carácter permitido de su actuación.[509]

Una imputación del comportamiento no resulta justificada sólo porque exista una conducta causal evitable, sino que es necesario que esta última constituya una infracción del rol general de ciudadano. Si no tiene lugar una infracción del rol de ciudadano, entonces estaremos ante una prohibición de regreso.

Esta figura se diferencia con el principio de confianza, porque este último tiene que ver con los límites subjetivos del tipo: la determinación del deber de cuidado con respecto a las conductas de otras personas; asimismo, el principio de confianza sólo entre en juego como límite de la imputación cuando un comportamiento reúne los requisitos objetivos de un tipo penal. En cambio, 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.[510]

Las formas de aparición de la prohibición de regreso pueden clasificarse en dos grupos. En primer lugar están los casos en los que no se hace

---

[508] Cfr. JAKOBS, Gunther. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 152. De otra opinión es Roxín quien justifica este grupo de caso en el principio de confianza: la confianza del primer actuante en que el tercero no realizará una conducta delictiva. Cfr. ROXIN, Claus. "DOGMÁTICA PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL", Traducción de Abanto, Editorial Idemsa, Lima – Perú, 1998, Págs. 45 y sgts. Similar posición: CEREZO MIR, José. "CURSO…", Ob. Cit., Pág. 162. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. Ob. Cit., Pág. 350.

[509] Schunemann, por el contrario, realiza una distinción entre actuación culposa y dolosa. Véase: SCHUNEMANN, Bernd- "CONSIDERACIONES…" En: *Revista Peruana,* Ob. Cit., Pág. 434.

[510] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Págs 419 – 420.

responsable al sujeto que realiza un comportamiento cotidiano al que otro vincula unilateralmente un hecho delictivo o se sirve del mismo para su realización.[511]

El segundo supuesto de prohibición de regreso excluye la responsabilidad penal de quien realiza una prestación generalizada e inocua a otra persona que hace uso de ella para la materialización de un delito. En estos casos tiene lugar una comunidad con el autor, pero esta comunidad se encuentra limitada a la prestación de un servicio socialmente permitido que al autor no puede ampliar unilateralmente. La ausencia de una imputación del comportamiento tendrá lugar aún cuando el que realiza la prestación conoce de los planes delictivos del autor, ya que objetivamente no se ha producido una conducta dirigida a favorecer un delito, sino una prestación consistente en la entrega de bienes, en la realización de servicios o en el suministro de información a la que cualquiera puede acceder.[512]

D. LAS ACCIONES A PROPIO RIESGO

En una explicación funcional de la imputación objetiva cabe reconocer dos razones por las que las consecuencias de un hecho delictivo pueden recaer sobre la víctima: o porque nadie resulta competente por el delito (caso de infortunio), o porque la víctima ha "actuado a propio riesgo" al infringir incumbencias de autoprotección o realizar actos de propia voluntad.[513] De estas dos posibilidades de razones de cargo a la víctima del resultado lesivo, solamente la segunda constituye un caso de competencia de la propia víctima,[514] ya que en caso de infortunio no tiene lugar propiamente una atribución del hecho a alguien. ***Una competencia de la víctima que se sustente en el principio de autorresponsabilidad,[515] solamente podrá existir en los casos en los que la víctima, en tanto persona responsable, ha actuado a propio riesgo.[516]***

---

[511] Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., Pág. 428. Por el contrario, Rueda, justifica la impunidad por tratarse de una cuestión del azar que se encuentra fuera del dominio del autor. Cfr. RUEDA MARTÍN, María Ángeles. Ob. Cit., Pág. 126.

[512] Cfr. JAKOBS, Gunther. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 157.

[513] Cfr. JAKOBS, Gunther. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Págs. 109 y sgts.

[514] Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. "CONDUCTA…", Ob. Cit., Pág. 327.

[515] El principio de autorresponsabilidad o autonomía es un filtro normativo relevante con relación al ámbito de protección o alcances del tipo de acuerdo con una interpretación sistemática de los tipos que tenga en cuenta los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico. Por ello el principio de autorresponsabilidad tiene efectos en el ámbito del tipo auque la víctima no haya asumido o querido el resultado pero éste sea fruto de una decisión libre y responsable en la que no ha intervenido de forma ilegítima un tercero. Al mismo tiempo, desde el punto de vista del principio de autonomía es indiferente si alguien quiere realizar un hecho en solitario, quiere realizarlo conjuntamente con otros o quiere delegar su realización en terceros. La influencia de este principio en la teoría de la imputación jurídico – penal no puede depender de criterios causales o naturalísticos. Al respecto, véase: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Págs. 517 y sgts.

[516] Por eso se rechaza una distinción entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida (Tesis de Roxin), así como, de los criterios desarrollados por la victidogmática o el denominado principio victimológico, dado que, el tratamiento normativo de la víctima debe darse en el seno del sistema de imputación objetiva, a partir del principio de autorresponsabilidad, que denota un ámbito de administración y responsabilidad de la víctima, así como, la determinación del carácter responsable o no de la víctima en un caso concreto.

Esta actuación de la víctima puede tener lugar, a su vez, de dos maneras: por la infracción de incumbencias de autoprotección o por un acto de voluntad (consentimiento). Esta diferenciación no significa una reedición de la teoría de la diferenciación entre participación en la autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida,[517] sino que por el contrario, se asienta en criterios dogmáticos diferentes.

Cuando la actuación a propio riesgo tiene lugar mediante la infracción de incumbencias de autoprotección,[518] estamos ante supuestos en los que la víctima actúa de una manera tal que pueden esperarse objetivamente consecuencias lesivas para ella. Se trata, por tanto, de riesgos que se encuentran presentes en su interacción con los demás y frente a los cuales resulta de su incumbencia autoprotegerse.[519]

Ya que la complejidad de los contactos sociales genera no sólo mayores beneficios para el progreso de la sociedad, sino también mayores riesgos, parece lógico que el sistema jurídico atribuya un conjunto de incumbencias de autoprotección a las personas. La infracción de estas incumbencias por parte de la propia víctima hace que en determinados casos los sujetos que han producido causalmente la lesión no respondan penalmente o sólo lo hagan de manera parcial en caso de mantener ciertas competencias por el dominio del riesgo.

Por otro lado, el uso del consentimiento en la teoría de la imputación objetiva ofrece ventajas dogmáticas, aunque para ello debe dejar de entendérsele como un dato psíquico y considerarlo, más bien, como un acto objetivo de manifestación de voluntad.[520] El consentimiento de la víctima tiene el sentido objetivo de una ampliación voluntaria de los peligros que amenazan normalmente su ámbito personal, de manera que en caso de realizarse un tipo penal, el hecho podrá reconducirse al comportamiento voluntario de la víctima.

Podría argumentarse, en contra del reconocimiento de la relevancia del consentimiento en la imputación a la víctima, que éste constituye también una infracción de incumbencias de autoprotección y que, por ello, una diferenciación resulta ociosa.

Ante esta fundamentación cabe afirmar que la distinción entre la simple infracción de incumbencias de autoprotección y el consentimiento tiene relevancia no sólo en el plano subjetivo, sino también en el objetivo. Al respecto, García Cavero, cita el siguiente ejemplo: ¿tiene acaso el fabricante que vende un producto defectuoso a un comprador que ha sido informado de los defectos de fabricación del producto igual responsabilidad penal que aquél

---

[517] Como indica Feijoo que los casos relevantes de heterolesión consentida, son normativamente casos de autolesión. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Págs. 471 y sgts.

[518] En ese sentido, nos adherimos a la posición de García Cavero, para quien el término *incumbencia* denota, no deberes de la víctima, sino criterios objetivos para determinar los ámbitos de competencia. Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., Pág. 433, nota 168.

[519] Cfr. JAKOBS, Gunther. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 111.

[520] Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. "CONDUCTA…", Ob. Cit., Pág. 190.

que vende un producto defectuoso a un consumidor que lo utiliza incorrectamente? No cabe duda que en el primer caso una responsabilidad del fabricante se encuentra excluida, mientras que en caso de infracción de incumbencias de autoprotección se mantiene todavía una competencia del fabricante por el producto defectuoso. Con ello no se reconoce, sin embargo, una relevancia absoluta al consentimiento, pues la competencia de la víctima puede decaer en los casos en los que su consentimiento resulte afectado por factores distorsionantes, esto es, que no se trata más de una persona responsable.[521]

Por otro lado, es menester indicar la presencia de recortes normativos al principio de autorresponsabilidad de la víctima. ***Por un lado, el principio de autorresponsabilidad decae cuando tienen lugar situaciones de superioridad en las que la víctima es instrumentalizada por el autor.***[522] ***Por otro lado, la autorresponsabilidad se recorta cuando existen deberes de control, protección o tutela frente a la víctima***[523] ***derivados de un rol especial de autor que mantiene su competencia por el hecho, aún cuando la víctima actúe a propio riesgo.***

Todo lo indicado, tanto en el principio de confianza (acápite B), prohibición de regreso (acápite C) y acciones a propio riesgo (acápite D), han sido comentados en el contexto de los delitos de dominio. En cuanto a la viabilidad de utilizar en los delitos de infracción de un deber los institutos delimitadores de la imputación objetiva desarrollados en el marco de los delitos de dominio, debe advertirse, según García Cavero, que éstos sufren recortes. ***La posibilidad de desligarse de las vinculaciones institucionales se presenta mucho más compleja que la renuncia a la competencia por el riesgo de los delitos de dominio***.[524]

En primer lugar, ***debe señalarse que las instituciones sociales establecen, por lo general, un procedimiento formal para desvincularse de las mismas***: los padres deben dar al hijo en adopción, los esposos deben seguir un procedimiento de divorcio, el funcionario debe pedir su cese, el administrador presentar su renuncia. ***Solamente si se ha seguido el procedimiento establecido para la desvinculación institucional, será posible alegar una incompetencia.***[525]

En segundo lugar, ***están los casos de desvinculación temporal a las instituciones sociales; por ejemplo, que los padres dejen a su hijo con una niñera. En este caso, no implica una liberación del vinculado institucional, pues siempre existen deberes de selección, control e intervención que justifican una recuperación de la competencia institucional***.[526]

[521] Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., Pág. 435.
[522] Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 456.
[523] Cfr. CANCIO MELIÁ, Manuel. "CONDUCTA…", Ob. Cit., Pág. 355.
[524] Cfr. GARCIA CAVERO, Percy. Ob. Cit., Pág. 481.
[525] Ibidem, Pág. 481.
[526] Ibidem, Pág. 482.

2.3.5.3 IMPUTACIÓN DEL RESULTADO: LA RELACIÓN DE RIESGO

El punto de partida para la determinación de la imputación objetiva del resultado es la existencia previa de una imputación del comportamiento. Sin embargo, no basta que tenga lugar una sucesión de estos dos aspectos de la imputación objetiva para poder hablar de un delito consumado, sino que es necesaria la existencia de una relación objetiva entre estos aspectos.

Ya que la consumación constituye no más que un aumento cuantitativo de la infracción de la norma producida ya por la imputación del comportamiento (tentativa), la imputación objetiva del resultado no puede quedar abandona a simples criterios causales, sino que debe asentarse igualmente en criterios normativos. En este sentido, el resultado, para poder ser imputado al autor, debe ser considerado normativamente como la consumación del comportamiento previamente imputado al mismo.

En ese sentido, para poder imputar objetivamente a una persona un resultado, éste debe poder explicarse mediante un comportamiento prohibido. Esto quiere decir que de entre las condiciones de producción del resultado el Derecho penal considera como factor determinante el comportamiento prohibido del autor. No se trata, por tanto, de describir una vinculación causal entre el comportamiento y el resultado; algo, por otra parte, especialmente difícil en los delitos de omisión y en ámbitos complejos como el medio ambiente o la responsabilidad por el producto.

En nuestra sociedad, el comportamiento prohibido del autor solamente podrá aparecer como explicación de los daños producidos cuando pueden ser evitados de modo planificado.

Sin embargo, los problemas en la imputación objetiva del resultado se presentan cuando éste puede encontrar explicación en otras conductas o sucesos. Ya no es solamente el comportamiento prohibido del autor el que aparece en escena, sino el comportamiento prohibido de un tercero, la propia conducta de la víctima o simplemente un riesgo general de la vida.

Al respecto, los grupos de casos que pueden surgir en el ámbito de la imputación del resultado son:

- Cursos causales hipotéticos o comportamientos alternativos conforme a derecho.
- Riesgos concurrentes.
- Daños derivados o secundarios.
- Daños tardíos.

A continuación, se analizarán cada uno de estas situaciones.

Con la expresión «comportamientos alternativos conformes a derecho» se suele plantear la siguiente cuestión: ¿qué relevancia posee para la imputación objetiva de un resultado el que con seguridad, probabilidad o

posibilidad, ese mismo resultado también se hubiese producido con la conducta conforme a derecho? Es decir, si un sujeto actúa imprudentemente causando una lesión, ¿debe responder aunque se pruebe o se sospeche que la lesión no se habría evitado en el caso de que el sujeto se hubiera comportado correctamente? Dos ejemplos de la jurisprudencia alemana que se han convertido en clásicos de la literatura penal, nos ayudarán a comprender el problema.

El dueño de una fábrica de pinceles adquirió pelos de cabra chinos para la elaboración de dicho producto. A pesar de estar obligado a su desinfección, se los dio a las empleadas sin cumplir previamente con dicho deber. Varias trabajadoras contrajeron el bacilo del carbunco, que estaba en los pelos de cabra, muriendo poco después. Posteriormente se puso de manifiesto que ninguno de los desinfectantes preceptivos era lo suficientemente eficaz para exterminar totalmente el bacilo, de tal manera que su utilización no excluía con seguridad el peligro de contagio. O el famoso «caso de la cocaína»: en vez de novocaína como establecía la *lex artis*, un médico utilizó cocaína para anestesiar localmente a un niño, lo cual constituye una imprudencia desde el punto de vista médico. El paciente no soporta la anestesia y muere. La autopsia pone de manifiesto que en la víctima se daba un fenómeno nada normal, consistente en la no involución de la glándula timolinfática, lo que convertía al paciente en hipersensible a cualquier tipo de narcosis, de tal manera que la aplicación de la novocaína posiblemente también hubiese conllevado la muerte.

Dos son fundamentalmente las teorías que han disputado la primacía en la solución de estos supuestos: la teoría de la evitabilidad o teoría del nexo y la teoría del incremento del riesgo.

a) La tesis básica de la *teoría de la evitabilidad*[527] es la siguiente: el sujeto que causa imprudentemente un resultado no responderá mientras no se pruebe, con una probabilidad rayana en la certeza, que dicho resultado se habría evitado con el comportamiento alternativo correcto. Para fundamentar esta teoría se parte de que los deberes de diligencia tienen por finalidad la evitación de resultados típicos, por lo que constituiría una condición previa para poder castigar el que la lesión del bien jurídico fuera finalmente evitable mediante la observancia de la diligencia objetivamente exigida. Precisamente será este elemento, el efecto protector de las normas, el que ponga en relación imprudencia y resultado de la siguiente manera: cuando excepcionalmente, por las características del caso concreto, la norma no hubiera podido cumplir su función protectora, la lesión del precepto es irrelevante en relación con los delitos imprudentes y deberá ser negada la relación específica entre lesión del deber de cuidado y resultado, y con ello la imputación objetiva de éste. Para constatar la existencia de ese nexo de lesión del deber se propone la utilización de la fórmula de la *conditio sine qua non*, de tal manera que si se suprime

[527] **Exposición y crítica pormenorizada de esta teoría en: MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. "¿RELEVANCIA EN LOS COMPORTAMIENTOS ALTERNATIVOS CONFORME A DERECHO EN LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO?". En: *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje a Claus Roxin,* Universidad Complutense y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, Págs. 103 y sgts. *la misma,* "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA...", Ob. Cit., Págs. 197 y sgts.**

mentalmente el comportamiento incorrecto sustituyéndolo por el prudente y no desaparece el resultado, queda probada la falta del efecto protector de la norma lesionada y con ello que el resultado no es la realización de la lesión del deber objetivo de cuidado.

Se le critica a esta teoría por llevar a cabo una inversión infundada de la carga de la prueba, pues obligaba al imputado a tener que demostrar que con seguridad el resultado lesivo también habría tenido lugar si su actuación.

b) El contenido de la *teoría del incremento del riesgo*[528] diseñada por el profesor Roxin puede resumirse de la siguiente forma: el comportamiento imprudente tiene que haber creado un riesgo mayor que el permitido, tiene que haber incrementado la probabilidad de producción del resultado.[529] Para averiguar este extremo se llevará a cabo una comparación entre el riesgo real creado y el que hubiera generado el comportamiento correcto, acudiendo para la averiguación de este último extremo al enjuiciamiento pericial, en el cual deberán tenerse en cuenta todos los factores intervinientes en el suceso, no sólo los reconocibles *ex ante*, sino también los conocidos una vez producido el resultado.[530] Posteriormente se adopta una reformulación normativa de esta teoría que, a mi juicio, no altera en absoluto su esencia. Para la constatación del incremento del riesgo se propone no ya una comparación entre riesgos, sino entre la eficacia de la norma de cuidado infringida desde una perspectiva *ex ante* y *ex post*. Habrá que examinar «si la norma formulada *ex ante* puede seguir siendo considerada, también desde la base del conocimiento adquirido *ex post*, como una prohibición eficaz para la reducción del riesgo del resultado (entonces imputación) o si, por el contrario, aparece como inidónea en el caso concreto o, por lo menos, ineficaz (entonces no imputación)».[531]

Se le observa a esta teoría, en el sentido que, al centrarse únicamente en la posibilidad generada por la conducta del autor y renunciar a una verificación de imputación con el resultado, no sólo permite una infracción al principio *in dubio pro reo* en la determinación de la vinculación de la conducta con el resultado, sino que convierte también el resultado en una condición objetiva de punibilidad y, de esta manera, los delitos de lesión se convierten en delitos de peligro.

---

[528] Exposición y enjuiciamiento crítico pormenorizados en: MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. "LA IMPUTACIÓN…", Págs. 205 y sgts.

[529] En este contexto el concepto de riesgo no se está utilizando en el sentido de peligrosidad de la conducta, a valorar *ex ante*, y factor determinante del desvalor de la acción, sino como puesta en peligro real del bien jurídico, para cuya valoración habrán de ser tenidos en cuenta no sólo los datos reconocibles en el momento de actuar, sino también los que se conocen una vez producido el resultado. Así, por ejemplo, si una norma establece como velocidad máxima la de 120 km/h, el conducir a esta velocidad es una conducta peligrosa pero permitida. La peligrosidad *ex ante* de hacerlo a 200 km/h es mayor que la de la conducta correcta; sin embargo, pueden ocurrir dos cosas: a) que teniendo en cuenta todos los datos conocidos *ex post*, el conducir a 200 km/h haya generado más posibilidades reales de lesión del bien jurídico que el hacerlo a 120, lo que será el supuesto normal, o, b) que haya dado lugar a las mismas posibilidades, en cuyo caso la teoría del incremento del riesgo sostendrá que la conducta imprudente ha creado un riesgo permitido de lesión.

[530] Cfr. ROXIN, Claus. "PROBLEMAS BÁSICOS…", Ob. Cit., Págs. 167 y 168.

[531] En el caso de los delitos omisivos, se ha formulado la teoría del incremento del riesgo como la omisión de emprender una acción con probabilidades de salvamento.

c) Pero además de las dos propuestas descritas existe una tercera forma de solucionar el problema planteado, opción actualmente minoritaria, y es la de *negar cualquier relevancia a efectos de la imputación objetiva del resultado a qué hubiera sucedido en el supuesto concreto con la conducta hipotética correcta,* si ésta hubiera o no disminuido el riesgo o hubiera o no evitado el resultado.[532] La idea central de esta teoría es que la norma penal no pretende evitar la producción de todos los resultados posibles, sino solamente de algunos de ellos. La relación de imputación del resultado no se determina, por tanto, con base en el hecho de si un comportamiento alternativo conforme a derecho no hubiese podido evitar la producción del resultado, sino con base en el ámbito de protección de la norma.[533]

Téngase en cuenta que esta opción no supone negar la necesidad de un nexo específico entre inobservancia de los roles y el resultado. Como ya se vio, éste es necesario, pero en su configuración resulta irrelevante qué hubiera sucedido en el supuesto concreto con el comportamiento alternativo conforme a derecho. De esta manera podrá afirmarse que el resultado es la realización de la inobservancia de los roles (genérico o específicos) de la personas, a pesar de que en el caso concreto el comportamiento adecuado a derecho no habría evitado el resultado o habría generado un riesgo igual al que el comportamiento típico creó. Lo contrario también es posible: puede excluirse la imputación objetiva a pesar de la constatación de la evitabilidad o del aumento del riesgo.

Un médico prescribe a un paciente una dosis mayor a la que establece la *lex artis* de un medicamento muy fuerte —por ejemplo, en vez de una pastilla le indica que ha de tomarse tres—. El enfermo sigue estas instrucciones y muere. Las posteriores investigaciones ponen de manifiesto que, posiblemente por un error de laboratorio, las píldoras contenían una sustancia mortal que nada tenía que ver con la composición del fármaco.

A diferencia de las teorías de la evitabilidad y del incremento del riesgo, pensar si el sujeto hubiera muerto o no con el veneno que contenía una sola de las cápsulas, es completamente irrelevante. Aún en el supuesto de que una sola píldora no fuera suficiente para producir la muerte, el médico no responderá por homicidio imprudente, pues, si bien su conducta resulta disvaliosa en relación a este tipo, no puede hablarse de desvalor del resultado porque éste no es la realización de la peligrosidad por la cual su comportamiento estaba prohibido.

Por el contrario, tanto el desvalor de la acción como el del resultado y, por tanto, la imputación a efectos del tipo homicidio han de afirmarse en el caso de que el paciente muera a consecuencia de la toxicidad propia del medicamento, y ello aunque posteriormente se demostrara que el paciente, dado lo deteriorado de su estado físico, no hubiera resistido la dosis adecuada, siendo éste el

---

[532] Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO Y CAUSALIDAD", Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid - España, 1990, Págs. 125 y sgts.

[533] Este planteamiento, en el fin de protección de la norma, también es asumido por: MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. "¿RELEVANCIA EN LOS COMPORTAMIENTO…", Ob. Cit. Págs. 106 y sgts.

tratamiento correcto para su enfermedad. En este caso el médico deberá responder, ***pues el resultado ha sido la materialización del riesgo que la obligación omitida trataba de disminuir o de excluir***: limitar los riesgos propios de la toxicidad del fármaco y éstos se han incrementado en la medida que la dosis prescrita era mayor que la necesaria.

En suma, considero que, a efectos de la imputación objetiva de un resultado, resulta irrelevante qué hubiera sucedido en el supuesto concreto con el comportamiento alternativo conforme a derecho. Entre otras razones porque si el resultado no forma parte de los resultados que la norma busca evitar, entonces se tratará de un reflejo de protección y, por tanto, de una causal capacidad de evitar el resultado lesivo que no puede fundamentar la relación de imputación objetiva.

En lo que respecta a los riesgos concurrentes, se tiene que, esta situación concurre cuando el resultado puede explicarse por diversos riesgos creados por varias personas (incluida la víctima).[534] En estos casos, las explicaciones hipotéticas aparecen como perjudiciales, pues no sólo se abandona el curso real, sino que se recurre a un curso hipotético que, por ser irreal, no tendría que ser considerado para fundamentar la imputación. Para salir de este dilema, se debe partir de la idea de que la explicación no está referida a los factores del riesgo, sino a los efectos del mismo. Como efecto del riesgo debe entenderse la realización de un resultado lesivo y no la disminución de las posibilidades de supervivencia del bien jurídico. [535]

Por otro lado, los casos de daños derivados o secundarios comprenden los supuestos en los que el comportamiento del autor genera una situación que permite u ocasiona posteriormente una lesión por el comportamiento de otra persona, de la víctima o la intervención de la propia naturaleza.[536]

En ese sentido, deben excluirse de la relación de imputación los resultados provenientes de riesgos generales de la vida, pues lo contrario significaría permitir la entrada a supuestos de *versare in re illicita*. Una vez calificado el resultado como ajeno a los riesgos generales de la vida, deberá precisarse si existe una relación planificable entre el comportamiento del autor y la lesión derivada de la situación de indefensión. ***El autor no puede ser competente por todos los daños inusuales derivados de la situación de indefensión de la víctima, sino solamente por aquellos que puedan esperarse de la situación en la que se ha puesto a la víctima.***

Finalmente, están los daños tardíos, los cuales, son aquellos que tienen lugar como consecuencia de un daño permanente producido con anterioridad. Ante esta situación, lo que debe hacerse es determinar si el daño tardío se encuentra explicados preferente en otros ámbitos de competencia. Si se trata de riesgos generales de vida que afectan a las personas disminuidas o es la propia víctima la que ha omitido incumbencias de autoprotección al no

[534] En el caso de un solo riesgo creado por varias personas, estaremos ante supuestos de autoría y participación.
[535] Cfr. GARCIA CAVERO, Percy. Ob. Cit., Pág. 457.
[536] Cfr. JAKOBS, Gunther. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 186.

compensar su nueva situación de deficiencia o enfermedad, el resultado obtendrá explicación en estas circunstancias u no en el causante del daño permanente. Si, por el contrario, el daño permanente muestra un riesgo suficientemente fuerte de aparición de consecuencias lesivas posteriores frente a los cuales no puede adoptarse medidas de autoprotección, la imputación del resultado al causante del daño permanente se encontrará justificada. El espacio de tiempo entre el daño permanente y el daño tardío resultará penalmente irrelevante.

Como ocurrió en el acápite de la imputación del comportamiento, las situaciones descritas son aplicables en los delitos de dominio; lo que origina, hacer las respectivas distinciones con los delitos de infracción de un deber (también realizados en el caso de la imputación de la conducta).

En el caso de los delitos de infracción de un deber que requieren un resultado, no será suficiente la imputación del comportamiento, sino que deberá además verificarse una imputación del resultado. ***Hay que tener presente que en los delitos de infracción de un deber el resultado no se presenta como la realización de un riesgo prohibido, sino como la producción de una situación que no corresponde con la pretendida por la institución social en cuestión.***

Por esta razón, una vinculación puramente fáctica entre la infracción del deber especial y el resultado no tiene ningún sentido. Entre la infracción de las competencias institucionales y la producción de un suceso contrario al orden impuesto por una institución social existe solamente una relación normativa: la falta de vigencia real de la institución social se explica en el cumplimiento del deber especial del obligado institucional.[537]

2.4 ANÁLISIS DE LA OMISIÓN IMPROPIA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Sabido es que los contornos de la política criminal está relacionado con el modelo de Estado y Sociedad donde se pretende llevar a cabo la misión "política" de organizar la materia delincuencial. En tal sentido, en el Perú, según la Constitución Política (art. 43) es una República democrática, social, independiente y soberana, su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organizada según el principio de separación de poderes.

Esto es, para nuestro interés, el Estado peruano es en esencia un Estado de Derecho, donde el imperio de la ley es primordial en una Nación, esta es una concepción que pertenece al Estado liberal, que como habíamos dicho, prima la libertad del ciudadano; ahora nos interesa saber, qué modelo de Sociedad se tiene. En esta parte consideramos que el Perú, imbuidos en el mismo contexto de cualquier sociedad civilizada, se encuentra inevitablemente dentro del denominado "sociedad post industrial" cuya característica es la confluencia de riesgos en todas las actividades sociales.

---

[537] **Cfr. SÁNCHEZ – VERA GÓMEZ – TRELLES, Javier. "INFRACCIÓN…", Ob. Cit.,k Págs. 143 y sgts.**

Asimismo, los deberes sociales de los individuos en el campo del Derecho supone la posibilidad de que se reconozcan o se impongan estos deberes por vía legislativa. Y en algunas situaciones de mucha trascendencia o ligados directamente al bienestar de la sociedad en general, puede ocurrir que el legislador penal tome la decisión de llevar a delante el cumplimiento de los deberes sociales, lo que significará que se van a establecer sanciones penales para quienes no la cumplan. Todo esto debe traer consigo un aumento de los *delitos de omisión*.[538]

Como indica Silva Sánchez, la sociedad post-industrial, además de ser una sociedad de riesgos, es una sociedad de enorme *complejidad* en la que la interacción individual –por necesidades de cooperación y de división de trabajo funcional- ha alcanzado niveles hasta ahora desconocidos. Expresado de otro modo, las esferas individuales de organización ya no son autónomas, sino que se producen de modo continuado fenómenos –recíprocos- de transferencia y asunción de funciones de aseguramiento de esferas ajenas. En Derecho penal, ello implica la tendencia hacia una exasperación de los delitos de comisión por omisión que incide directamente en su reconstrucción técnico-jurídica.[539]

En lo que respecta a la regulación de la omisión impropia, en el caso peruano, se ha hecho mediante una Cláusula Cita ubicado en la Parte General (art. 13).

Artículo 13º.- DELITO DE COMISION POR OMISION

El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.
2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada.

Esta opción legislativa permite la siguiente interpretación: como es sabido, las disposiciones de la Parte Especial en su gran mayoría requieren ser complementadas por disposiciones de la Parte General. En esta línea de argumentación, la doctrina de la Parte general constituye desde siempre una extensión de la responsabilidad jurídico-penal, así por ejemplo la doctrina de la participación (inductor o cómplice) lo que realiza es una extensión en la conducta del autor, esto es a situaciones de hecho no dominadas por éste y además no contempladas en los tipos penales de la Parte Especial; otro caso

[538] En este sentido: NOVOA MONREAL, Eduardo. "ALTERNATIVAS Y TRANCES DEL DERECHO PENAL DE HOY". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1978, Pág. 537.

[539] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL. ASPECTOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LAS SOCIEDADES POSTINDUSTRIALES", Editorial Civitas, Madrid - España, 1999, Pág. 23.

sería en la tentativa, lo que realiza es extender la punibilidad a grados anteriores a la consumación típica, es decir en la etapa de ejecución del ilícito penal; con este mismo razonamiento, la doctrina de la omisión impropia lo que realiza es extender los modelos conductuales típicos (monopolizados por la comisión y la omisión propia tipificada) a situaciones y circunstancias no previstas en los tipos penales.

Por otro lado, en la actualidad, el Perú cuenta con un "Anteproyecto del Código Penal", redactado solamente en la Parte General, cuya data es del 2004.

En ese documento, se realiza ciertas precisiones sobre la legislación que en nuestro país debería presentar la omisión impropia. Así, en su exposición de motivos, precisa que: "*se propone la reforma del artículo 13° (**omisión impropia**), en la que se hace mención al "criterio de equivalencia". Este criterio consiste en la correspondencia de la omisión a la realización de la acción que acoge un tipo penal comisivo (se pide que la conducta omisiva, según las circunstancias de la realización del tipo legal, sea el equivalente de un hacer). Esta homologación, no sólo se debe entender como una equivalencia material, sino una equivalencia siguiendo el sentido de la ley penal expresada en el tipo. Se exige con ello que la omisión pueda conjugarse con el verbo rector expresado en el tipo penal, lo que llamaremos "equiparación jurídica". Finalmente, se excluye la lista de fuentes del deber de garante, dejando esta tarea a la doctrina y a la jurisprudencia".*

Así, para el texto del 2004: "*se presenta una nueva alternativa legislativa para que las infracciones por omisión impropia (comisión por omisión) puedan llegar a ser sancionadas. La Comisión reconstruye la fórmula del artículo 13º sobre la base de la equiparación legal para dilucidar los elementos de esta forma de hecho punible. Para ello la conducta de no evitación debe equivaler según el texto de la ley, a la realización del tipo penal mediante un hacer, dejando a la jurisprudencia y a la doctrina el desarrollo de las formas de posición de garante".* Frente a ello, el texto propuesto es:

ARTÍCULO 13°.- OMISIÓN IMPROPIA
El que omita impedir la realización de cualquier hecho punible de resultado, será sancionado si el no evitarlo, equivale, según el texto de la Ley, a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada.

Sobre lo indicado en la normatividad nacional, se puede identificar las siguientes cuestiones:

- Equivalencia o correspondencia vs. Identidad
- Atenuación legislativa de la pena vs. Determinación judicial de la pena

Sobre la primera cuestión, consideramos que en el texto del 2004 se ha establecido como el centro de la responsabilidad jurídico penal por omisión impropia, al correspondiente tipo penal. Y ello es acorde con la exigencia formal del principio de legalidad, y por ende, compartible en la presente

investigación.

Sin embargo, no es suficiente el cumplimiento del aspecto formal del principio de legalidad, sino que, se requiere, además, la configuración de su aspecto material. Y es en este punto en donde las opiniones se dividen; y esta división se origina de la distinción entre *equivalencia* o *correspondencia* con *identidad.*

Equivalencia denota semejanza, parecido, correspondencia o similitud entre objetos; más no una igualdad *in natura*, es decir, a pesar que pueden guardar simetría, presentan elementos estructurales autónomos. Y eso trasladado a la omisión impropia, implica que, entre ésta con la comisión, pueden guardar como similitud el configurar el verbo rector de un determinado tipo penal, en función a la dación de un resultado: *afección al bien jurídico,* mas entre ambos existen elementos estructurales diferentes (ej.: en la comisión se da una causalidad natural, en la omisión una causalidad hipotética o jurídica; en la comisión ocurre en una actividad, en la omisión una inactividad, etc.).

No obstante, los partidarios de esta equivalencia entre la omisión con la comisión exigen que, además de la homologación en el sentido de la norma penal, se requiere de una homologación entre el sujeto activo de la comisión con el de la omisión; en donde, este último, sólo será, quien detente un deber (especial, exclusivo y excluyente), denominado deber de garante de evitar el resultado. En ese sentido, sólo el garante, que no evitó el resultado, podrá equipararse con el actuante que realizó el resultado típico.

Sin embargo, la naturaleza de la posición de garante, *per se*, denota un elemento estructuralmente autónomo en la omisión impropia, el cual, al no estar presente en la estructura de la comisión, conlleva que, en vez de equipararlos, los diferencie. En efecto, si este es un elemento especial que solamente está presente en el tipo de omisión impropia, entonces cómo puede cumplir una función de semejanza o de correspondencia con la comisión. Obviamente, para que un elemento permita afirmar que dos estructuras son parecidas o similares, es que, debe de estar presente en la estructura de ambos; caso contrario, en vez de unirlos, los separa. Y esto es lo que ocurre con la posición de garante, es decir, desde una perspectiva lógica, esta figura no puede cumplir con una función de enlace o equiparación entre la estructura de la omisión con la de comisión, dado que, solamente está presente en la primera y ausente en la segunda.[540]

---

[540] En la demostración de que existe una modalidad de comportamiento omisivo a la que se le imputa un resultado (no evitación del resultado por el garante), pero cuyo desvalor de acción es inferior al del comportamiento activo que realiza el mismo tipo de la parte especial y al de la comisión por omisión, sirven de mucho las observaciones efectuadas por Armin Kaufmann. Este autor, al formular sus críticas contra Nagler y la teoría formal de las fuentes de garante, precisó que si la posición de garante no es un elemento del tipo en los delitos comisivos y que si la causalidad en la comisión por omisión no puede integrarse en un único concepto junto con la causalidad en los delitos comisivos, ello significa que dos formas de comportamiento (activo y omisivo) son típicos en la medida en que concurren presupuestos distintos para cada uno de ellos; de ahí que no cabe sino afirmar que se tratan de tipo s distintos.

Por otro lado, está aquella tendencia que no se refiere a una equivalencia o correspondencia entre la omisión con la comisión, sino en una "identidad"; entendida como *cualidad de idéntico,* es decir, *que es lo mismo que otra con que se compara.*[541]

Para esta tendencia, el sentido de un determinado tipo penal denota que puede ser configurado tanto por acción como por omisión, puesto que, ambas presenta una estructura común: la presencia de roles (genéricos o específicos) para una persona, los cuales, implícitamente, forman parte del contenido del tipo penal; puesto que, la inobservancia del rol, a través de la creación de un riesgo prohibido – en sentido normativo –, denota la defraudación de una expectativa propia de la identidad normativa de la sociedad.

El incumplimiento de un rol puede darse a través de una prestación positiva, o la abstención de la misma, lo cual, si bien en un plano naturalístico fue el quid de la discusión, desde un plano normativo (el cual es el relevante para el sistema penal) es irrelevante, puesto que, lo único relevante es que, por la inobservancia de ese rol se haya creado un riesgo considerado prohibido por el sistema penal.

Frente a lo señalado, se puede afirmar que, mantener un criterio de equivalencia entre la omisión con la comisión a través de la posición de garante (como elemento especial, exclusivo y excluyente de la estructura típica de la primera) denota seguir con aquella discusión naturalística entre a y no a; que como figuras estructuralmente diferentes a lo sumo podrán llegar a tener una semejanza. Por el contrario, adherirse al criterio de identidad estructural de la acción con la omisión, implica cambiar de paradigma, esto es, que lo relevante no es la distinción en el plano del ser del comportamiento humano, sino el establecer la presencia de la defraudación de una expectativa típica a través del incumplimiento del rol de la persona, que como ser libre pudo observar y cumplir,

En ese orden de ideas, nuestro planteamiento inicial siempre ha sido alejarnos de discusiones naturalísticas, y por el contrario analizar las categorías jurídicas en el único plano relevante para el Derecho penal: el *normativo.* Por tanto, ***no consideramos oportuno basar el contenido de la responsabilidad jurídico – penal sobre la determinación de que si fue la omisión o bien la comisión de un sujeto lo determinante para la configuración del tipo penal; sino el precisar si fue el rol genérico de ciudadano, o el rol de una institución social, los cuales, implícitamente, forman parte del contenido del tipo de dominio o de infracción de un deber, respectivamente, el inobservado; el cual, en un sentido normativo, haya generado la creación de un riesgo prohibido, afectante de la identidad normativa de la sociedad. Y en ese sentido, somos partidarios de la tendencia de la identidad entre la acción como la omisión para la defraudación de roles y generación de riesgos no permitidos por el correspondiente tipo penal.***

---

[541] **Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. "DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA", Tomo II, 21ava. Edición, Editorial Real Academia Española, Madrid – España, 2001, Pág. 1245.**

Caso contrario, ***se caería en el callejón sin salida, de que, la omisión no crea nada (menos aún riesgo prohibido); y ese tipo de opiniones son las que parten de una visión naturalista de las categorías jurídicas; dado que, en el mundo del ser, como sensorialmente sólo se perciben actividades positivas, obviamente, lo no existente en el ser, no puede originar efecto o consecuencia alguna.*** Sin embargo, al mantener una posición normativista, se podrá afirmar que el incumplimiento de un determinado rol, ya sea porque la persona no realizó una determinada prestación positiva, es entendida jurídico-penalmente, como la creación de un riesgo no permitido, la cual, permite ya afirmar la presencia de un comportamiento típico.

Ahora bien, el entendimiento de la creación de un riesgo prohibido califica la conducta del sujeto como típica es realizada a través del juicio de imputación (tanto del tipo objetivo, como del subjetivo). ***En ese sentido, la presente investigación, sólo se ha ceñido al análisis del tipo de imputación objetiva, dado que, es en la sede del tipo objetivo en donde siempre se consideró a la omisión con la comisión como estructuralmente diferentes pero que pueden presentar equivalencia con la posición de garante; y en ese sentido, deberá ser aquí en donde se compruebe la falsedad de esa equivalencia, y por el contrario, lo correcto de afirmar una identidad entre ambas.***

Hasta este momento, hemos indicado que el problema no radica en distinguir las acciones de las omisiones, así como, fundamentar el injusto de la comisión por omisión en la posición de garante, sino que, es un problema de adscripción; esto es, que la conducta de la persona (cualquiera que sea) tenga un sentido típico (específicamente del tipo de comisión). Y ello se determinará a través de las reglas de la imputación objetiva (figura por la cual es aplicable en la realización, por parte de la conducta, de cualquier tipo penal), deducidos de ideas rectoras, así como, de principios axiológicos que no denotan un elemento especial, exclusivo y excluyente, como es el caso de la posición de garante.

Más que distinguir estructuras típicas hay que interpretar el tipo. En efecto, no soy partidario de buscar elementos o criterios que busquen, distinguir la comisión de la omisión impropia, para luego buscar otros criterios que permitan lograr su equivalencia o correspondencia, porque así lo manda, no un tipo de la parte especial, sino una cláusula de la parte general del Código penal. Soy de la opinión que el temor de restringir el círculo de autores en la figura denominada omisión impropia, no es más que un reflejo del problema: determinación de si la conducta de una persona ha realizado un tipo penal; así busquemos reglas, tales como: que todos somos, en cierta forma, garantes, o que, sólo en la omisión equiparada a la acción, se debe trabajar con la persona que detenta un rol de garantía o salvaguarda para un bien jurídico, no lograremos mucho sin criterios, reglas o límites nomológicos que permitan mayor certeza.

Y estimo que dichos criterios o principios podemos deducirlos de dos

ideas rectoras propias de un Estado social y democrático de Derecho, el cual erige valores superiores como libertad, igualdad y justicia, las cuales exigen observancia por parte de las figuras jurídicas.

En una extraordinaria investigación, Baldó afirmó: "...cuando reconocemos a cada sujeto individual una esfera organizativa autónoma en la que puede ejercer señorío y unos intereses agregados a la misma en orden a posibilitar su desarrollo, no sólo le estamos otorgando libertad de organización, sino que le imponemos responsabilidad por organización. Esto es, le hacemos responsable de las consecuencias no deseadas que su comportamiento organizador puede acarrear a terceros".[542]

Lo resaltante de la investigación de Baldó es que analizó situaciones específicas de un estadio analítico de la teoría del delito, partiendo de ideas y principios axiológicos que determinan el ámbito de operación de cualquier figura jurídico - penal; esto es, no ha tenido por qué elaborar criterios que sólo nos serviría para una figura, desconectándose con todo el aparato conceptual de la teoría del delito (como ocurre con la posición de garante).

Y el punto de partida de Baldó lo tomaremos, no esta vez para analizar una causal de justificación (como ocurre en la investigación del citado jurista) sino para comprobar que con una adecuada aplicación de los postulados de la imputación objetiva, nos importará poco distinguir una acción de una omisión, para afirmar la realización de un tipo penal (en nuestro contexto de trabajo: del tipo de comisión).

Al respecto, trabajamos con dos ideas rectoras, las cuales, presentan, cada una, principios axiológicos; así tenemos: 1) Idea rectora de la autonomía individual, la cual, presenta los principios siguientes: a) principio de autodefinición de intereses propios, b) principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador (origen de riesgos para terceros), y, c) principio de asunción personal de riesgos no imputables a terceros. 2) Idea rectora de solidaridad intersubjetiva, la cual, también presenta los principios siguientes: a) principio de solidaridad mínima, y, b) principio de solidaridad general intersubjetiva.

La primera idea rectora expresa la separación entre esferas organizativas autónomas, pero se ve limitada por la vinculación entre esferas organizativas autónomas que expresa la segunda idea rectora. Como se observará, lo afirmado no consiste en la presencia de un ***deber*** de ser libre, sino en la facultad que un Estado social y democrático de derecho ha reconocido a la personas su capacidad de ***sujeto libre***, en el sentido de configurar su ámbito organizativo; pero, en estos tiempos, ninguna facultad es absoluta e irrestricta, sino que origina, en el caso de la libertad de organización, que el sujeto asuma su responsabilidad por la organización que ha hecho, así como, observe los lazos de solidaridad que modulan cualquier separación absoluta entre las esferas organizativas. No tomar en cuenta la

---

[542] **Cfr. BALDÓ LAVILLA, Francisco. "ESTADO DE NECESIDAD Y LEGÍTIMA DEFENSA: UN ESTUDIO SOBRE LAS SITUACIONES DE NECESIDAD DE LAS QUE DERIVAN FACULTADES Y DEBERES DE SALVAGUARDA", Editorial Bosch, Barcelona - España, 1994, Pág. 75.**

interrelación de las conductas en todo contexto social, es desconocer la propia estructura de la sociedad en que vivimos y en la que pretendemos aplicar un Derecho penal garantista.

Desarrollando estas ideas, puede decir, que la persona auto define y organiza sólo sus intereses, cuando tenga la capacidad normativa para hacerlo y la naturaleza del bien jurídico le permita; por tanto, de por si, la libertad organizativa ya presenta límites. Y esta libertad a su vez apareja responsabilidad, cuando es ésta, por ejemplo, el origen de peligros para la libertad organizativa de otros sujetos igualmente legitimados a su desarrollo.

Lo afirmado, nos permite elaborar la tercera premisa: se debe responsabilizar a toda persona que por su comportamiento organizador origine peligros para intereses ajenos o fortalezca el peligro procedente de la naturaleza o de otra esfera organizativa {haciendo u omitiendo una determinada prestación). Sin embargo, esta premisa debe ser matizada con estos criterios, esta vez elaborados en el mismo de la imputación objetiva:

1. Se debe establecer, en primer lugar, si el autor de la conducta es competente para prevenir la situación de riesgo correspondiente al resultado que se verifica. Los daños que se verifique no son imputables a los sujetos que han realizado (la forma es lo de menos) el peligro de tal género, sino sólo a aquellos que han producido un riesgo distinto de aquel riesgo general de la vida. Mediante la perspectiva ex - ante, se puede lograr el objetivo que la división de las esferas de competencia delimita la responsabilidad hasta el punto de que no intervengan ulteriores situaciones que sean para justificar una transferencia o una extensión de aquellas competencias.[543]

2. En segundo lugar, se le imputa el resultado acaecido a la persona que no impide que éste se produzca, cuando ello sucede en el ámbito de su competencia. Mediante la perspectiva ex - post se podrá establecer si la conducta típicamente relevante (sin importar, otra vez, la forma de ésta) ha realizado el resultado de riesgo específico desaprobado.[544]

3. No le es imputable objetivamente el resultado al sujeto que no realizó una prestación de salvaguarda de un bien jurídico, debido que, su actuar precedente no ha creado un riesgo jurídicamente relevante para la víctima, o se ha mantenido dentro del riesgo permitido.

4. Todo sujeto debe cargar personalmente con los peligros que amenazan su esfera de intereses, siempre que tales peligros no sean de alguna forma jurídicamente imputables a terceros (en alguna medida atribuibles jurídico - penalmente al comportamiento organizador de otro sujeto).[545] Sin embargo, hay que precisar que, aún si la víctima actúo en último lugar, la conducta será típica si la víctima ha sido instrumentalizada; por tanto, lo decisivo no es el orden de las intervenciones sino el principio de

[543] **Cfr. CORNACCHIA, Luigi. Ob. Cit., Pág. 107.**
[544] **Cfr. MIR PUIG, Santiago. "SIGNIFICADO…", Ob. Cit., Pág. 264.**
[545] **Cfr. BALDÓ LAVILLA. Ob. Cit., Pág. 62.**

autorresponsabilidad.[546]

Ahora, la pregunta es: ***¿El artículo 13º del Código Penal recoge el criterio de equivalencia o el de identidad?***

Como se ha indicado, una de las consecuencias que se derivan del hecho de que la comisión por omisión de un determinado tipo de la parte especial es valorativamente idéntico a la realización del mismo tipo mediante un comportamiento activo, es que si un comportamiento activo será penalmente relevante en la medida en que con él se haya desencadenado un riesgo típico, de manera que aquel riesgo se plasme en el resultado (en los delitos de dominio) lo mismo habrá que exigir en los casos de comisión por omisión.

Frente a ello, ¿es necesario que el artículo 13º del Código Penal, en su primer párrafo, exija la presencia de un deber jurídico? Desde el plano aquí defendido, la respuesta es no, puesto que, tanto en la comisión como en la omisión, se habrá tenido que dar la inobservancia de roles o deberes, que si bien, nacen de un contexto social determinado, en donde se considera a la persona como ser libre, sus contenidos deben ser interpretados jurídicamente. Sin embargo, si lo que quiere hacer referencia el legislador es a la posición de garante, su error es doble, por un lado, porque pretende anclar la responsabilidad jurídica de la omisión a un plano naturalístico que requiere de un equivalente como el deber de garantía, y por el otro lado, porque cae en la ambigüedad al no precisar cuál debe ser ese deber jurídico para impedir el resultado, originando una arbitrariedad en las decisiones de los operadores jurídicos.

Asimismo, cuando el legislador, en el artículo 13º, primer párrafo, hace mención a la creación de un peligro inminente, está haciendo referencia a la injerencia, y como se indicó anteriormente, los que consideran a la posición de garantía como el equivalente por excelencia entre la omisión con la comisión, encuadra dentro de la misma a la injerencia; por lo que, el legislador no ha tenido porqué desligar al actuar precedentemente peligroso de la constelación de casos que agrupa el deber jurídico de impedir el resultado, puesto que, el mismo hace referencia a la posición de garante, la cual, como género, engloba a la injerencia.

Frente a estas inconvenientes de la estructura de la norma, ***se concluye que, el art. 13 CP cumpliría una función meramente declarativa en cuanto a la comisión por omisión. En efecto, si se acepta que la comisión por omisión se desprende directamente de los tipos de la parte especial que pueden ser realizados tanto en forma activa como pasiva, la lógica obliga a aceptar que no es necesario el art. 13 CP para otorgar relevancia penal a la comisión por omisión.***

Y ello, permite apartarnos de la posición de Iván Meini, quien considera que en los casos de no evitación del resultado por el garante sí es necesario

[546] **Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 477.**

acudir a la cláusula del art. 13 CP, pues en la medida en que estos comportamientos omisivos no se desprenden directamente de los tipos de la parte especial, o lo que es lo mismo, no son idénticos a los tipos de la parte especial, se hace necesario invocar el art. 13 CP para otorgarles relevancia típica y recién, entonces, se puede decir que, sin llegar a ser iguales, se corresponden con un tipo de la parte especial. En ese sentido, para el jurista peruano, una de las funciones del art. 13 CP es otorgar relevancia penal en sede de tipicidad a determinadas omisiones no previstas en el parte especial que son menos graves que la comisión por omisión pero más graves que las omisiones puras, y que aquí se les ha denominado supuestos de no evitación del resultado por el garante. De no ser por el art. 13 CP éstas no serían típicas.[547]

Para justificar su posición, expone el caso de la madre, que al llegar a su casa encuentra a su menor hijo enfermo y no le presta ayuda ni b lleva a un centro médico ni avisa a la autoridad, muriendo luego el menor; o en quien encuentra a un transeúnte gravemente herido y omite prestarle ayuda, muriendo luego el peatón. En ambos casos, y aun cuando se pueda afirmar que de haber actuado la madre o quien encontró al herido no se hubieran producido las muertes, el surgimiento del riesgo típico que se plasma en el resultado (muerte del hijo o del transeúnte) no se encuentra vinculado normativamente a la omisión de la madre o del conductor según lo exige la comisión por omisión. La consecuencia directa de este postulado es que se acota el campo de aplicación de la comisión por omisión, pues ahí donde el sujeto «se encuentre» con el riesgo típico, ahí donde sólo quepa afirmar que el comportamiento omisivo del sujeto no disminuyó el riesgo típico, no es dable hablar de comisión por omisión, sino a lo sumo, de una omisión de socorro o aviso a la autoridad del art. 127 CP. Para Meini, sería un supuesto de no evitación del resultado por parte del garante, sólo por la presencia del citado artículo 13. Por lo mismo, en el hipotético caso en que no existiera el art. 13 CP, la madre sólo podría ser castigada como autora de un delito de omisión de auxilio del art. 127 CP.

Y este razonamiento se debe, porque para Meini, la omisión impropia sólo puede o crear un riesgo o aumentarlo. De esto se desprende que no puede haber comisión por omisión, al menos no según el contenido que en este trabajo le otorga Meini a tal locución, cuando el comportamiento omisivo es posterior a la creación o incremento del riesgo (como en el caso de la madre).

No obstante, yerra Meini en no considerar la naturaleza de los delitos, es decir, que hay delitos de dominio, así como, de infracción de un deber. Y en el caso de la madre, se está ante delito de infracción de un deber, en donde, la imputación del comportamiento se determina por la infracción de un deber específico, mientras que la realización del resultado no se aprecia como la realización del riesgo prohibido, sino como una forma de configuración de la sociedad que el vinculado institucional debió haber evitado.

---

[547] **Cfr. MEINI MÉNDEZ, Iván. "LA COMISIÓN POR OMISIÓN: UNA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA DEL ARTÍCULO 13 CP". En:** ***Anuario de Derecho Penal. Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano,*** **PUCP, Lima – Perú, 2003, Pág. 427.**

En ese sentido, en los delitos de infracción de un deber, así como, el fundamento de la exclusión de la imputación del resultado no puede descansar en la posterior presencia del sujeto activo en el riesgo creado, así tampoco el resultado no se le va a imputar (en el ejemplo a la madre) porque ésta aumentó el riesgo

En los delitos de infracción de un deber hay que determinar primeramente que el autor es un obligado especial. Esto quiere decir que, en principio, no cualquiera puede ser autor de un delito de infracción del deber, sino solamente los obligados institucionalmente. Determinada la titularidad de un rol especial, debe precisarse las competencias institucionales correspondientes mediante las normas formales o informales que configuran las instituciones sociales en cuestión y que pueden relacionarse con el contenido del tipo de esta clase de delitos.

Al respecto, nadie discute que la institución social como es la familia establece entre sus miembros un rol especial, el cual, le exige un deber de salvamento frente al ataque a uno de sus miembros, ***aunque éste se haya desarrollado completamente sin su intervención.*** Y este es el sentido que se recoge del contenido de tipos penales, como el parricidio o el infanticidio, sin que se requiera de otra cláusula legal, como el artículo 13º que la declare; caso contrario, esta declaración que ocurre en la omisión, tendría que darse en la comisión.

En ese orden de ideas, ***la imputación del comportamiento en los delitos de infracción de un deber tiene lugar solamente con la posibilidad del cumplimiento del deber especial, y no, si el comportamiento del sujeto es anterior o posterior al riesgo creado; eso es un momento irrelevante para el Derecho penal, que nos vuelve a situar en un campo naturalístico, esto es, cuál fue el determinante lo que no se hizo antes o lo que no se hizo después; esto, en los delitos de infracción de un deber no presenta relevancia alguna.***

Por otro lado, en el caso de los delitos de infracción de un deber que requieren un resultado, como en el caso de la muerte del hijo por parte de su madre, no será suficiente la imputación del comportamiento, sino que deberá además verificarse una imputación del resultado.

Hay que tener presente que en los delitos de infracción de un deber el resultado no se presenta como la realización de un riesgo prohibido, sino como la producción de una situación que no corresponde con la pretendida por la institución social en cuestión. Y esto es lo no reparado por Iván Meini, al pretender enlazar la responsabilidad penal del sujeto en un delito de infracción de un deber a la cuestión temporal de la realización del riesgo prohibido.

Por esta razón, una vinculación puramente fáctica entre la infracción del deber especial y el resultado no tiene ningún sentido. Entre la infracción de las competencias institucionales y la producción de un

suceso contrario al orden impuesto por una institución social existe solamente una relación normativa: la falta de vigencia real de la institución social se explica en el cumplimiento del deber especial del obligado institucional.

Y esto ocurre tanto en la comisión como en la omisión, lo relevante en los delitos de infracción de un deber es la defraudación de la competencia institucional, que implícitamente forma parte del contenido típico de estos delitos, y que no requieren, como tampoco de la competencia por organización en el caso de los delitos de dominio, de una declaración en la Parte General del Código Penal, la cual, solamente se refiera a la omisión.

La segunda cuestión es que si cabe una atenuación de la pena al omiso, o es que se debe dejar a las reglas de la determinación judicial de la pena, las cuales rigen en la comisión.

La posibilidad de reducir la pena que contemplan las cláusulas de comisión por omisión, o también llamadas omisión impropia, suele argumentarse en derecho comparado, con arreglo a diferentes razones. Se dice, por ejemplo, que la no evitación de la lesión del bien jurídico sería menos grave que su producción a través de un comportamiento activo; que la energía delictiva o criminal (verbrecherische Energie, Kriminelle Energie) en las omisiones puede ser inferior que en los comportamientos activos (mientras que en la comisión la voluntad se dirige a la consecución del resultado, en la omisión se deja que éste devenga); que la culpabilidad del sujeto en la omisión puede ser menor a la que presenta cuando delinque activamente, pues, por ejemplo, la lesión de un deber de actuar no es por lo general tan grave como la lesión de una prohibición de actuar.

Para algunos casos excepcionales, se dice, sería la antijuridicidad en la omisión la que podría tener una intensidad menor a la de los delitos realizados a través de comportamientos activos. Como muestra, la doctrina alemana ofrece el ejemplo del esposo que mata a su cónyuge sumergiéndola en agua, comportamiento (acción) cuyo injusto, sostiene, es mayor que si simplemente no la rescata.

Se argumenta también que la reducción de la pena en los casos de comisión por omisión encuentra un ámbito de aplicación en los delitos de omisión en virtud de responsabilidad institucional, aunque esto conllevaría a aceptar que tal reducción sería no sólo aplicable a los delitos de omisión con deberes en virtud de responsabilidad institucional, sino también a los delitos de infracción de un deber en caso de comisión. Se señala, por último, que la reducción de la pena en los casos de comisión por omisión sería compatible con aquella corriente de opinión que no distingue entre autoría y participación en las omisiones, pues en estos casos se podría reducir la pena a los partícipes (¡aunque si no se distingue entre autores y partícipes omisivos, tampoco se podría distinguir cuándo disminuir la pena!).

Si se adoptan estas ideas resulta lógico que la pena pueda ser atenuada facultativamente, porque en muchos supuestos el injusto y la culpabilidad en la omisión serán inferiores que en el correspondiente delito que se realiza mediante un comportamiento activo. No obstante, en otros, serían idénticos.

Y en estos últimos casos ya no tendría sentido hablar de correspondencia (Entsprechung), sino de igualdad (Gleichheit) entre el comportamiento omisivo y el activo. Por lo mismo, la lógica indica que en estos casos no debe proceder atenuación alguna de la pena.

Por tanto, la toma de posición a adoptar vuelve a tener relación con la discusión equivalencia vs. Identidad. Así, habría que aceptar que la reducción facultativa de la pena del art. 13 CP se da porque el fundamento y desvalor del comportamiento omisivo al cual se les imputa el resultado no es idéntico a los que se verifican cuando el resultado se produce a consecuencia de un comportamiento activo (tipos de no evitación del resultado por el garante); ***mientras que tal atenuación no procede si la relación que existe entre el comportamiento omisivo al que se le imputa el resultado y el resultado imputado tiene idéntico fundamento e igual desvalor que los que corresponderían a la producción de ese mismo resultado mediante un comportamiento activo (tipos de comisión por omisión).***

Sin embargo, partiendo de lo anteriormente asentado, si se considera que ***en el plano normativo, el modelo de imputación de responsabilidad jurídico – penal se da sobre la base de roles, entonces es irrelevante inquirir si un concreto rol se inobservó por acción o por omisión, puesto que, ambas tienen la misma eficacia perturbadora: el quebrantamiento de los roles o deberes de la persona; por lo que, entre ambas no hay una mera equivalencia, sino una identidad. Y en ese sentido, no cabe justificar la atenuación facultativa a la pena del omiso.***

Sin entrar a discutir el porqué se disminuye la pena o en qué estadio de la teoría del delito (injusto, culpabilidad, o en ambas) se ha de ubicar la razón de tal disminución, nos interesa remarcar que en el Código Penal existe ya un marco general para que el Juez pueda determinar de la manera más precisa posible la pena a imponer a partir de la pena conminada en el tipo de la parte especial. Este marco, aplicable indistintamente a los delitos activos y a los omisivos está configurado por las reglas para la determinación de la pena (art. 45 y 46 CP), la tentativa, los preceptos sobre autoría y participación y la posibilidad de disminuir la pena incluso hasta límites inferiores al mínimo legal del art. 21 CP. A todo este marco, el Juez deberá recurrir.

Frente a lo indicado, el vigente artículo 13º del Código Penal (así como, el artículo 13º del Anteproyecto de Código Penal – Parte General del 2004), no presenta una justificación en el plano normativo, siendo recomendable su derogación.

Y ello no afectaría al principio de legalidad. En efecto, el problema que enfrentó la teoría general de la posición de garantía de cara al cambio

cualitativo de la teoría formal a la material, no solamente enfrentó dificultades de fundamentación doctrinaria, sino también de constitucionalidad, porque el principal problema de la teoría material o funcional lo tuvo con el principio de legalidad, pues su fundamento jurídico no provenía de una *lex scripta*, como lo exige este principio, sino, en todo caso, del derecho consuetudinario. A partir de este momento se tomó conciencia de la necesidad de una disposición legislativa que autorizaba aplicar la pena del delito activo a la comisión de impedir el resultado. Pero no sólo en el ámbito de la posición de garante tuvo inconvenientes de constitucionalidad, también lo tuvo en el marco de la relación de causalidad; por eso se intentó demostrar que la omisión impropia es tan causal del resultado, como la de no evitar un aborto, como lo puede ser un hacer positivo, de lo que se trata, entre otras cosas, es de evitar la objeción de que la punibilidad de la comisión por omisión vulneraría el principio de legalidad.

Sin embargo, estas cuestiones problemáticas como la naturaleza de la posición del sujeto activo, la relación de causalidad o la imputación objetiva, no son exclusivas de la omisión, sino que, también en la comisión estos puntos generan más de una discusión; y eso se debe a que ningún tipo penal de la Parte Especial los menciona; no obstante, ello no significa que tanto los tipos de omisión como los de comisión presentan cuestionamientos al principio de legalidad.

Lo que ocurre es que, si bien estos son elementos generales a las estructuras delictivas, no significa que deben de estar todos regulados en el Código Penal (ya sea en la Parte General o en la Parte Especial); y ello lo revela el hecho que, en la actualidad, cuestiones como la teoría de la imputación objetiva no está regulada en alguna norma penal, no conllevando a que se levante voz alguna a afirmar que hay una clara violación al principio de legalidad.

Por otro lado, una de las cuestiones de la dogmática, es que a los tipos penales hay que someterlos a los principios filosóficos jurídicos, político-criminales y dogmáticos propios de nuestra época. Ello supone un equilibrio entre aspectos *lógicos, teleológicos y axiológicos*. Los aspectos lógicos vienen representado por la seguridad jurídica o certeza del derecho, es decir, por el respecto al principio de *nullum crimen sine lege* en sentido realista y crítico. Los aspectos teleológicos consisten en reclamar que la acción omitida pueda ser penada como medio para disminuir el peligro e impedir la lesión de bienes jurídicos. Ahora, estos dos aspectos actuarán como especie de muro de contención para impedir el predominio del aspecto axiológico (en este caso de la omisión impropia, cual es, el riesgo que el operador jurídico realice una operación analógica *in malam parten* de una omisión para su adecuación en el tipo penal).

En suma, con la eliminación del artículo 13º del Código Penal no se estaría afectando al principio de legalidad, puesto que, la misma se mantiene, por un lado, en su aspecto formal, al basarnos en el sentido del tipo penal (de la Parte Especial) a examinar, y por el otro lado, en su aspecto material, esto es, al proclamar una identidad estructural entre la

acción con la omisión como vías para el incumplimiento de roles que generen la defraudación de expectativas propias de la identidad normativa de la sociedad, las cuales, han sido recogidas en el tipo penal examinado.

2.5 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CON RELACIÓN A LA OMISIÓN IMPROPIA

Establecida la posición tanto de la doctrina, como de la legislación sobre el tema de la omisión, es menester describir la toma de postura por parte de la jurisprudencia; de esta forma, tendremos un panorama completo del tema de investigación a través de las más importantes fuentes jurídicas: la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

Por razones metodológicas, se va a presentar, en primer lugar, la línea jurisprudencial nacional con relación a la omisión, y en segundo lugar, lo referido por nuestros tribunales con relación a la imputación objetiva. Sin embargo, como es el objeto de muestra de nuestra investigación las sentencias tomadas son las emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema.

2.5.1 JURISPRUDENCIA REFERIDA A LA OMISIÓN IMPROPIA

En cuanto a los antecedentes jurisprudenciales, puede encontrarse a la prusiana, que a partir de 1800, ya afirmaba lo siguiente: "no existir duda de que el asesinato, igual que cualquier otro delito, puede cometerse mediante omisión de lo que la ley exige cualquiera". Se ha dicho también que hasta antes de la Ilustración, sólo el parricidio (en la modalidad de infanticidio) podría cometerse por omisión, dando lugar a los numerosos supuestos de la madre que "mata" omitiendo los deberes de asistencia para con su hijo. Las legislaciones del siglo XVII, envueltos bajo la doctrina filosófica de Wolf, consideraron que junto a las acciones se comprendían también a las omisiones, pero siempre las penalidades para esta última era más benigna.

En el Perú, la jurisprudencia penal ha toma posición en cuanto al modelo conceptual para afirmar un hecho punible. La Sexta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, en el expediente 1281-97, precisa : "*Primero que conforme al artículo quinto del Código de Procedimientos Penales, la Excepción de Naturaleza de Acción procede cuando el hecho "no constituye delito o no es justiciable penalmente"; Segundo: que en el primer supuesto nos encontramos en el caso en el cual el hecho no resulta ser típico y dentro la teoría del delito,* ***versión finalista****, que es la del Código Penal vigente, sólo existe tipicidad cuando el hecho se ajusta al tipo, o sea cuando corresponde a las características objetivas y subjetivas del modelo formulado por el legislador, por lo tanto la tipicidad no está limitada solamente a la descripción del hecho objetivo –manifestación de voluntad y resultado perceptible en el mundo exterior –sino también la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico necesario para la constitución del tipo del delito, esto es la parte subjetiva, que corresponde a los procesos síquicos y constitutivos del delito* ***(dolo, culpa, elementos subjetivos del injusto o del tipo)"****.*

De la presente ejecutoria debemos inferir que la doctrina jurisprudencial admite que el Código Penal del Perú se adhiere a un sistema finalista, la cual consideramos que es error técnico, ya que una cosa son los métodos por los cuales el operador jurídico adopta para conseguir el alcance o sentido de una determinada ley (el intérprete puede ser un causalista o un finalista) y otra muy distinta, es el objeto sobre el cual recae dicha interpretación, que viene hacer ley positiva. Un ejemplo de ello, también, es la coexistencia en Alemania, con un mismo Derecho positivo (el previo a la reforma que entró en vigor en 1975), del causalismo y el finalismo, "...o más cerca, -dice Silva Sánchez- la coexistencia en España, con el vigente Código penal, de doctrinas que sostienen la sistemática causalista, de otras que se adhieren de modo más o menos ortodoxo a las tesis finalistas y, en fin, de obras impregnadas en mayor o menor medida de consideraciones teleológicas -funcionalistas".

En lo que respecta a la omisión impropia, se tienen las siguientes jurisprudencias:

- **Omisión en homicidio simple**[548]

VISTOS; por sus fundamentos pertinentes, y CONSIDERANDO que, se advierte de autos que el encausado Rodríguez Quiroz estuvo presente en el momento y en el mismo lugar en donde su coencausado Fernández Espejo arrojó una bloqueta de cemento sobre la cabeza del agraviado Barriga Ruiz, causándole la muerte conforme al protocolo de necropsia obrante a fojas ciento tres y, ratificada a fojas a doscientos treinta y uno; que según las declaraciones uniformes de los intervinientes en el ilícito sub-materia, así como los testigos presenciales de los hechos, obrantes a fojas treinta y dos y noventa y ocho, los encausados Rodríguez Quiroz, Fernández Espejo y Vargas Málaga en la fecha de los hechos se encontraban con visibles muestras de haber ingerido licor y en ese estado había tratado de agredir a varios transeúntes, siendo del caso que cuando Fernández Espejo sin motivo alguno agredió al mencionado agraviado habiendo sido secundado por sus coencausados; que si bien la resolución delictiva del acusado Fernández Espejo de golpear la cabeza de la víctima al extremo de producir su muerte fue una decisión personal obrando a plenitud con el dominio del hecho y del acontecer causal, contando para tal efecto con la compañía del encausado ***Rodríguez Quiroz, no puede calificarse la conducta de este último como una omisión impropia, como erróneamente lo ha realizado la Sala Penal Superior, toda vez que esta modalidad delictiva solamente se configura cuando el sujeto activo se encuentra en una posición de garante con relación al bien jurídico, entendiendo como el deber de realizar acciones de salvamento y protección para evitar su lesión o puesta en peligro por situarse el bien jurídico en una relación de dependencia respecto a quien ostenta dicho deber, cuestión que no se aprecia en el caso de autos***, porque el encausado Rodríguez Quiroz no tenía a su cargo el deber de evitar

[548] **Sala Penal de la Corte Suprema. Sentencia del 18.06.1998. Tomada de: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "ALGUNAS OBSERVACIONES EN TORNO A LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, Tomo 34, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2001.**

la lesión del bien jurídico vulnerado o de proteger a la víctima frente al ataque antijurídico de terceros; que, si bien por principio de solidaridad humana, como la explica la sentencia, el citado acusado debió impedir la agresión, es de ver que la violación de este principio no implica una omisión jurídica, sino solo de índole moral ***y como quiera que al haber intervenido interceptando a la víctima y acompañado al agente asegurando de este modo su superioridad ofensiva sobre la víctima, dicha conducta se encuentra en un nivel accesorio o secundario en relación a la acción principal del autor que golpeó a la víctima con una bloqueta de cemento, por lo que la imputación objetiva al acusado Rodríguez Quiroz es solamente a título de cómplice secundario*** conforme a lo preceptuado en el segundo párrafo del artículo veinticinco del Código Penal; que respecto a la sanción impuesta por la Sala Penal Superior ésta se encuentra conforme a derecho por resultar proporcional con el grado de culpabilidad del agente en atención al estado de ebriedad en que se encontraba en el momento de la comisión del hecho delictivo, así como a su imputabilidad restringida por contar en dicho momento con diecinueve años de edad, cinco meses y trece días, tal como se corrobora con su partida de nacimiento obrante a fojas seiscientos setenta y siete, en atención a lo prescrito por el inciso primero del artículo veinte y veintidós del acotado Código Sustantivo; que finalmente para los efectos de declarar ausente o contumaz a un procesado, debe tenerse presente lo establecido por el artículo trescientos diecinueve del Decreto Legislativo número ciento veinticinco, debiendo dictarse el auto procesal correspondiente antes de emitir sentencia, mas no así dentro de esta última resolución, previa información concreta para determinar si el encausado conoce el proceso seguido en su contra y de los emplazamientos de ley para los fines del juzgamiento; que, de otro, la reparación debe fijarse no sólo en función del daño irrogado, sino al grado de participación en el evento criminoso; que, finalmente la Sala Superior al haber declarado por mayoría contumaz al procesado Vargas Málaga ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso primero del artículo doscientos noventa y ocho del acotado Código adjetivo, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiséis, en cuanto a dicho extremo se refiere: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas mil noventa su fecha treinta de enero de mil novecientos noventa y ocho que absuelve a César Cesarovich Molleapaza Grivanov de la acusación fiscal por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud homicidio en agravio de Constancio Barriga Ruiz; Y reserva el procesado en contra de los acusados Oscar Fernández Espejo y Vladimiro Vargas Málaga hasta que sean habidos, MANDARON que la Sala Penal Superior reitere las órdenes de captura impartidas en contra de los citados acusados; declararon HABER NULIDAD en la propia sentencia en cuanto condena a Mario Renzo Rodríguez Quiroz en su calidad de autor por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud homicidio por omisión impropia en agravio de Constancio Barriga Ruiz; con lo demás que al respecto contiene; reformándola en este extremo: ***CONDENARON a Mario Rodríguez Quiroz en su calidad de cómplice secundario por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud homicidio en agravio de Constancio Barriga Ruiz,*** a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres años; y FIJARON en ocho mil nuevos soles, monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el referido sentenciado a favor de los herederos legales del occiso; asimismo

declararon NULA la propia sentencia en el extremo que declara por mayoría contumaz el encausado Vladimiro Vargas Málaga; DISPUSIERON que la Sala Penal Superior proceda con arreglo a ley conforme a los expuesto en la parte considerativa de la presente resolución; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que dicha sentencia contiene, y los devolvieron.

En la jurisprudencia se ha recogido la siguiente categoría, usualmente atribuible a la estructura de la omisión impropia: la aplicación de teoría de la posición de garantía como fundamento de autoría en el delito de omisión impropia o comisión por omisión.

La orientación jurisprudencial se acoge para fundar la posición de garantía en criterios materiales; además, gira en relación a la participación omisiva en un delito-acción, ya que el acusado Fernández Espejo es el que directamente, mediante una conducta activa, tiene el dominio sobre su acontecer y voluntad delictiva, es decir, la conducta de golpear la cabeza de la víctima al extremo de producir su muerte.

Es en el análisis de la intervención de Rodríguez Quiroz en donde se centrará nuestro análisis, y parte de la siguiente interrogante: ***¿cómo si se le excluye un deber jurídico de intervenir (y a los sumo se le atribuye una obligación moral) se le responsabiliza jurídico – penalmente por el hecho de haber interceptado a la víctima, originando una posición superior de su co-encauzado con relación a la víctima?***

La respuesta sería que, como al no configurarse una posición de garante, automáticamente se elimina toda posibilidad de imputación del resultado a título de ***autoría*****,** restando sólo averiguar si cabe la imputación a título de ***partícipe***.

Sin embargo, esta distinción se justifica en los denominados delitos de infracción de un deber, en donde, por la ***estructura del tipo penal sólo cabe considerar al autor quien detente una posición o deber especial, que lo vincule positivamente al mantenimiento del status favorable del bien jurídico***.

En ese orden de ideas, cabe preguntar, si el tipo de homicidio simple (imputado a los encauzados) configura (o no) un delito de infracción de un deber. Al respecto, es unánime afirmar que, por el contenido de su estructura típica, el delito de homicidio simple es de dominio o de competencia por organización, dado que, es suficiente que el sujeto activo infringe su rol general de ciudadano, esto es, que la manera como éste organizó su esfera de libertad ha generado un exceso dañino a otras esferas de libertad ajenas; obviamente, el respeto a la vida humana es uno de los motivos que dotan de sentido a aquel rol general y su incumplimiento configurará el delito en cuestión.

Descartado el carácter de delito de infracción de un deber, no es necesario fundar la autoría en un deber jurídico especial, dado que, la inobservancia del rol general de ciudadano se puede presentar, ya sea por una

prestación positiva, o bien, por su abstención. En efecto, ***el deber de asegurar la propia organización de tal modo que de ella no se desprenda riesgos que excedan del nivel permitido, puede ser cumplido mediante una conducta activa u omisiva, dependiendo esta cuestión del causal estado de la esfera de organización del ciudadano; y por ende, su incumplimiento también se puede dar vía acción u omisión.*** Por tanto, en los delitos de dominio o de competencia por organización, la acción u omisión son componentes irrelevantes, basta con fundamentar cómo el rol general de ciudadano se incumplió, y en ese sentido, cómo se originó un riesgo prohibido (y en el caso de delitos de resultado), cómo se atribuye el resultado acaecido a la realización de aquel riesgo prohibido creado por el sujeto.

Este razonamiento, no ha sido el adoptado por la jurisprudencia, y por el contrario, la misma sigue anclada en aquella visión naturalista que postula que en un mismo plano (óntico) no puede coexistir a y no – a, es menester seguirlos diferenciando a nivel de la estructura típica, originando que, uno presente una estructura diferente a la otra (en el caso de la omisión impropia, la presencia de la posición de garante), incidiendo en el análisis de los tipos penales descritos en la Parte Especial, a tal punto de afirmar que, un mismo tipo penal, puede presentar una autoría especial, así como, una autoría común, según si es omisión o si es comisión (¡!).

Frente a ello, se considera errada esta forma de proceder, puesto que, la *cualidad* de sujeto activo (autor) debe desprender del contenido típico del concreto delito: *si el mismo se erige en la observancia del rol general de ciudadano, entonces será sujeto activo quien configuró dañosamente su esfera de organización; por el contrario, si el mismo se erige en la observancia de deberes especiales, entonces será sujeto activo quien incumplió tales deberes, conllevando a la afectación del mantenimiento de un status favorable para el bien jurídico.*

Volviendo al tema que nos ocupa, descartamos el razonamiento de los Magistrados de excluir la autoría por omisión impropia en el delito de homicidio simple porque el sujeto no tenía una posición especial, exclusiva y excluyente como es la posición de garante. En ese sentido, la pregunta debió ser formulada de la forma siguiente: ***¿el omitente se ha vinculado mediante al resultado a través de su omisión, o si, por el contrario, la omisión se presenta como una conducta neutral?***

Si se concluye que el sujeto omitió los deberes derivados de organización (aseguramiento, salvamento por asunción de riesgos o por riesgos especiales), sólo se hará sobre la base de acreditar que el omitente es competente en cuanto titular de un determinado ámbito de de organización. Por el contrario, si se configura la situación de una conducta neutral, es porque nadie está obligado a modificar activamente el estado actual de su organización por la sola razón de que otros quieran aprovechar ese estado para una conducta delictiva.

Ahora, como la sentencia no ofrece mayores detalles del material fáctico atribuido a los imputados, sólo cabe analizar el significado de *"haber*

intervenido interceptando a la víctima". Si se le entiende, en el sentido que, el imputado, organizó su ámbito de libertad para fomentar la conducta delictiva de su co – imputado, entonces se le puede imputar el resultado, puesto que, ***el omitir típico no es la falta de un suceso, sino también la responsabilidad por un curso causal; en este curso causal es posible la intervención, con la consiguiente responsabilidad por intervención, si el que toma parte vincula su ámbito de organización con el del que omite, siendo también el que interviene responsable del curso causal merced a esa vinculación.***

Este análisis debió preceder ante de ingresar a la cuestión de la autoría y participación, la cual, en el ámbito de los delitos de dominio, se les puede diferenciar, con los criterios expuestos por la doctrina dominante.

- **Omisión en el delito de extorsión[549]**

VISTOS; de conformidad en parte con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo; por sus fundamentos; y CONSIDERANDO: que, en el presente caso, fluye de autos que en horas de la mañana del día dos de abril de mil novecientos noventa y tres, en circunstancias que los agraviados retornaban a su domicilio a bordo de su vehículo, fueron intervenidos por los encausados, quienes aprovechando su condición de efectivos policiales los registraron, encontrando entre los documentos de Jorge Antonio Cabrera González un billete de cien dólares, del cual se apoderaron manifestando que era falsificado; asimismo, les solicitaron sumas de dinero a fin de ser dejados en libertad, por lo que se dirigieron a dos cajeros automáticos para reiterar dinero de la cuentas de los agraviados; sin embargo, al no lograr su propósito por no contar con dinero en efectivo ambos cajeros, concertaron una cita a la que los agraviados debían acudir llevando consigo dinero a cambio de devolverles sus documentos personales; que, al respecto, se ha establecido que si bien el encausado ***Juan Carlos Reyes Inca Ramos, estuvo a bordo del vehículo policial en el que fueron desplazados los agraviados, desde el momento en que se inicia el hecho hasta cuando éste concluye, no participó activamente en la comisión del delito de extorsión***, de allí que la tesis central de la defensa, gire en torno a una pretendida atipicidad de su conducta, lo que no exime de reproche moral; que, frente a tal argumento, cabe señalar que nuestro Código Penal vigente le confiere relevancia jurídica, tanto al aspecto activo del comportamiento humano, constituido por el ejercicio de la finalidad a través de un hacer, como a su aspecto pasivo, constituido por la omisión; dicha omisión, social y jurídicamente relevante, está referida a la realización de una acción determinada que le es exigida al agente, de allí que estructuralmente, los delitos omisivos consistan en la infracción de un deber jurídico; pero no todos estos comportamientos omisivos penalmente relevantes, están descritos por un tipo penal, es por ello que la doctrina reconoce, la existencia de delitos omisivos impropios o llamados también de comisión por omisión; respecto de este tipo de delitos omisivos, el Código Penal en su artículo trece ***[1], establece una cláusula de equiparación que nos permite adecuar el comportamiento omisivo al comisivo, pero para***

[549] **R.N. Nº 2528-99-LIMA; del 25.08. 1999. Tomada de: "EL POLICÍA QUE MIRA CÓMO SUS COMPAÑEROS EXTORSIONAN A UNA PERSONA ¿INCURRE EN EL MISMO DELITO?". En:** ***Diálogo con la jurisprudencia*****, Tomo 35, Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2001.**

ello, es preciso constatar no sólo la causalidad de la omisión sino también la existencia del deber de evitar el resultado por parte el agente frente al bien jurídico o posición de garante; que, en el caso de autos se verifica la existencia de esta causalidad hipotética, es decir, la posibilidad fáctica que tuvo el encausado Juan Carlos Reyes Inca Ramos, de evitar el resultado; en principio, por cuanto él tenía la condición de efectivo policial al mando de la patrulla a bordo de la cual se desplazó a los agraviados, ya que tenía mayor jerarquía frente a sus coencausados, y por cuanto estaba obligado a impedir la realización del delito, para lo cual tenía plena capacidad, siéndole ***por ello el resultado lesivo perfectamente imputable; también se verifica que el citado encausado, se encontraba en una posición de garante frente al bien jurídico de los agraviados, ya que ésta surge también cuando el agente tiene el deber de vigilar la conducta de otras personas [2],*** tal como sucede en el caso de autos; es por ello, que concurriendo en el análisis los dos presupuestos que nos permiten determinar cuándo estamos frente a una comisión por omisión punible, es correcto afirmar, que el encausado Juan Carlos Reyes Inca Ramos, es coautor del delito de extorsión; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas cuatrocientos noventa y tres, su fecha catorce de junio de mil novecientos noventa y nueve, que absuelve a Juan Carlos Reyes Inca Ramos y José Luis Camayo Córdova, de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública –Corrupción de Funcionarios– en agravio del Estado; condena a Juan Carlos Reyes Inca Ramos y José Luis Camayo Córdova como autores del delito contra el Patrimonio –extorsión– en agravio de Jorge Antonio Cabrera Gonzáles y Alberto Fabián Gutiérrez Laya, a seis años de pena privativa de la libertad; y fija en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los citados sentenciados en forma solidaria a favor de cada uno de los agraviados; con lo demás que contiene; y lo devolvieron.

Se aprecia de la citada sentencia, por un lado, la necesidad de una causalidad hipotética, y por otro lado, que la posición de garante surge de un deber de vigilancia.

Sobre el primer punto, se aprecia el error conceptual en que cae esta sentencia, al confundir la causalidad hipotética con el juicio de imputación objetiva*,* puesto que, la causalidad hipotética ha sido definida como una causalidad especial que parte de una reformulación de la *conditio sine qua non*, en el sentido que, si mentalmente se inserta la conducta omitida, ésta será causal del resultado si, con una seguridad rayana a la certeza, con la misma el resultado desaparece. En cambio, la imputación objetiva es un juicio normativo – teleológico tendiente a adscribir una conducta a la estructura de un tipo penal correspondiente, no a través de fórmulas hipotética sino en el análisis de riesgos creados por el sujeto.

En ese sentido, la sentencia no los diferencia sino que los ubica en un mismo plano, cuando, al trabajar con la imputación objetiva, ya no es necesaria una relación de causalidad hipotética. Pese a ello, tampoco la sentencia describe los presupuestos de la imputación objetiva a aplicar, así como, la manera cómo el sujeto creó un riesgo prohibido. Por lo que, la jurisprudencia cae en una escasa fundamentación teórica.

Sobre el segundo punto, no compartimos la idea de la culpa in vigilando como fundamento de la responsabilidad jurídico – penal por omisión. En efecto, la posición de garante que hace referencia la sentencia es la del deber de vigilar a otras personas. Sin embargo, no precisa el por qué un sujeto libre deba vigilar a otro sujeto libre; si cada uno es responsable de la forma como organizó su esfera de libertad, porqué hacerse responsable de la organización de una tercera persona. Obviamente, ***el principio de autorresponsabilidad no concuerda con el criterio de vigilancia, y ello lo demuestra categorías como el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima.*** Una vez más, el criterio de los roles son los que fundamentan un modelo de imputación de responsabilidad jurídico – penal.

- **Caso Utopía**

El día 20 de julio del 2002, en las instalaciones de la Discoteca Utopía se realizó una fiesta denominada "Zoo", para lo cual se cursaron 3700 invitaciones dobles; y se contrató al circo de los Hermanos Fuentes Gasca para que proporcionen diversos animales amaestrados con la finalidad exhibirlos en la parte interna y externa de la discoteca. De igual forma, participaron como auspiciadores de la fiesta las firmas Ballantine´s, So Yuo, Heineken, Schweppes.

En el interior de la discoteca las referidas firmas tenían instalados publicidad estática, modelos que obsequiaban muestras de los productos que publicitaban; así como la decoración con tules de colores a cargo de la marca So Yuo en la parte superior de la cabina de sonido donde se encuentra el balcón metálico y la puerta principal de acceso.

Los invitados a la fiesta "Zoo" comenzaron a llegar a las instalaciones de Utopía a partir de las 22:00 horas, teniendo una concurrencia masiva de jóvenes que superó las 1,500 personas. A partir de la una de la mañana decenas de personas formaron extensas colas con la finalidad de poder ingresar, incluso pagado un costo de US$ 10 dólares por cada uno.

Entre la 01 y las 03 horas de la mañana del día sábado 20 de julio continuaron entrando y saliendo un número significativo de personas a la discoteca Utopía. Según diversos testimonios, entre las 2:45 y 03:15 horas, ingresa a la cabina de sonido Roberto Ferreyros O´hara, quien para lograr mayor atención del público, en momentos en que se encontraban escuchándose la música electrónica o "trance", acciona un aerosol e interpone una flama de encendedor provocando una antorcha de fuego, la cual compromete el techo de la cabina de música que se encontraba revestida de un material acústico altamente inflamable.[550]

[550] **Mediante la Inspección Ocular efectuada, se pudo observar que se trata de una espuma de 2" de espesor hecho en base de un sistema de Poliuretano de baja densidad; la cual sirvió de forro acústico tanto para la cabina, como para las paredes. El Poliuretano tiene como matriz, la mezcla del Isocianato y Poliol, la que arde fácilmente y al quemado genera gran cantidad de gases tóxicos que se extienden rápidamente: como por ejemplo el Cianuro de Hidrógeno, Mónoxido de Carbono,**

En los primeros instantes de producido el fuego, las personas de Fahed Mitre Werdan, Hairo González, Enrique Bravo y Roberto Ferreyros - los cuales se encontraban en el interior de la cabina de sonido - intentan extinguirlo de diversas formas e incluso arrojando líquidos que contenían los vasos que en ese momento bebían; sin poder conseguirlo, procedieron a buscar extintores en la cabina, en las barras y en las oficinas administrativas de la discoteca. Al no encontrar ningún extintor, procedieron a gritar que se desalojara la discoteca y comunicaron a los miembros de seguridad que abrieran las puertas de salida para que se evacuara a los asistentes.

Se estima que transcurrieron aproximadamente 55 segundos desde que el fuego se inicia, hasta que alcanzó el segundo nivel y bloqueó la puerta principal, obligando a los ocupantes a intentar evacuar por las puertas de emergencia que se encontraban en el primer nivel.

En este lapso, las personas que estuvieron en la zona VIP no se percataron de lo que ocurría en el primer piso; pero segundos después (casi al minuto) escucharon el rumor que se habían escapado los animales, procediendo muchos de los asistentes de la zona VIP a refugiarse en los baños adyacentes a la zona de socios.

Posteriormente, se produce una explosión en la cabina de luces y sonido, debido a un corto circuito e inmediatamente deja de sonar la música y se apagan las luces de la pista de baile - luces de colores, cortadora, giratoria, etc. Este hecho es lo que dificultó considerablemente la evacuación de las personas que todavía se encontraban al interior del local, por cuanto no pudieron observar ninguna vía de evacuación ni indicación (letreros) de emergencia que los condujera a las salidas del local, sobre todo las personas que se encontraban en los servicios higiénicos de la zona VIP.

En esos instantes, en la zona de origen del siniestro y en la zona VIP la temperatura del incendio alcanzó cifras entre los 850 y 1250 Grados Centígrados, hecho que propició que los revestimientos de caucho en los pisos y paredes de poliuretano, discos compactos de acetato y otros materiales, emanaran gases de alto poder tóxico como consecuencia de su combustión, lo cual propició la muerte de 29 personas por intoxicación respiratoria, la mayoría de ellos se encontraron en los servicios higiénicos de la zona VIP en el segundo nivel, tanto en el de varones como en el de mujeres.

Por otro lado, durante las investigaciones, se estableció que en la referida discoteca se omitieron:

- Extintores contra incendios.
- Ducto para conectar alarma de fuego, conectado a la red general del Jockey Plaza; tampoco detectores de humo conectados a la red general del mall, ni rociadores "sprinklers", conforme se establece en los literales f), j) y l) del inciso 6.5 del numeral 6° del Manual de Diseño y

---

entre otros.

Habilitación de Locales.

- Un sistema de iluminación de emergencia con fuentes de energía propia, elemental en este tipo de negocios.
- La señalización de zona de seguridad interna (letra S), de rutas de evacuación (flechas de salida), de ubicación de extintores.
- La señal de identificación del único gabinete contra incendios ubicado al interior del local, cuya cubierta es de metal, con la apariencia de ser un tablero eléctrico.
- Tipo de señales direccionales, para indicar la ubicación de las rutas y puertas de escape conforme lo exige el Reglamento Nacional de Construcciones

Frente a ello, y según la documentación recabada y de las declaraciones efectuadas tanto en el procedimiento investigatorio llevado por una Comisión del Congreso, así como, en el proceso penal, se estimó que, la persona jurídica Inversiones García North S.A.C.,[551] era la dueña de la discoteca "Utopía", iniciándose proceso penal contra el Gerente General Percy North, el accionista Fahed Mitre (por haber intervenido en el día de los hechos) y a Roberto Ferreyros (quien fue la persona que originó el fuego en la discoteca). El 39avo. Juzgado Penal de Lima expidió la respectiva sentencia, la cual fue objeto de apelación, y resuelta por la 1era. Sala Penal Para Procesos con Reos en Cárcel, la cual, estableció las siguientes líneas argumentativas:

- La posición de garante de Percy North, al ser Gerente General de la empresa "Inversiones García North S.A.C."; asimismo, que permitió el aumento relevante del riesgo permitido al: (1) darse una masiva afluencia de público en el interior del negocio que administraba, rebasando la capacidad de aforo del local; (2) la limitada o inexistentes condiciones de seguridad en el local; (3) la realización de un

---

[551] **La misma es una empresa constituida en nuestro país, dedicada a actividades de entretenimiento y esparcimiento entre otras, debidamente registrada en la Partida Electrónica de Constitución N° 11247253 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao. De estas instrumentales se establece que los socios fundadores fueron:**
Percy Edward North Carrión Propietario de 1,050 acciones.
Norma Ruth García Salvatecci Propietaria de 1,500 acciones.
Hugo Alfredo García Salvatecci Propietario de 450 acciones.
La empresa se constituyó con un capital de S/ 3,000.00 Nuevos Soles, representado por 3 mil acciones de un valor nominal de un nuevo sol por acción. El primer Directorio estuvo conformado de la siguiente manera:
Hugo Alfredo García Salvatecci Presidente
Carmen Rosa García Salvatecci Director
Percy Edward North Carrión Director - Gerente General
En la fecha que ocurrió el incendio en la Discoteca Utopía, según las pruebas acotadas y documentación recabada, el cuadro de accionistas de la empresa propietaria estaba conformado de la siguiente manera:
Fahed Mitre Werdan Propietario de 750 acciones (25.0 %)
Percy Edward North Carrión Propietario de 675 acciones (22.5 %)
Peruvian Entertainment Propietario de 1575 acciones (52.5%)
El directorio estaba integrado por:
Alan Michel Azizolahoff Gate Presidente
Edgar Jesús Paz Ravines Director
Percy Edward North Carrión Director - Gerente General

espectáculo con fuego, en estas condiciones; y, (4) la constatación de una experiencia dañosa por parte de su co – procesado Ferreyros (quien se había herido con fuego, en uno de los ensayos previos).

- La calidad de empleado de Roberto ferreyros, quien al manipular con fuego, debió observar el debido cuidado objetivo. Asimismo, que lo relevante no es el curso causal natural (las muertes no se dieron por quemaduras sino por asfixia de gases tóxicos), sino la imputación del resultado, ajeno a la generación de factores concomitantes.

- La calidad de accionista de Fahed Mitre, quien no tiene el deber legal de controlar las actividades del Gerente General o del Directorio, por ejemplo, sobre las medidas de seguridad del local; asimismo, no se generaría responsabilidad penal aún en el hipotético caso de delegación de funciones.

Al respecto, se pueden realizar las siguientes observaciones:

i. La falta de coherencia en la utilidad de la teoría de la posición de garante.

En efecto, para la imputación penal a Percy North se utilizó la figura de la omisión impropia, y para ello, la Sala Penal, dio por asentado la configuración del tipo objetivo, al darse, en la persona de North, la posición de garante. En ese sentido, esta posición, surgiría, según la sentencia de 2da. Instancia, por el cargo de Gerente General, el cual, ya sea desde la perspectiva formal (obligaciones que surgen de la Ley), o bien, desde la perspectiva funcional (deber de vigilancia de fuentes de peligro para bienes jurídicos), conlleva el deber de evitar resultados que produzcan afección a bienes penalmente protegidos.

Así, el artículo 190º de la Ley General de Sociedad (L.G.S), establece que, *el gerente responde ante la sociedad, los accionistas y terceros, por los daños y perjuicios que ocasione por el incumplimiento de sus obligaciones, dolo, abuso de facultades y negligencia grave.* Asimismo, el art. 196º de la L.G.S., acota que, *las pretensiones civiles contra el gerente no enervan la responsabilidad penal que pueda corresponderle.*

Sin embargo, ¿qué hay de los miembros del directorio? ¿acaso también no detentar un deber de garante frente a bienes jurídicos?

Al respecto, se debe tener en cuenta que de conformidad con lo establecido en el art. 172º de la L.G.S. *el directorio tiene las facultades de gestión y de representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la junta general.* En consecuencia, los directores necesariamente ejercen gestión en la misma sociedad y tienen como una de sus obligaciones legales efectuar la representación de la misma. Así, por ejemplo, debe gestionar para que la sociedad a la que representan, cumpla con todos los requisitos legales y formales que permita la realización del objeto

social. De incumplir éstos tendrán que asumir las responsabilidades que resulten de las actividades sociales.

Asimismo, el art. 152º de la L.G.S. apunta que, *los Directores responden ilimitada y solidariamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causan por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.*

Es responsabilidad del directorio el cumplimiento de los acuerdos de la junta general, salvo que ésta disponga algo distinto para determinados casos particulares. Los Directores son asimismo solidariamente responsables con los directores que los hayan precedido por los irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolo, no los denunciaren por escrito a la junta general; los directores responden ilimitadamente, ante la sociedad, los accionistas y los terceros por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave.

En el siniestro de la Discoteca Utopía los directores de la empresa Inversiones García North SAC, actuaron con negligencia grave al infringir el deber de cuidado de la vida de las personas que concurrieron al local de Utopía, al permitir que este centro de baile funcione sin contar con las medidas de seguridad; tales como:

- La ausencia de extintores o de otros medios capaces de neutralizar cualquier amago de incendio o fuego peligroso. La violación del deber objetivo de cuidado en este campo no reside tanto en no contar con extintores tal como ocurrió, sino también en no poseer los suficientes o que, habiéndolos, éstos se encuentran inservibles.
- La no señalización de los lugares o las salidas de evacuación - por medio de tableros, indicadores o luces fosforescentes - o su ubicación en lugares visibles, de tal manera que su percepción fuera común a todos los concurrentes.
- La utilización de material sintético altamente inflamable, tanto en la cabina discjockey, donde empezó el fuego, como en el piso y el decorado del local, hecho que facilitó la propagación y expansión del fuego.
- La no comunicación e información inmediata a los asistentes de que se había desatado el incendio, disponiendo inmediatamente el abandono del local de manera ordenada.
- La ausencia de luces de emergencia autónomas, que hubiera permitido una oportuna y rápida evacuación de los asistentes una vez iniciado el fuego, por parte de los encargados de seguridad de la discoteca.

Ello, sin contar que no cumplieron con tramitar la licencia de construcción, ni la de funcionamiento. Estos hechos, entre otros, fueron los que contribuyeron que el incendio trajera como consecuencias la muerte de 29 personas y más de 51 personas lesionadas.

En tal sentido, los directores y el gerente general de Inversiones García

North SAC serían titular de una posición de garante, respondiendo por la muerte de las 29 personas, así como, de las lesiones a 51 sujetos, a título omisión impropia.

No se explica el por qué la exclusión de los directores del ámbito de posición de garante, dado que, el mismo nace, al igual como para el Gerente General, ya sea de la Ley, o, por su posición (de vigilancia de peligros para bienes jurídicos).

Este razonamiento originó que, la 5ta. Fiscalía Superior Penal de Lima, denunciase, por homicidio culposo agravado, a los directivos Allan Azizollahoff y Edgar Paz.

Si bien, en la investigación, no estamos de acuerdo con la presencia de la posición de garante, como elemento especial, exclusivo y excluyente del tipo objetivo de la omisión impropia; consideramos que, nuestra judicatura no tiene bien en claro cómo es el funcionamiento de la teoría (formal y funcional) de la posición de garante; y ello lo demuestra el presente caso.

ii. La falta de profundidad en el manejo de los presupuestos y contenidos de los criterios de la imputación objetiva

La sentencia de 2da. Instancia consideró, que la actividad realizada en la discoteca no era peligrosa; pero, pese a ello, el imputado North aumentó el nivel de riesgo permitido. Este razonamiento pretende reflejar el pensamiento de Roxin, en distinguir, dentro del marco de su principio de riesgo, entre actividades peligrosas y actividades no permitidas. Las primeras, en el modelo de Roxín, giran entorno a lo socialmente adecuado; en cambio, las segundas se desenvuelven en los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

Así, si la actividad peligrosa, escapa de lo adecuado socialmente, el sujeto habrá creado un riesgo jurídicamente relevante. De igual forma, si la persona aumenta el riesgo permitido por el Derecho, también habría creado un riesgo penalmente relevante.

En ese orden de ideas, lo que la sentencia pretende decir, es que la conducta de Percy North encuadra en el segundo supuesto: aumento del riesgo permitido. Sin embargo, este razonamiento parece poco claro en la resolución judicial, y peor aún, no ha tenido en cuenta la opinión crítica de la doctrina dominante del que el peligro en sí no es el baremo relevante para el sistema penal, sino el carácter de permitido (o no) que involucra el calificativo de prohibido.

Por otro lado, en lo que respecta al análisis de la conducta de Fahed Mitre, la sentencia se ampara, por un lado, en el principio de confianza basado en la apreciación racional de las pautas que la experiencia brinda (perspectiva de Roxin) y por otro lado, en la teoría de los roles (que como se sabe proviene del planteamiento de Jakobs); y en ese orden de ideas, el razonamiento jurídico implica un fraude de etiquetas al tratar de vincular una línea argumentativa en modelos de imputación opuestos a nivel de los presupuestos

teóricos. Sin embargo, para incrementar este panorama de confusión dogmática, además, emplean la figura del deber de diligencia, el cual, usualmente es empleado como baremo en el análisis de la culpa o imprudencia, esto es, en el tipo subjetivo. Por tanto, si han afirmado la no imputación objetiva del resultado a Fahed Mitre, no hay razón alguna para analizar la presencia (o no) de negligencia en la conducta del citado imputado; es decir, excluido el tipo objetivo, no tiene sentido el analizar el tipo subjetivo. Igualmente, en el caso de Roberto Ferreyros, la sentencia de segunda instancia precisa que, el argumento del citado imputado, de que la muerte no se produjo por quemaduras, sino por asfixia, es irrelevante en el juicio de imputación objetiva del resultado, obviando, cómo es que este instrumento normativo enerva argumentos como la falta de un curso causal natural (argumentado por Ferreyros); cómo es que se puede explicar que la realización del resultado proviene de la creación de un riesgo prohibido por el sujeto activo.

Por tanto, si bien reiteradamente, la citada sentencia menciona la moderna teoría de la imputación objetiva, no presenta la forma cómo la han operado, el por qué llegaron a tales conclusiones, y cuáles han sido los presupuestos teóricos por los cuales partieron.

iii. Al final, todo es una cuestión de imputación sobre la base de roles o deberes

Para Ferreyros, la sentencia citada, tenía el deber de representarse el riesgo relevante para la vida o salud de las personas que se encontraban en el recinto donde realizaba maniobras de fuego. Asimismo, en el caso de Fahed Mitre, se menciona que éste no tenía el "rol" de detener las actividades riesgos llevadas a cabo por Ferreyros.

Se aprecia que, en el razonamiento judicial está inmersa la teoría de los roles o deberes, propia del modelo de Jakobs; el cual, si lo conjugamos con la afirmación de la Sala de que North tenía el "deber o rol" de velar por el no aumento del riesgo permitido, permite concluir, que al final y al cabo, todo el análisis de imputación de responsabilidad se realiza a partir de la determinación de la titularidad de un concreto rol, así como, el contenido del mismo. Por lo que, tiene razón Jakobs al indicar que, en todo el proceso de imputación, los involucrados asumen un papel de garante, al ser portadores de roles o deberes; no existiendo una posición de garante como elemento especial, exclusivo y excluyente de la omisión impropia.

2.5.2 JURISPRUDENCIA REFERIDA A LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

- **Homicidio culposo: actuar a propio riesgo - exclusión de tipicidad**[552]

José Luis Soriano Olivera organizó, con la autorización del Alcalde del Concejo Provincial, el festival de baile «Rock en Río», el 3 de junio de 1995 en

[552] **Expediente 4288-97, Sala Penal, Recurso de nulidad Nº 4288-97. Ancash.**

Caraz, el mismo que fue realizado en una explanada a campo abierto, en las inmediaciones de un puente colgante ubicado sobre el Río Santa. Un grupo de aproximadamente cuarenta personas, en estado de ebriedad, bailaron sobre el mencionado puente colgante, hecho que ocasionó el desprendimiento del cable que sujetaba uno de sus extremos, produciéndose la caída del puente y de las personas que allí se encontraban. Dos de éstas perecieron ahogadas por traumatismo encéfalo craniano, además otras resultaron heridas.

En la sentencia, se define el delito culposo o imprudente afirmando que deben presentarse, por un lado, (a) «la violación de un deber objetivo de cuidado, plasmado en normas jurídicas, normas de la experiencia, normas de arte, ciencia o profesión, destinadas a orientar diligentemente el comportamiento del individuo»; y, por el otro, (b) «la producción de un resultado típico imputable objetivamente al autor por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante que se ha materializado en el resultado lesivo del bien jurídico».

En la jurisprudencia, no puede existir violación del deber de cuidado en la conducta de quien organiza un festival de rock con la autorización de la autoridad competente; Asumiendo al mismo tiempo las precauciones y seguridad a fin de evitar riesgos que posiblemente pueden derivar de la realización de dicho evento, de ese modo el autor se está comportando con diligencia y de acuerdo al deber de evitar la creación de riegos; En consecuencia, en el caso de autos la conducta de la gente de organizar un festival de rock no creó ningún riesgo jurídicamente relevante que se haya realizado en el resultado; De otra parte, la experiencia enseña que un puente colgante es una vía de acceso al tránsito y no una plataforma bailable como imprudentemente le dieron uso los agraviados creando así sus propios riesgos de lesión.

En cuanto al comportamiento de las víctimas, la jurisprudencia precisó que, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, por lo que conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva en el caso de autos «el obrar a propio riesgo de los agraviados tiene una eficacia excluyente del tipo penal» (Cfr. Günther Jakobs. Derecho Penal. Parte General. Madrid, 1995, p. 307); Los hechos subexamine no constituyen delito de homicidio culposo y consecuentemente tampoco generan responsabilidad penal, siendo del caso absolver al encausado.

La cuestión principal es la de saber si el agente es responsable de la muerte de varias personas y de las lesiones sufridas por otras. Perjuicios que se produjeron cuando cayó el puente colgante, en el que las víctimas y otras personas bailaban, hecho que tuvo lugar a la ocasión del Festival de baile que organizó el procesado en las inmediaciones de dicho puente. Así mismo, es de determinar si tomó o no las medidas de seguridad indispensables para asegurar que la actividad a su cargo no constituya fuente de peligro para los bienes jurídicos de terceros.

Al respecto, la organización del Festival es una actividad permitida y, en el caso concreto, autorizada por el órgano administrativo competente. La autorización es necesaria, entre otras cosas, para establecer las condiciones en que debe llevarse a cabo la actividad y controlar que sean debidamente respetadas. La intervención de la autoridad se explica por la índole de la actividad y por los peligros a que puede dar lugar su realización (por ejemplo, riesgos de incendio, mala aireación, tumulto debido al número excesivo de participantes, riñas).

La importancia penal del comportamiento surge en la medida en que, debido a la manera como es ejecutado, se intensifican los riesgos hasta constituir una situación de peligro no permitida. En esta evolución juega un papel importante la inobservancia de las medidas de seguridad que deben tomarse para impedir la intensificación del peligro propio a la actividad autorizada y, por tanto, permitido.

Si los jueces hubieran procedido de esta manera, habrían tenido que, habiendo aceptado que el procesado respetó sus deberes, afirmar que éste actuó de manera socialmente adecuada, pues no creó una situación de peligro ni aumentó un riego ya existente. Al desarrollar su actividad, permaneció dentro de los límites del riesgo permitido. Al mismo tiempo, hubieran considerado insuficiente la relación existente entre la organización del Festival y las muertes y lesiones acaecidas.

El comportamiento del procesado es atípico no porque su conformidad con el tipo legal sea excluida por la «asunción del riesgo» de parte de las propias víctimas, como lo afirman los jueces citando a Jakobs. Este argumento funciona sobre todo cuando concurren el comportamiento peligroso del agente, lo que no sucede en el caso estudiado, y el comportamiento igualmente peligroso de la víctima. La acción del procesado es atípica porque no ha creado una situación de peligro prohibida, debido a que el autor no violó sus roles o deberes y, en consecuencia, no puede considerarse que haya causado de manera penalmente relevante los resultados perjudiciales. Por tanto, no puede sostenerse que las muertes y lesiones no puede serle imputada debido a que las víctimas se pusieron ellas mismas en peligro y, en consecuencia, son responsables por los perjuicios que sufren.

- **Homicidio de persona en estado de ebriedad. Caso fortuito. Imputación objetiva[553]**

El 5 de agosto de 1994, en la tarde, Luis y Emerson se encontraron casualmente con su condiscípula Rocío en las inmediaciones de la Facultad de Ciencias de la Universidad Nacional de Ancash. Luego de conversar, decidieron ir a la habitación de Emerson, en donde escucharon música y libaron licor hasta altas horas de la noche. Rocío bebió hasta alcanzar un «estado de inconsciencia por el exceso de consumo de alcohol». Luis y Emerson se retiraron y Rocio quedó sola en la habitación, dormida sobre una

[553] **Expediente 6239-97, Sala Penal, R.N. Nº 6239-97. Ancash.**

cama en posición de cubito dorsal. Al amanecer, fue encontrada por Luis y Emerson muerta en el mismo lugar y en la misma posición.

La muerte de Rocío fue debida a «asfixia por sofocación a consecuencia de aspiración de vómitos en estado etílico», conforme al protocolo de autopsia. Ha quedado, igualmente, demostrada que la víctima no fue golpeada, ni estrangulada, ni violada; El resultado perjudicial al bien jurídico vida no se debe a intervención humana, sino que sobrevino «por un hecho fortuito atribuible solamente a las leyes que rigen la causalidad»; La conducta de los agentes no ha estado precedida por un dolo eventual como incorrectamente lo sostiene la Sala Penal Superior, puesto que, el dolo, sea en su modalidad directa, eventual o de consecuencia necesarias, integra como elementos configuradores de su concepto al conocimiento, y la voluntad de realización del resultado, siendo su característica fundamental su previsibilidad; Estos elementos no concurren en el caso de autos en el que los agentes no quisieron, no conocieron, ni pudieron prever el fallecimiento de la víctima.

De esta manera, se afirma que la muerte era imprevisible y que fue, únicamente, fruto del azar. Si esto es así, resulta superfluo recurrir a la imputación objetiva para no reprimir a los procesados. La imputación objetiva supone que el resultado sea el efecto del comportamiento realizado.

En esta perspectiva, es correcto afirmar, como se hace en la sentencia, que es «descabellado» razonar diciendo que los acusados, en el momento de haber ingerido licor conjuntamente con la víctima se representaron como probable el hecho de que la víctima, al arrojarse en posición de cubito dorsal sobre la cama, debía vomitar los sólidos y líquidos del estómago y que luego volvería a absorberlos. Asimismo, que actuaron con «pleno dominio del acontecer causal, como si humanamente pudieran predecir matemáticamente los desenlaces funcionales y orgánicos del cuerpo de la agraviada».

- **Lesiones culposas**[554]

Un día del mes de marzo de 1996, a las 8.30 a.m., el acusado estacionó su vehículo a la altura de la intersección de los jirones Arándamos y Coralinas, de San Juan de Lurigancho, para indagar sobre una dirección. El agraviado, conduciendo su motocicleta a la velocidad de 50 a 60 km, por hora, chocó violentamente contra el vehículo estacionado, resultando con fractura de pierna y herida en el mismo miembro, conforme el certificado médico legal. El acusado y un tercero trasladaron al herido al hospital. En su declaración ante la policía, la víctima explicó que, al tratar de evitar un rompe muelles, viró hacia la izquierda y como había unos arbustos no vio al vehículo del inculpado que se encontraba estacionado, produciéndose el accidente.

[554] **Vigésimo segundo juzgado penal de Lima. Expediente 5931-96**

En la vida social moderna, el riesgo de lesionar bienes jurídicos es paralelo al avance de la mecanización de la misma; Por esto, se autoriza la realización de acciones que entrañan peligros para bienes jurídicos, siempre y cuando se cumpla con ciertos cuidados (riesgo permitido). En este contexto, debe considerarse también el comportamiento del que ha obrado suponiendo que los demás cumplirán con sus deberes de cuidado (principio de confianza); por lo que, el que obra sin tener en cuenta que otros pueden hacerlo en forma descuidada no infringe el deber de cuidado.

En la sentencia se concluye que, si la tipicidad del delito culposo depende de la infracción del cuidado debido, es claro que el que obra dentro de los límites de la tolerancia socialmente admitidos no infringe el deber de cuidado y, por lo tanto, no obra típicamente. Más aún, en el caso presente ha quedado acreditado que el factor predominante para la materialización de los hechos ha sido la acción del agraviado: conducir la motocicleta a una velocidad no razonable ni prudente para las circunstancias del lugar. Siendo que la amenaza penal está dirigida a sancionar al agente que se comporta de manera indiferente ligera o desconsiderada para con los bienes jurídicos penalmente tutelados, lo que en los delitos culposos debe ser determinante para la producción del resultado, circunstancia que en el subexamine no acontece. Por tanto, no se encuentra acreditada la comisión del delito instruido y menos aún la responsabilidad penal del agente.

La redacción es defectuosa, de modo que la argumentación resulta confusa. En particular, en la última parte, en la que no está claramente expresada si la circunstancia que no acontece es el hecho de que el agente no se comportó de manera indiferente, ligera o desconsiderada respecto de los bienes jurídicos o de la producción del resultado.

Además, no se relacionan los criterios teóricos invocados con las circunstancias en que tuvo lugar el accidente. Debió indicarse en qué consistió el comportamiento imputado al procesado y si existió una relación suficiente con el resultado. Esto es en qué condiciones estacionó su vehículo. De manera, a determinar si creó una situación de peligro no permitida. Para lo cual, se debía precisar si había tomado las precauciones necesarias para permanecer dentro de los límites del riesgo permitido.

Momento, en el que se hubiera debido recurrir al principio de confianza, como límite del riesgo permitido. Al estacionar su vehículo, debidamente, el procesado no tenía porque tener en cuenta que un conductor, como la víctima, podía no respetar las reglas de tránsito y chocar contra su vehículo. En caso de comprobarse la existencia de un peligro prohibido, se hubiera analizado si el resultado fue la materialización del peligro no permitido creado por el procesado.

- **Lesiones culposas: aplicación de la teoría de la imputación objetiva del resultado**[555]

[555] **Expediente 550-98 Lima.**

La víctima es atropellada por el vehículo conducido por el acusado, en circunstancias en que, en lugar de utilizar el puente peatonal, trataba de cruzar una vía peligrosa debido a «las condiciones imperantes», en particular a «la carencia de iluminación en la zona». Así, la víctima obró «sin adoptar las medidas de precaución y seguridad», exponiendo de esta manera su vida.

En la sentencia se recurre a la noción de tipo de injusto imprudente y se considera que actúa culposa o imprudentemente quien: (1) Omite la diligencia debida, mediante (2) La infracción del deber de cuidado; la cual consiste en la violación de las normas de conducta exigibles para el caso concreto. Además, se agrega que: (3) esas reglas se deducen de la experiencia común; (4) la trasgresión de leyes o reglamentos no implica necesariamente la violación del deber objetivo de cuidado; (5) «en cuanto es el que hubiera observado un ciudadano medio en tales condiciones y con los conocimientos específicos del agente».

Luego, se sostiene que una acción cometida con la diligencia debida, aunque haya sido previsible el resultado producido, es permitida jurídicamente y que, por tanto, «no se plantea problema alguno». Se llega a esta conclusión porque se admite la imputación objetiva sólo cuando se trata de una acción objetivamente imprudente que incrementa, de forma ilegítima, el peligro de que e resultado se realice. Enseguida, se señala que conducir un vehículo motorizado comporta un «riesgo socialmente aceptado y permitido». Si en la realización de esta acción, se produce un «resultado no deseado», aún fortuitamente, no basta para reprimir al conductor imprudente; ya que esto significaría aceptar que el resultado, en los delitos culposos, es una pura condición objetiva de penalidad.

Admitir esto último sería un «absurdo», el mismo que es superado recurriendo al criterio de la imputación objetiva. La misma que, conforme a la sentencia, requiere que: (1) el resultado sea la realización de un riesgo no permitido; (2) éste sea implícito en la acción del agente y que (3) exista relación de causalidad entre la acción y el resultado, la que no es suficiente para imputar el resultado al autor de la acción. De esta manera, se llega a la conclusión de que no debe castigarse al conductor por homicidio culposo.

El razonamiento, sin embargo, no es claro ni coherente. Esto se debe a que se parte de criterios dogmáticos sin hacer referencia a los hechos, los mismos que no son suficientemente expuestos. Así, no se da ninguna información sobre la manera cómo el conductor conducía su vehículo ni el estado de su persona o del vehículo. Se da por supuesto que no ha incurrido en imprudencia alguna por no haber violado el deber de cuidado que le imponían las circunstancias, como lo hubiera hecho «un ciudadano medio en tales condiciones y con los conocimientos específicos del agente» (afirmación discutida en doctrina). Si esto es así, el agente, mediante su acción diligente, no ha creado ni aumentado un riesgo prohibido.

Sin embargo, los jueces, para reforzar su decisión, dicen, textualmente, que «hay que agregar que por las circunstancias en que se producen los hechos se colige la falta de previsibilidad de la producción del resultado». De esta manera, afirman, en buena cuenta, que el resultado era imprevisible. Sin embargo, los jueces no conciben el carácter fortuito del resultado en el sentido de que se trataría de un hecho de la naturaleza que escapa al control del agente. Ellos se refieren más bien, pero sin la debida claridad, a la comprobación de la previsibilidad del resultado como una de las condiciones del tipo legal de los delitos imprudentes. Sólo si el resultado es previsible puede reprochársele al agente que hubiera podido darse cuenta de la peligrosidad de su comportamiento y, así mismo, que omitió tomar las medidas necesarias para no perjudicar involuntariamente a terceros. Del carácter imprevisible del resultado se deduce que el agente no podía violar el deber de prudencia. Por tanto, no es correcto, como lo hacen los jueces, afirmar que se trata de un caso fortuito porque el agente no ha actuado imprudentemente.

- **Estado de coma e imputación objetiva**[556]

Una enfermera aplica dextrosa al 50 %, en lugar de al 5 %, a una niña internada en el hospital. Este hecho desencadena un proceso que culmina con la muerte de la paciente. La enfermera para ocultar su error cubrió la etiqueta del frasco que indicaba 5 % con otra en la que inscribió 50 %. El hecho que este error fuera descubierto horas después, debido a que la enfermera no confesó su equivocación, determinó que la niña no pudiera ser salvada. La enfermera reconoció su error, lo que implicaba la violación del deber de cuidado. Este comportamiento imprudente causó lesiones graves que llevaron al estado de coma a la víctima.

En la sentencia, se afirma que «en todo contacto social es siempre previsible que otras personas van a defraudar las expectativas que se originan de su rol. No obstante sería imposible la interacción si el ciudadano tuviese que contar en cada momento con un comportamiento irreglamentario de los demás. Se paralizaría la vida en comunidad si quien interviene en ella debe organizar su conducta esperando que las otras personas no cumplieran con los deberes que les han sido asignados. El mundo está organizado de una forma contraria, pese a que se presentan frecuentes defraudaciones, quien participa en la interacción social puede esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a su status, él puede confiar que los otros participantes desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que le ha sido asignada».

Asimismo, se indica que «en los supuestos de trabajo en equipo, que implica una distribución de trabajo, no es posible que alguien pueda cumplir acertadamente su tarea si tiene el deber de controlar y vigilar la conducta de los demás colaboradores, y que en el caso que nos ocupa no le es exigible al personal médico de dicha unidad el estar supervisando el contenido de los frascos ni de los medicamentos de todos los pacientes de la Institución,

[556] **Exp. 86-96 Lima**

suministrados por el personal auxiliar para determinar si son conforme con lo indicado».

Igualmente, se señala que «el médico no es responsable de si el instrumento está debidamente esterilizado, lo que es tarea de la instrumentadora». Su deber es el de «asignar correctamente las funciones», asimismo «dar órdenes claras». Por lo que, «sólo respondería, en consecuencia por defecto de comunicación y coordinación en su equipo de trabajo o por instrucciones que no sean lo suficientemente claras». Según los jueces, el pediatra no incurrió en estas deficiencias con respecto al tratamiento de la niña.

La argumentación es fundamentada en «el principio de confianza, parte de la moderna teoría de la imputación objetiva». Según la sentencia, ésta tiene la «finalidad determinar la atribuibilidad del resultado, que tiene como uno de sus fundamentos el principio de la autorresponsabilidad y que el ámbito de responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta que no se le puede imputar el resultado lesiones graves culposas, al médico pediatra, ni a la segunda enfermera que intervino en el suministro de la dextrosa, ocurrido por la frustración de la expectativa de una conducta adecuada al debido cuidado por parte de la primera enfermera».

No existe mayor problema respecto a la responsabilidad de la enfermera que, debido al error que cometió, provocó la muerte de la víctima. Salvo, si se piensa que por la manera como trató de ocultar lo que había hecho, ella se dio cuenta de que impediría o dificultaría que la víctima fuera tratada debidamente y, por tanto, salvada. Así, se habría representado la posibilidad de causar la muerte de la víctima y, sin embargo, continuar actuando de la manera como lo hizo (ocultar la acción por la que había creado el peligro), lo que significaría que aceptó la realización del resultado que se representó como posible. Si este fuera el caso, habría actuado con dolo eventual respecto a la muerte de la niña.

El problema, en el caso concreto, se centró sobre la responsabilidad del médico y de la segunda enfermera. ¿Debieron vigilar la intervención de la primera enfermera o no? Los jueces determinan el papel del médico pediatra afirmando que su responsabilidad está en relación con la comunicación y coordinación que debe establecer y mantener entre los miembros de su equipo de trabajo, así como con la manera en que les dicta las instrucciones. Al respecto, indican que no existe ningún defecto en cuanto a las primeras y que dictó las instrucciones correctas. Asimismo, que, en caso juzgado, no se puede exigir «al personal médico de dicha unidad el estar supervisando el contenido de los frascos ni de los medicamentos de todos los pacientes de la institución, suministrados por el personal auxiliar». Esta afirmación se basa en la idea, expresada previamente por los jueces, de que, en caso de trabajo en equipo, «no es posible que alguien pueda cumplir acertadamente su tarea si tiene el deber de controlar y vigilar la conducta de los demás colaboradores». En cuanto a la segunda enfermera procesada, la misma que reemplazó durante dos horas a la que cometió el error, se dice que «verificó que la vía estaba permeable y que el goteo estaba según lo indicado». En relación con ambos

casos se invoca el principio de confianza en actividades conjuntas practicadas con distribución de tareas. ***Sin embargo, llama la atención que, por un lado, se parta de un criterio general sin precisar si, según los reglamentos del hospital, el médico y la enfermera tenían que controlar que el tratamiento se efectuaba correctamente. Por otra parte, que ninguno de los concernidos por el tratamiento de la menor haya percibido el burdo cambio de etiqueta efectuada por la enfermera que se equivocó.*** Esto se explica quizá por las condiciones materiales y personales imperantes en los hospitales públicos; pero no deja ser cuestionable la manera cómo se aplica el principio de confianza para excluir la responsabilidad del médico y la enfermera. La sentencia no da los elementos suficientes para mejor comprender la argumentación de los jueces.

- **Homicidio culposo: actos que incrementaron el riesgo imputable al procesado[557]**

Accidente de tránsito provocado por los conductores de dos vehículos. El mismo se produjo tanto porque conducían con exceso de velocidad, como porque el procesado no prestó la debida atención a los vehículos que circulaban por la pista lateral. El conductor que circulaba por la vía principal resultó muerto.

En la sentencia se indica que se ha verificado tanto el nexo causal entre la conducta del procesado y el fallecimiento del agraviado; Este resultado es objetivamente imputable al procesado, toda vez que la excesiva velocidad con que conducía su vehículo le impidió detenerse y ceder el paso al agraviado; Esta circunstancia «objetiviza» la infracción de cuidado incurrida por el acusado; Lo que finalmente significó un incremento del riesgo permitido, el mismo que se ha materializado en el resultado materia de autos; La circunstancia de que el agraviado también conducía a una velocidad inapropiada no enerva la responsabilidad del procesado; Por tanto, tanto la materialización del delito así como la responsabilidad penal del acusado se encuentran debidamente acreditadas.

La argumentación para afirmar que el procesado ha realizado el tipo legal del delito de homicidio no es suficientemente clara. La creación del riesgo prohibido, fundamento de la imputación objetiva, se produce por el exceso de velocidad con que conducían tanto el procesado como la víctima. No es correcto afirmar que el procesado "incrementó el riesgo permitido", lo que hizo es sobrepasar este límite, creando así la situación de peligro prohibida. El resultado muerte está condicionado por el comportamiento de ambos conductores, por lo que era necesario determinar la imprudencia en que incurrieron ambos conductores. En la sentencia, en cuanto a la víctima, sólo se indica que no conducía a la velocidad apropiada; respecto al procesado, se señala que, además de conducir con exceso de velocidad, no respetó la prioridad de los vehículos circulando por la vía principal.

[557] **Expediente 5032-97 Lima.**

Los jueces han considerado que este último factor ha sido determinante para la materialización del resultado. Según ellos, la concurrencia de culpa de parte de la víctima no constituye obstáculo para que se impute el resultado al procesado. Esta afirmación no es satisfactoria en la medida en que la apreciación de la imprudencia de ambos conductores no es suficientemente analizada. Esta deficiencia se debe a que el razonamiento no parte de la comprobación correcta de la existencia de la situación de peligro prohibida. Para constatar ésta, hay que plantear ordenadamente las cuestiones relativas a la violación del deber de prudencia, la realización del resultado prohibido por la norma, la posible asunción del riesgo por parte de la víctima y la posible influencia del criterio de confianza en el correcto comportamiento de los demás participantes en la circulación. De esta manera, se hubiera mejor determinado el papel desempeñado por la víctima para delimitar la responsabilidad del procesado.

En suma, del ***análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema tanto referida a la omisión impropia, así como, en la imputación objetiva, se aprecia un tratamiento poco coherente con estas categorías jurídicas, por lo que, no se dan criterios materiales que brinden una seguridad jurídica a las decisiones.***

2.6 ANÁLISIS DE LA OMISIÓN IMPROPIA EN LA LEGISLACIÓN JURÍDICA COMPARADA

Tanto en la legislación, así como, en la doctrina comparada se registra tres posturas para el tratamiento punitivo de la omisión impropia, y son las siguientes

2.6.1 POSTURAS A FAVOR DE LA PARTE GENERAL

Esta tendencia postula concretamente que debería procederse a incluir una cláusula en la Parte General que reconociera la posibilidad de cometer los delitos tipificados en la Parte Especial.

El Código Penal Tipo para Latinoamérica (en la reunión llevada a cabo en Sao Paulo, Brasil, de 1971), ubicó la regulación de la omisión impropia, en la Parte General (art. 12, pár. 2). Así, en la doctrina española quienes siguen esta línea son: Mir Puig;[558] Gómez Benítez;[559] Romeo Casabona; De Vicente

[558] **Cfr. MIR PUIG, Santiago. "DERECHO PENAL…", Ob. Cit., Pág. 302, nota 23.**
[559] **Cfr. GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. "TEORÍA JURÍDICA…", Ob. Cit., Págs. 52 – 53.**

Martínez;[560] Zugaldía Espinar; Torio López;[561] Cerezo Mir; en la Argentina, Donna.[562]

Se muestra crítico Tiedemann al considerar que en la comparación llama la atención que en la doctrina alemana de la Parte General, influenciada fuertemente por la filosofía y la teoría del derecho en las cuestiones fundamentales, se conforme con una regulación fundamental para admitir importantes cuestiones de punibilidad, como por ejemplo en la omisión impropia. Ante todo, precisamente la más legalista doctrina francesa, como es sabido, rechaza totalmente la comisión par omisión cuando no se encuentra expresamente regulada, en cuyo caso generalmente se prevé acudir a la imprudencia con el fin de evitar la impunidad.[563]

Pese a ello, esta posición es la dominante en la legislación comparada; así lo refleja los siguientes instrumentos legales:

CP de Italia.
Ar. 40.-"No impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de evitar, equivale a producirlo".

CP de Alemania.
Parágrafo 13 del StGB "(1) Quien omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una norma penal, sólo será punible de acuerdo con esta ley cuando haya de responder jurídicamente de que el resultado no se produzca y cuando la omisión se corresponda con la realización de un tipo legal a través de una conducta activa. (2) La pena podrá ser atenuada de acuerdo con el parágrafo 49.1"

CP de Austria
Parágrafo 2 del ÖStGB "Cuando la ley castigue la producción de un determinado resultado, será también punible quien omita evitarlo a pesar de estar obligado a ello en virtud de un especial deber que le impone el sistema legal vigente y siempre que la omisión de evitar dicho resultado sea equivalente a la realización de los elementos de un hecho comisivo penado por la ley."

---

[560] Cfr. DE VICENTE MARTINEZ, Rosario. "RESPONSABILIDAD PENAL DEL FUNCIONARIO POR DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE" (UNA CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL OMISIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS POR DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE)", Centro de Estudios Judiciales, Madrid - España, 1993, Pág.25.

[561] Cfr. TORIO LÓPEZ, Ángel. "LÍMITES POLÍTICO-CRIMINALES DEL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid - España, 1984, Pág. 698.

[562] Cfr. DONNA, Edgardo Alberto. Prólogo de: GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "LA CAUSALIDAD EN LA OMISIÓN IMPROPIA Y LA LLAMADA "OMISIÓN POR COMISIÓN", Editorial Astrea, Buenos Aires - Argentina, 2003, Pág. 8.

[563] Cfr. TIEDEMANN, Klaus. "REQUISITOS FUNDAMENTALES DE UNA REGULACIÓN DE LA PARTE GENERAL". Traducción de Iván Meini Méndez. En: *Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano, Anuario de Derecho Penal*, PUCP. Lima, 2003, Págs. 32 – 33.

CP de Portugal

Art. 10.- Cuando un tipo legal de delito contiene un resultado determinado, el hecho no sólo comprende la acción adecuada para producirlo, sino también la omisión de la acción apta para evitarlo, salvo voluntad diferente de la ley. La comisión por omisión del resultado solo será punible si el omitente tenía un deber jurídico personal que le obligaba a evitar ese resultado. En el caso del número anterior, la pena podrá ser especialmente atenuada."

CP de Brasil

Art. 13.- "El resultado del que depende la existencia del delito, solamente es imputable a quien le dé causa. Se considera la causa la acción u omisión sin la cual el resultado no se hubiera producido. 1.- Si sobreviene una causa relativamente independiente se excluye la imputación cuando, por sí sola, produjo el resultado; los hechos anteriores, sin embargo, se imputan a quien los practicó. 2.- Una omisión es penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado. El deber de actuar incumbe a quien: a) tenga por ley deber de cuidado, protección o vigilancia; b) de otra forma asumió la responsabilidad de impedir el resultado; c) con su comportamiento anterior creó el riesgo de producción del resultado."

CP de España

Art. 11.- Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:
a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

CP de Colombia.

Art. 25.- Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción y por omisión.
Quien tuviere el deber jurídico de impedir el resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respetiva norma pena. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.
Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:
1.- Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2.- Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3.- Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4.- Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.
Parágrafo. Los numerales 1, 2 ,3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atentan contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexual".

CP de El Salvador.
Art. 22. El que omite impedir un resultado que de acuerdo con las circunstancias debía y podía evitar, responde como si lo hubiera producido. El deber de obrar incumbe a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia; o quien con su comportamiento precedente creó el riesgo; y a quien, asumiendo la responsabilidad de que el resultado no ocurriría, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado".

CP de Ecuador.
Art. 12. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.

CP de Paraguay.
Art. 15.- Al que omita impedir un resultado descrito en el tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la sanción prevista para éste sólo cuando: 1. exista un mandato jurídico que obligue al omitente a impedir tal resultado y, 2. este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte, generalmente, tan grave como la producción activa del resultado.

2.6.2 POSTURAS A FAVOR DE LA PARTE ESPECIAL

Esta postura entiende que debería legislarse los delitos impropios de omisión mediante la creación de un sistema de *numerus clausus* o catálogo cerrado de tipos específicos de omisiones impropias merecedoras de sanción, que estarían ubicados en determinadas figuras delictivas de la Parte Especial, guardando una cierta racionalidad en aquellos delitos donde verdaderamente se estime conveniente. Con la adhesión a esta postura no habría necesidad alguna de una remisión a un tipo de comisión (como referencia para la homologación), ni tampoco, a una cláusula en la Parte General. Una de las ventajas es que la regulación expresa en la Parte Especial no dejaría muchas dudas sobre el tema del conflicto constitucional (principio de legalidad) que padece los delitos impropios de omisión.

En el Derecho positivo argentino, el legislador, en líneas generales, ha seguido con esta tendencia, pues en la Parte Especial se encuentran varias figuras delictivas, donde el comportamiento expresamente se comete por omisión impropia, sin posibilidad de admitir otra conducta.

En los demás supuestos, es decir, en los que no se encontrarían una tipificación expresa de omisión impropia relevante, de igual modo se seguirían sancionando en la Parte Especial, pero tal propósito se llevaría a cabo mediante una reinterpretación (respetando los métodos y técnicas correspondiente) de los tipos dolosos de comisión, injustos culposos de comisión y tipos propios de omisión redactados a gran amplitud.

Todas estas posibilidades de realización típica serían la base objetiva originaria para parangonar a una omisión. Pueden mencionarse a autores, con

diferentes matices, que se adhieren a esta postura por ejemplo a Huerta Tocildo; Silva Sánchez;[564] Terragni;[565] Hurtado Pozo.

En sentido crítico se muestra Jakobs, pues considera que existe "...poca esperanza de que las dificultades de la determinación general de los deberes para la omisión impropia se puedan soslayar mediante regulaciones especiales en la Parte Especial, pues siempre que tal procedimiento se ha llevado ya a cabo, a saber, en los delitos de omisión propia semejantes a la comisión, el legislador no ha conseguido una determinación de la formulación que satisfaga el estándar de la Parte Especial más que en los supuestos concretos no problemáticos. Jakobs afirma correctamente que mediante el desplazamiento no se aclara ningún problema material.[566]

2.6.3 POSTURAS EN CONTRA DE LA PARTE GENERAL Y PARTE ESPECIAL

Por último, están quienes piensan que no es necesario ni adecuado político – criminalmente una tipificación *exprese verbis* en la Parte Especial ni tampoco la inclusión de una cláusula genérica en la Parte General de los Códigos penales. Que la introducción de cualquiera de esos mecanismos reportaría más inconvenientes que ventajas. Como puede verse, la ausencia a una regulación de los delitos impropios de omisión se debe principalmente a causas de orden constitucional (concretamente en la legalidad de las conductas omisivas que no se encuentran incriminadas expresamente).

No debemos olvidar que esta postura indica que tanto la acción positiva como omisión impropia resultarían de una correcta interpretación de los tipos penales – concretamente los *verbos típicos* responde a un sentido social (dando recepción también a una omisión cuando el resultado sea objetivamente imputable a su conducta) y no meramente causal- y dicha aseveración –como se dice- no responde a una analogía extensiva *in malam parten*.

Como puede verse, esta postura se encuentra en líneas fronterizas con la postura anterior en el sentido, de admitir la convertibilidad de acción y omisión con base en la interpretación (judicial); sin embargo, la diferencia está en que ésta postura, ni siquiera reporta una tipificación expresa de omisión impropia en la Parte Especial, como sí lo hace la anterior.

Este modelo lo constituye, por ejemplo, el Código francés, caracterizado por la ausencia de una regulación expresa en la Parte General. En la doctrina puede citarse a Sancinetti,[567] Jescheck;[568] Gracia Martín.[569]

---

[564] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "POLÍTICA CRIMINAL Y REFORMA LEGISLATIVA EN EL DELITO DE "COMISIÓN POR OMISIÓN" (EL ARTÍCULO 10 DEL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992)". En: *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid - España, 1993, Pág. 1079.

[565] Cfr. TERRAGNI, Marco Antonio. Ob. Cit., Pág. 130.

[566] Cfr. JAKOBS, Gunther. "DERECHO PENAL..", Ob. Cit., Pág. 954.

[567] Existe un delito de esa naturaleza cuando una omisión es tratada según las reglas de imputación penal del texto legal de un delito de comisión; y la problemática consiste en determinar en qué casos la norma prohibitiva que da fundamento al texto de un tipo comisivo puede ser interpretada

2.7 BALANCE FINAL Y TOMA DE POSICIÓN

El presente estudio se ha realizado partiendo de la premisa que corrientes que descansan en la ontología no podrán hallar tanto la noción como el fundamento de la omisión (en materia penal), puesto que, la misma es una figura normativa, por ende, necesita de otra base (iusfilosófica) que permita dotarle de sentido.

Por ende, nuestro toma de posición consiste, por un lado, en identificar la base iusfilosófica idónea para el análisis de una institución "normativizada" como es la omisión; y por otro lado, erigir el aparato dogmático, en el plano del Derecho penal, que permita descubrir aquellos criterios que coadyuven al operador jurídico la identificación entre la omisión con la comisión, en el ámbito de la tipicidad.

Sobre la primera cuestión, esto es, nuestra base iusfilosófica, cabe hacer algunas disquisiciones.

Más que Filosofía del Derecho, parecen existir múltiples y diferentes filosofías del derecho, puesto que, diversos autores atribuyen a la misma problemas distintos, o dan a las mismas cuestiones, respuestas diferentes. Sin embargo, también es cierto que todas las actitudes doctrinales acerca de la Filosofía del Derecho, pueden subsumirse en las siguientes direcciones:

i. Ontológica – Metafísica.- Según esta corriente, el objetivo fundamental de filosofar sobre el Derecho, es la búsqueda de la realidad sustancial y permanente del propio Derecho, así como, la indagación de los principios absolutos e inmutables en que han de inspirarse y conformarse los Derechos históricos, para ser un

---

como si contuviera también un mandato de acción para ciertos casos, especialmente cuando el omitente se halla en una estrecha relación con el bien jurídico en peligro (posición de garante, que es requisito para la parificación de una omisión a una acción); pero lo decisivo es que se trata de un tipo de omisión no escrito, construido sobre la base del texto legal de un tipo de comisión (SANCINETTI Marcelo. "CASOS DE DERECHO PENAL", 2da. Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires - Argentina, 1986, Pág. 128).

[568] Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich. "PROBLEMAS DEL DELITO IMPROPIO DE OMISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO". Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. En: *Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid - España, 1992, Pág. 84. Este autor sostiene que la regulación de la omisión impropia en la Parte General o Especial, ambas soluciones presentan insuficiencias. La cláusula general habrá de configurarse de modo más o menos general en la caracterización de las posiciones de garante, y la regulación en la Parte Especial complicará y dará pesadez a los preceptos penales, y dejará abiertas considerables lagunas de punibilidad.

[569] Cfr. GRACIA MARTIN, Luis. "POLÍTICA CRIMINAL Y DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL DEL PROCESO DE REFORMA PENAL EN ESPAÑA". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 2, Editorial Cuzco, Lima - Perú, 1993, Pág. 420, tiene un peculiar punto de vista, pues afirma que una "una correcta interpretación de los tipos de injusto de la parte especial permite deducir criterios normativos susceptibles de fundamentar una total identidad entre acción y omisión en la esfera de la tipicidad. Dicho criterio de identidad debe orientarse a la determinación del momento a partir del cual la acción y omisión constituyen comportamientos fungibles susceptibles de realizar lo injusto típico".

Derecho justo. Los problemas principales que se plantean en una concepción metafísica son: la concepción del mundo y de la vida; por lo que, en la Filosofía del Derecho dominarán los temas éticos y las posiciones iusnaturalistas.

Dentro de la dirección ontológica – metafísica tienen especial relevancia las distintas manifestaciones del objetivismo jurídico, y en especial la doctrina de la naturaleza de las cosas.

Para estas corrientes, el problema ontológico es el fundamental para la Filosofía del Derecho, pues lo que en definitiva hay que resolver es la realidad del Derecho.

ii. Científico – Positivista.- Según esta posición, la actividad filosófico – jurídica, se reduce al ámbito de la investigación epistemológica, legitimándose, únicamente, cuando se constituye como una teoría crítica de las Ciencias Jurídicas; allí donde se de una corriente cientifista de la Filosofía, y se vea en esta solo una teoría de la ciencia, en la Filosofía del Derecho dominarán los temas epistemológicos lógicos y logísticos.

Se puede afirmar, que el espíritu cientifista que dominó el Siglo XIX, y del que está impregnada gran parte de la filosofía moderna, ha hecho que la Filosofía del Derecho esté dominada, en ciertas direcciones, por los problemas del lenguaje, adquiriendo una dimensión importante, la lógica jurídica.

iii. Normativismo.- Según esta corriente, propia de las ciencias del espíritu, la Filosofía del Derecho debe centrarse tanto en la teoría del conocimiento jurídico, así como, a la teoría fundamental del Derecho, a través del empleo de criterios valorativos – normativos y meta normativos.

Esta posición precisa que, para la aproximación al Derecho, como objeto de conocimiento, debe orientarse, por consiguiente, a la aprehensión del contenido significativo de los términos que integran cada una de las fuentes, por una parte, y a la determinación del alcance de éstas, de acuerdo con el fin para el que fueron expedidas por otra.

Cada una de estas tres direcciones condicionan a toda teoría que trate de analizar una institución jurídico.

Por ejemplo, es el caso de Immanuel Kant,[570] para quien el Derecho es la condición material que posibilita el ejercicio de la "libertad trascendental" en

[570] **Como se sabe, Kant pretendió sintetizar el racionalismo continental con el empirismo inglés, asumiendo una posición crítica, centrada en la posibilidad que tiene la razón humana para conocer y la determinación de los límites del conocimiento. Las obras de Kant más importantes son las *tres Críticas: Crítica de la razón pura, Crítica de la razón práctica y Crítica del juicio.* Si bien, las obras que interesan fundamentalmente al problema jurídico son, además de la *Crítica de la razón práctica, la Fundamentación de la metafísica de la costumbre, la Metafísica de las costumbres y la Antropología pragmática.***

el mundo sensible.[571] Asimismo, la obligatoriedad del Derecho descansa en el hecho de ser condición para el ejercicio de libertad en el mundo sensible y, por tanto, es condición de moralidad.[572]

Se aprecia que, el pensamiento kantiano descansa en la naturaleza del ser humano, como un ser racional, que es libre. Y en esa libertad, se requieren de leyes que permitan la coexistencia entre los seres humanos; a estos tipos de leyes, Kant, las denominó *leyes de libertad*; que pueden ser *leyes éticas*, si ellas mismas constituyen el fundamento determinante de las acciones, y *leyes jurídicas*, que no tienen en cuenta el motivo que determina la voluntad del sujeto, sino solo la conformidad exterior de la acción con la ley.

Asimismo, Kant se refirió al Derecho, como una institución que tiene como misión coordinar las libertades de los individuos; además, de un Estado, que tiene como finalidad garantizar a los individuos sus esferas de libertad, por medio del Derecho. Por tanto, para Kant, tanto el Derecho como el Estado están al servicio de la libertad.

En ese orden de ideas, la noción de "libertad" condiciona el contenido de las instituciones jurídicas, en el pensamiento kantiano.[573] Pero, cómo entendió Kant a la libertad. En la noción kantiana de libertad, la misma forma parte de la estructura ontológica del ser humano; es decir, el hombre "es" libertad, un "ser" libre; y en uso de sus otras cualidades (voluntad, razón) externaliza su libertad a través de su conducta; esto es, la libertad es "trascendente"; en donde el comportamiento es el dato de la libertad.

Como se puede entender, la filosofía que impregnó Kant al Derecho, se ubica en la dirección "ontológica"; es decir, definió las instituciones jurídicas sobre la base de la naturaleza del "ser"; sin ninguna referencia a lo social o colectivo, sino al hombre individual, esto es, al hombre como un fin en si mismo.[574]

En lo que respecta al Perú, similar posición lo detenta, el gran jurista Fernández Sessarego, quien para edificar su teoría sobre los "derechos de la persona", parte de una visión ontológica del Derecho, en la cual, el ser humano "es libertad"; es decir, para el autor, al ser la persona humana una unidad

---

na ley universal.

[572] Según Kant, si el Derecho pretende que coexistan libertades externas, cuando algo es obstáculo a la libertad, suprimir ese obstáculo será exigencia de la justicia. Si un determinado uso de la libertad misma es obstáculo a la libertad, según leyes universales, entonces la coacción que se le impone concuerda con la libertad según leyes universales; es decir, conforme a Derecho.

[573] No se pretende desconocer las otras herramientas de análisis de Kant, por ejemplo, la idea de "justicia". En efecto, para Kant, la ley penal se presenta como un "imperativo categorico", una exigencia de la justicia.

[574] Similar línea siguieron FICHTE y SCHELLING; al menos en sus iniciales planteamientos. El primero, siguiendo la tesis kantiana, entendió que el hombre es un fin en si mismo, y que posee un valor absoluto independiente al reconocimiento que del mismo realice el Estado. Para el segundo, la base de su teoría es la ilimitada libertad del hombre; así, el hombre es un fin en si mismo y portador de unos derechos originarios; siendo la misión del Derecho posibilitar la práctica convivencia de las libertades de los hombres.

psicosomática constituida y sustentada en su libertad, el Derecho debe eliminar todo obstáculo que pudieran impedir el libre desarrollo de la persona.[575]

Se aprecia que, Fernández Sessarego basa su opinión sobre la noción de "libertad"; pero a diferencia del sentido de "libertad" que se le da a nuestra investigación, para el jurista peruano, la libertad es la calidad "ontológica"[576] que distingue a la persona humana de los demás entes del universo.[577] En efecto, para Fernández Sessarego, el hombre es libertad que se proyecta. Por tanto, este jurista se refiere a una libertad "metafísica", la cual, se fenomenaliza por medio de la conducta.[578]

Ante lo señalado, en el presente estudio, se ha hecho referencia a la "libertad" como uno de los fundamentos del modelo de imputación aplicable a la omisión aquí propuesto. Frente a ello, nos planteamos la siguiente pregunta: ***¿acaso la noción de libertad aquí empleada descansa en la orientación ontológica descrita líneas arriba?***. La respuesta es negativa, puesto que, la noción de "libertad ontológica o metafísica" no presenta un adecuado basamento en que fundar un modelo de imputación de corte normativo (sin mencionar que este modelo pretende ser aplicado en el ámbito de la omisión penal, que es otro figura normativa); de la naturaleza de las cosas, de la esencia del ser humano, de la estructura ontológica del ser, no puede dotar de contenido a figuras jurídico – penales, que reclaman la presencia de criterios normativos - valorativos.

La libertad aquí señalada, es entendida bajo el marco del ***liberalismo político, el cual, permite fundar el hecho que, en un Estado social y democrático de derecho, se debe reconocer los ámbitos de libertad de los ciudadanos, en el sentido de participar en los procesos de relación intersubjetiva, a través de sus capacidades de autodeterminación y autorresponsabilidad, que son criterios normativizados por el Derecho a fin de establecer los parámetros y criterios de imputación***.

Sin embargo, una primera impresión conllevaría a pensar la inaplicabilidad por parte de los juristas de la dirección ontológica en el análisis de figuras jurídico – penales (por su corte "normativo" a que se ha hecho referencia); no obstante, esa impresión es equivocada; caso contrario, recuérdese los planteamientos de la teoría finalista, la cual, pretendió estructurar todo el sistema penal (incluyendo, por ende, a la omisión), a partir de fundamentos ontológicos y psicológicos.

ú, 2005, Pág. 08.

[576] Fernández Sessarego señala que esta "calidad ontológica" tiene como antecedentes al cristianismo, y en algunos precursores, como Kant o Kierkegaard; pero su desarrollo fue asumido por la escuela de la filosofía de la existencia: Jean Paul Sartre, Xavier Zubiri, Gabriel Marcel, entre otros.

e[577] Ibidem, Pág. 08

578 Fernández Sessarego indica que, la libertad aparece en el mundo fenoménico, hecha acción, entre las cosas. Por tanto, la conducta es la *libertad metafísica fenomenolizada.* Cfr. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. "EL DERECHO COMO LIBERTAD. PRELIMINARES PARA UNA FILOSOFIA DEL DERECHO", 2da. Edición, Universidad de Lima, Lima – Perú, 1994.

Obsérvese que para Welzel, el significado de los hechos procede de la forma de ser de los hechos. Admitía que una misma cosa pueda ser contemplada en más de uno de sus aspectos posibles: por ejemplo, el hombre puede ser estudiado en su naturaleza biológica, cosa que hace la medicina, y también en su naturaleza racional, cosa que hace la psicología, pero si ello es posible es porque el hombre tiene en sí mismo ambos aspectos. Del mismo modo, la acción humana puede considerarse desde el punto de vista causal-naturalístico, que es lo que hacemos cuando nos importan los movimientos musculares, pero ha de tomarse en su dimensión de finalidad cuando tratamos de descubrir su específico significado humano, porque éste no depende de nosotros, sino de dicha finalidad. También a Welzel le interesa, pues, el significado de la acción, pero, a diferencia de los neokantianos, cree que dicho significado no se lo atribuimos, sino que pertenece a la propia naturaleza de la acción: a la propia "naturaleza de la cosa", en el sentido de que constituye su "estructura lógico-objetiva". (Para mayores detalles, véase: MIR PUIG, Santiago. “LÍMITES DEL NORMATIVISMO EN DERECHO PENAL”. En: *Libro Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo,* Editorial Thomson – Civitas, Madrid – España, 2005).

Asimismo, en la actualidad, tenemos el “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, de MICHAEL KÖHLER, el cual, ha sido considerado como un tratado *liberal* de la parte general del Derecho penal, debido a la influencia de la filosofía idealista alemana, básicamente de Kant. En efecto, esto se deduce cuando el jurista alemán define al injusto como una lesión de la “libertad” de otro, y a la pena como una negación del injusto, en el marco de una relación de reconocimiento recíproco.

Pero, el objetivo de este estudio no consiste en criticar lo inadecuado de fundar el sistema penal en bases ontológicas; sólo cabe precisar nuestro alejamiento a tal dirección ontológica, puesto que, ***los conceptos jurídico – penales que tenemos no son puros reflejos* necesarios de la realidad, de la naturaleza de las cosas o esencia del ser**, sino construcciones humanas basadas, por un lado, de criterios normativos – valorativos que diseñan a toda política criminal y, por ende, al sistema penal de una determina sociedad, y por otro lado, al propio consenso obtenido de esa concreta sociedad. Además, también, cabe alejarnos de la dirección científico – positivista, puesto que, la misma ha tornado a la dogmática jurídico – penal en algo puramente lógico o abstracto, sin mayores referencias al material fáctico o empírico (el cual, es diferente a lo que se entiende por ontológico).

Por tanto, ***la dirección iusfilosófica que adoptamos en el presente estudio es el normativismo***; es decir, nuestros planteamientos, tanto del concepto de omisión, así como, del modelo de imputación que permitiría la intercambiabilidad entre omisión y acción en el marco de un determinado tipo penal, se fundan en relaciones objetivas (socio – jurídicas) valoradas y comprobadas normativamente.

Pero, en qué se fundan estas valoraciones normativas; es decir, qué papel juega lo "normativo" en nuestra investigación. En principio, no lo

consideramos como la mera descripción de algo, sino un conjunto de valoraciones que parten de una ***valoración fundamental (que el Derecho ha de servir a los seres humanos)***. Ello supone admitir que el sistema normativo jurídico ha de entenderse condicionado por consideraciones valorativas (y, por tanto, también normativas) que el legislador se encuentra y de las que no puede disponer.

Así, una de estas valoraciones consiste en el reconocimiento de la participación del ciudadano en los procesos intersubjetivos, a través de sus ámbitos de libertad, los cuales, lo vincularán con el Derecho penal, a través de una imputación a las normas penales sobre la base de los criterios de autodeterminación, autorresponsabilidad y creación de riesgos jurídicamente desaprobados, los cuales, pueden relacionarse con el resultado acaecido en contra de bienes jurídicos. Estas valoraciones y criterios son de carácter normativos, que inciden en lo fáctico (los hechos realizados por las personas a consecuencia de la organización que le dan a sus esferas de libertad).

El ***normativismo*** que pretendemos dar, presenta como substrato filosófico, al ***liberalismo político,*** el cual, considera al hombre como un ser racional y razonable (esto es, con capacidad de autodeterminarse). El primer atributo expresa la reflexividad propia de sujetos autónomos y emancipados, capaces de someter a crítica los valores adquiridos en su desarrollo moral en sociedad. El segundo expresa la tendencia a la cooperación propia de quienes acceden a someter el conflicto de intereses inherentes a la convivencia a la sanción de un acuerdo vinculante, condición que asegura la integridad del acuerdo tomado y confirma que las partes pueden confiar mutuamente en que se entenderán y actuarán conforme a los principios que finalmente hayan convenido. Una vez que los principios son reconocidos por las partes pueden confiar en que todos se ajustarán a ellos.

Estos planteamientos, han sido recogidos del filósofo ***John Rawls***, para quien, el liberalismo político emana de las capacidad racional y razonable, las cuales, configuran las esferas negativa y positiva de la libertad. Así, la libertad negativa, está conformada por el ámbito en el cual el ciudadano puede hacer o dejar de hacer lo que le permite su capacidad de autodeterminación, sin que dicho fuero pueda ser intervenido arbitrariamente, ya sea por el Estado o por particulares. Es decir, es exigencia suprema del liberalismo político, que todo individuo, en cuanto sujeto con capacidad de autodeterminación, posee un ámbito de libertad que no puede ni debe ser interferido por terceros en forma arbitraria.

La libertad positiva, encarna la idea de que en una sociedad liberal el individuo es políticamente autónomo; esto significa que es el propio individuo quien – en virtud de su autonomía política, que emerge de su capacidad de autodeterminación – ha de establecer las leyes a que va a someterse.

Por otro lado, se afirma que Rawls encuentra en la filosofía política de ***Hegel*** el camino más adecuado para la realización de la libertad humana.[579] En efecto, para Hegel, la libertad ha de realizarse en las instituciones sociales y políticas, cuya tarea es precisamente hacerla posible.

Para Hegel, las instituciones deben estar encaminadas a la realización de la libertad y no de la felicidad. Para ello se concentra en explicar y desarrollar la tesis de que "la voluntad libre es aquella que se tiene a sí misma (*wills itself*) en tanto que voluntad libre". Concluye que esta frase significa lo siguiente: que la voluntad libre quiere (*wills*) un sistema de instituciones políticas y sociales en las cuales pueda ser libre; hace suyos bs fines de este sistema político y social; es formada y educada por los rasgos públicos de estas instituciones para entenderse a sí misma como una voluntad libre; estos rasgos públicos expresan plenamente el concepto de una voluntad libre.

Sin embargo, se le critica a la filosofía hegeliana el de ser una doctrina autopoyética del Estado – fin; es decir, ve al poder como "bueno" y a la sociedad como "mala".[580] Al respecto, si bien es cierto, la doctrina hegeliana, específicamente referida a la filosofía del espíritu, hace referencia que la conciencia individual (espíritu subjetivo) acaba cuando surge la vida social (espíritu objetivo), la cual, da sentido al Derecho y al Estado, amerita que ese Estado sea el guardián de la "libertad", no en un ámbito individual, sin referencia a lo social (como planteaba Kant), sino como una paso del *"yo"* al "*nosotros"*, en donde todos se reconocen como individuos libres. Frente a ello, si al Estado, en la filosofía de Hegel, se le debe de todas de las facultades necesarias para mantener esa "libertad", no se le debe entender que el Estado es el "fin", sino el "instrumento" que permite garantizar el reconocimiento de todos, como personas libres.

Asimismo, la importancia de Hegel no sólo radica en su sistema, sino en su método, esto es, la dialéctica, la cual, describe las leyes del desarrollo de la realidad y del pensamiento, para ver así el desarrollo del "espíritu universal" a través de la historia. La extraordinaria ventaja que origina adoptar la dialéctica, es que permite la sucesión o el movimiento del pensamiento, donde el último paso sirve para uno nuevo, y así sucesivamente

En ese sentido, la autonomía privada o libertad negativa, está en una relación dialéctica, con la autonomía política o libertad positiva; esto es, hay una interdependencia entre la referencia individual con la social

Por tanto, nuestra base filosófica descansa en las ideas de Hegel y Rawls; puesto que, somos de la opinión, que el sistema penal (como el Derecho en sí) se erige sobre la base del reconocimiento de la libertad de los individuos, no sin una referencia social, sino un reconocimiento en sociedad, de que todos somos libres. Y esa libertad se expresa a través de una autonomía privada, como política.

Es decir, si la autonomía privada – expresión de la capacidad racional – consiste en el ejercicio libre de intereses y objetivos individuales, la autonomía política es la institución liberal que garantiza la materialización de la capacidad racional o libertad negativa, ya que – mediante la exigencia política de que las normas sean el fiel reflejo de la autonomía política de los ciudadanos –

---

[580] En ese sentido, véase la crítica hecha por: FERRAJOLI, Luigi. "DERECHO Y RAZÓN. TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL", 2da. Edición, Editorial Trotta, Madrid – España, 1997.

consagra los principios de imparcialidad, reciprocidad y generalidad de las leyes penales. De esta manera, se logra establecer las expectativas jurídico – políticas de la sociedad, lo cual permite que los ciudadanos puedan actuar democráticamente en los procesos de participación intersubjetiva en igualdad de condiciones. Esto significa que de no ser por la autonomía política, los ámbitos de libertad individual no podrían ser materializados en la realidad jurídica, ya que el respeto de la autonomía privada depende de la internalización de la norma en la conciencia colectiva.

La reflexividad propia de sujetos autónomos y emancipados, permite la construcción de la libertad negativa o autonomía privada; y, a mérito de un ***proceso dialéctico,*** aparece la libertad positiva o autonomía política, logrando de esta manera ***el reconocimiento a las libertades individuales como fundantes de todo sistema, pero sin el alejamiento de una referencia social; de igual forma, las exigencias sociales o estatales, sólo encontrarán sentido en el reconocimiento de la capacidad de libertad y autodeterminación del individuo, que acepta y orienta su conducta a tales exigencias.***[581]

Establecida, nuestra base filosófica, cabe preguntarnos si este entendimiento de la libertad de la persona, puede permitir construir un aparato dogmático, para el análisis de la omisión en materia penal.

Frente a ello, consideramos la necesidad de ***partir de la libertad de la persona, como principio meta – normativo***; pero no en el sentido del pensamiento kantiano, sino en el hegeliano, esto es, con referencia a lo social, complementado con los aportes de Rawls, sobre la necesidad de precisar una relación (para nosotros dialéctica) entre la autonomía privada con la autonomía política.

Sin embargo, este principio meta – normativo debe complementarse con criterios normativos – valorativos propios de un Derecho penal liberal, los cuales, deben ser extraídos de un principio normativo nuclear, el cual no es exclusivo del Derecho penal, sino del ordenamiento jurídico propio de un Estado social y democrático de derecho; nos estamos refiriendo al ***principio de legalidad.***

Y este principio tiene vital importancia en el tema de la omisión impropia, puesto que, un sector de la doctrina ha considerado que, sin la mención de una cláusula generar que regule a la comisión por omisión, y ello aunado a su falta de tipificación en la parte especial del Código Penal, conlleva una violación a las garantías estatuidas por el principio de legalidad; dado que no habría un referencia legislativa por la cual justifique que, a una persona, se le imponga determinadas consecuencias jurídico – penales por delito cometido bajo la modalidad de omisión impropia.

Sin embargo, en esta investigación, consideramos que este temor es del todo infundado, puesto que, un determinado tipo penal puede configurarse a través del ejercicio de una actividad o mediante la abstención de una concreta prestación (positiva), los cuales, tengan la virtualidad de afectar la

expectativas, intereses vitales, bienes jurídicos, recogidos en el mensaje de protección de la norma que subyace a aquel tipo penal. Es decir, la acción con la omisión, frente a un determinado tipo penal, pueden presentar una "***intercambiabilidad***", "identidad", y no una simple "correspondencia"; todo depende de la presencia de criterios normativos que le permitan al operador jurídico afirmarlo.

Lo señalado, puede extraerse del contenido del principio de legalidad. Como se sabe, en el marco de un Estado democrático, de derecho y constitucional, el principio de legalidad es una institución jurídica viva, siempre que las instituciones del Derecho penal estén orientadas a realizar o materializar la ley jurídica fundamental (el bien común), con el fin de conservar la seguridad jurídica, proteger los intereses humanos y asegurar el imperio de la justicia.[582] Asimismo, es en el Derecho penal donde el principio de legalidad cobra superlativa importancia, por cuanto la regulación de determinadas conductas implica la restricción de derechos fundamentales. No cabe la aplicación del Derecho penal, si no es para restringir, mediante sus mecanismos o instrumentos, bienes jurídicos elementales de los ciudadanos sobre quienes actúa su fuerza coercitiva. Por tanto, si la aplicación del *ius puniendi* significa la restricción de los ámbitos de libertad, la vigencia del mismo únicamente se realiza y debe realizarse a través de la ley.[583]

Por otro lado, el fundamento del principio de legalidad es muy complejo, por cuanto en él convergen concepciones filosóficas, jurídicas y políticas respecto del Estado, el Derecho, la sociedad y la persona.[584] Por ejemplo, Roxin considera que el fundamento de este principio es de carácter jurídico – político y jurídico – penal.[585] En cambio, juristas como Maurach o Mir Puig lo reconducen a la idea rectora del *Estado de Derecho.*[586] En la doctrina nacional,

---

[582] SAUER, Wilhelm. "FILOSOFIA JURÍDICA Y SOCIAL", Traducción de Luís Legaz y Lacambra, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid – España, 1933.

[583] Sin embargo, para el principio de legalidad, la "ley" no significa la aceptación expresa de toda ley penal, sino únicamente de aquéllas que reflejan los intereses y las necesidades de la sociedad. Es decir, la ley penal no puede ser obra del capricho del legislador, pues la ley penal se rige por criterios materiales de profundo e inestimable valor como son: el daño social, el merecimiento y la necesidad de pena. En esa misma línea tenemos: BECCARIA, Cesare. "DE LOS DELITOS Y LAS PENAS", Edición Latinoamericana, Bogotá – Colombia, 1994, Pág. 10. quien sostiene que: *Toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica (...) todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad es tiránico*".

[584] Al respecto, véase: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. "EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. GARANTIA DEL CIUDADANO FRENTE A LA ARBITRARIEDAD ESTATAL. En: *Rev. Peruana de Ciencias Penales*, Nº 14, Editorial Idemsa, Lima – Perú, 2004, Págs. 459 y sgts.

[585] Cfr. ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Tomo I, Traducción de Luzón Peña / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997, Pág. 144, para quien el fundamento del principio de legalidad está conformado por dos aspectos o ámbitos: uno de naturaleza jurídico – política y otro de naturaleza jurídico – penal. El primero, según Roxin, cobija al liberalismo político, la democracia y la división de poderes. El segundo, a la prevención general y al principio de culpabilidad.

[586] Cfr. MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Tomo I, Traducción de Bofia / Aimone, Editorial Astrea, Buenos Aires - Argentina, 1994, Pág. 154. GARCIA PABLOS DE MOLINA, Antonio. "INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL", Universidad de Complutense, Madrid – España, 2000, Pág. 239. MIR PUIG, Santiago. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 7ma. Edición, Editorial Rappetor, Barcelona – España.

Urquizo sostiene que el principio de legalidad tiene un fundamento tripartito conformado por un aspecto político, uno jurídico – penal y el otro axiológico;[587] asimismo Castillo Alva afirma que esta figura tiene como fundamento tres pilares fundamentales tales como: la democracia y división de poderes (fundamento jurídico – político), la seguridad jurídica (fundamento axiológico) y la prevención general (fundamento jurídico – penal).[588] Frente a ello, nuestra posición descansa en considerar que el principio de legalidad sienta su estructura sistemática y teleológica en tres piedras angulares: a) liberalismo político, democracia y división de poderes (fundamento político); b) prevención general positiva (fundamento jurídico – penal) y, c) seguridad jurídica y justicia (fundamento axiológico).

En lo que se refiere al fundamento político, el principio de legalidad encuentra su basamento en los postulados, ya comentados del liberalismo político. Así, el liberalismo político garantiza el respeto irrestricto de los ámbitos de libertad de los ciudadanos; respeto que tiene como instrumento de primera mano y más importante al principio de legalidad, por medio del cual se materializa el respeto a la libre autoorganización de la persona e impone, por ello, a los poderes públicos una exigencia de neutralidad respecto de las convicciones morales y religiosas de los ciudadanos. Debido a esta exigencia, el Estado sólo puede limitar los ámbitos de competencia individual para proteger las esferas de organización de otros sujetos. ***Y esta limitación a la esfera de libertad del sujeto, se justifica porque la persona, ya sea realizando una determinada actividad o absteniendo de ejecutar una prestación, puede afectar los ámbitos de libertad de las demás personas; es decir, tanto la acción como la omisión, presentan la misma virtualidad de afectar los ámbitos de organización de los demás, y esto lo debe reconocer el Derecho penal, esto es que esta identidad permite fundamentar su "intercambiabilidad", en sede del tipo penal.*** En efecto, el tipo penal, en función a determinados criterios jurídicos de adscripción, que más adelante se mencionarán, puede configurarse, o bien porque el sujeto realizó una determinada prestación, o bien porque se abstuvo de realizarla, y esa abstención es constitutiva de calificar al comportamiento del sujeto como típica.

En lo que respecta al fundamento jurídico – penal, en un Estado democrático de derecho y constitucional es exigencia impostergable que el fundamento del principio de legalidad se construya de conformidad con los fines de un Derecho penal democrático, por ello, resulta imprescindible tener en consideración a la prevención general positiva como fundamento jurídico – penal del principio de legalidad. Si el fin más importante del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos (para la doctrina mayoritaria) o la vigencia de la norma (para la doctrina minoritaria) frente a ataques futuros de personas responsables, la única forma de lograrlo es mediante la existencia de normas jurídicas de carácter positivo (leyes) que protegen dichos bienes jurídico –

Págs. 19 y sgts.

[588] Cfr. CASTILLO ALVA, José Luis. "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2002,[589] Cfr. KAUFMANN, Armin. "TEORIA DE LAS NORMAS. FUNDAMENTOS DE LA DOGMATICA PENAL MODERNA", Traducción de Bacigalupo / Garzón, Editorial Depalma, Buenos Aires – Argentina.

penales, ya que las personas únicamente pueden organizar sus comportamiento de respeto hacia las normas (esto es la prevención general positiva) cuando hay un precepto que les informa y orienta sobre lo permitido y lo prohibido.[589] Desde nuestro punto de vista, el fin del Derecho penal es la creación y conservación de la libertad jurídica, la cual, sólo puede ser alcanzada mediante la prevención general positiva, la misma que en cualesquiera de sus manifestaciones supone que la persona pueda motivarse y actuar conforme a las normas, lo cual requiere que estas normas preexistan y se encuentren vigentes antes y durante el hecho, para que el sujeto, por lo menos, pueda conocerlas.[590] Ocurre que únicamente lo conocido puede motivar a los sujetos racionales. Esto significa que si el Estado quiere proteger bienes jurídicos fundamentales mediante la prevención general positiva, debe utilizar únicamente a la ley como medio de comunicación en su relación con los ciudadanos. Así, la ley motiva al ciudadano hacia el respeto de los ámbitos de competencia de otros ciudadanos, por cuanto, por un lado, le informa sobre la no interferencia del Estado en sus ámbitos de libertad si su comportamiento se rige según la voluntad general expresada en el Derecho. Asimismo, le hace saber que se le impondrá una pena si menoscaba arbitrariamente bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal.

De lo expresado se infiere que, si la protección de la libertad jurídica de la sociedad depende de la prevención general positiva, es menester que el Estado cree las condiciones necesarias para que los ciudadanos no menoscaben los intereses individuales, sociales y estatales, lo cual sólo es posible cuando el ciudadano internaliza el mensaje de la norma. Sin embargo, este mensaje no exige que el ciudadano infiera que lo prohibido se configure vía acción u omisión, sino que, tenga el suficiente grado de conocimiento y entendimiento, que el comportamiento que realice es idóneo para afectar lo que la ley pretende proteger. Es decir, ***la intercambiabilidad entre acción y omisión encuentra sentido en la finalidad de la prevención general positiva, esto es, que los tipos penales sean estructurados, no para que el ciudadano haga disquisiciones sobre la modalidad de configuración de los mismos (acción u omisión), sino para que conozca su mensaje y se motive en él. Si se cumple con esta finalidad, el principio de legalidad no se vería vulnerado al afirmar que un concreto tipo penal fue configurado (sin importar si fue por acción o por omisión), debido al hecho que su mensaje, conocido por el sujeto, no generó en él la motivación respectiva.***

En lo que se refiere al fundamento axiológico, una de las principales características del principio de legalidad es el orientarse a crear seguridad jurídica, más aún si se la entiende como un valor y fin del orden jurídico referido a la materialización de una función de organización y de una función de realización. La primera función se vincula a la ventaja que se le ofrece a los ciudadanos y la otra a los requerimientos que impone a los tribunales de justicia. La seguridad jurídica presta una función de garantía a los ciudadanos pues permite, sino eliminar, sí restringir el ámbito de la discrecionalidad del Poder Judicial en el momento de la emisión de una sentencia condenatoria. Logra que el ciudadano separa a que atenerse, ya sea cuando comete un hecho como cuando lo omite y sepa, además, la naturaleza, clase y duración

de la sanción. La legalidad de los delitos y de las penas facilita no sólo el conocimiento del contenido de la prohibición, sino también de los límites de la misma.[591] Por otro lado, está el principio supremo de la justicia, el cual, estatuye la libertad del desarrollo de la personalidad, por cuanto protege al individuo contra toda influencia que ponga en peligro su libertad de desarrollar su personalidad. Es decir, la justicia crea las condiciones para que, cada cual resuelva lo que ha de entender como su desarrollo.

Estas exigencias son recogidas, cuando un determinado tipo penal describe, con certeza, el ámbito de lo prohibido, y las consecuencias jurídico – penales que se le impondrá para aquel que cae en esa esfera. Si el tipo penal cumple con esta exigencia, entonces, el sujeto sabrá como ha de comportarse, según las exigencias del Derecho, en determinadas relaciones sociales o situaciones de la vida, y qué comportamiento puede esperarse o pretender de los otros. ***No es necesario exigir que el sujeto distinga si ese ámbito de lo prohibido puede configurarse tanto por acción, como por omisión, es suficiente que el sujeto tenga la certeza de conocer los hechos y obligaciones que existen para él, y qué consecuencias jurídicas de su comportamiento se tiene que contar;*** [592] ***siendo perfectamente factible que, según su grado de conocimiento, el actuar de un modo o el abstenerse de realizado una prestación específica sean idóneos para que él se ubique en el ámbito de lo prohibido. Es decir, la intercambiabilidad entre la acción y la omisión, no debilita las garantías de certeza y seguridad jurídica.***

Por tanto, la tesis esbozada sobre ***la no necesidad de una cláusula general que indique que una omisión (impropia) puede incurrir en el ámbito de lo prohibido, encuentra justificación en los fundamentos políticos, jurídico – penales y axiológico del principio de legalidad***.

Sin embargo, aún es necesario establecer los criterios que permitan al operador jurídico considerar que un determinado tipo penal pueda configurarse tanto por acción como por omisión.

(1) El primer criterio es obviamente el concepto de omisión, por el cual, uno parte. El mismo, no puede ser elaborado a través de una dirección ontológica, puesto que, de la naturaleza de las cosas y de la esencia del ser, nos revela que la omisión no existe en el plano de la realidad; sólo hay prestaciones positivas, esto es, acciones.

Sin embargo, las escuelas del causalismo, neocausalismo y finalismo, pretendieron, esbozar una noción de omisión, bajo una perspectiva ontológica.

---

[591] De seguridad de orientación o certeza del orden sólo puede hablarse cuando los destinatarios de las normas de un sistema jurídico tienen un conocimiento adecuado de los contenidos de tales normas y, por ende, están en condiciones de orientar su conducta.

a[592] En síntesis, en un Estado de Derecho, las funciones de orientación y realización de la seguridad jurídica presupone el cumplimiento de: a) certeza jurídica, b) eficacia del derecho, y, c) ausencia de arbitrariedad.

Así los causalistas, con una metodología causal – naturalista y una perspectiva enmarcada a los movimientos musculares, pretendieron encontrar en la omisión, tres elementos: (a) un comportamiento voluntario (la no realización de algo esperado – Liszt – o mandado – Beling -), (b) un resultado, y, (c) una relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado. Sin embargo, como se ha indicado en los puntos anteriores, en la omisión, están ausentes algunos de estos elementos, por ejemplo, la relación de causalidad. En efecto, la categoría de causalidad no estaría en condiciones de explicar el fenómeno de la responsabilidad del omitente por el resultado acaecido, ya que se trataría de una categoría proveniente de las Ciencias Naturales y, como tal, libre de valoraciones, en tanto que la responsabilidad a título de omisión (propia e impropia) se desenvuelve en un terreno puramente normativo.

Asimismo, los neocausalistas, al partir de la filosofía neokantiana y como presupuesto metodológico uno de corte subjetivista, esto es, que el objeto se aprehende en función al sujeto cognoscente, es que, para esta corriente, la omisión es la acción no realizada, que el sujeto se ha representado y supone mentalmente la existencia de un mandato de actuar. Sin embargo, ello origina una relatividad de la omisión a una mera representación; esto es, a un mero juicio. Asimismo, como ya se indicó al comienzo de este estudio, si bien para la estructura general de la teoría del delito, el neocausalismo introdujo criterios distintos al causalismo clásico, en lo que respecta al contenido de figuras específicas, como es el caso de la omisión, al mantener un esquema conceptual que descansa en la causalidad y en la escisión de la expresión de la voluntad con el contenido de la voluntad, origina una definición ontológica – causal de la omisión similar al de la fase anterior, por lo que, participa de las mismas críticas elaboradas contra la corriente causalista – naturalista, a la que nos hemos referido en el párrafo anterior.

Finalmente, el finalismo, partiendo de una perspectiva que el conocimiento se genera en función a la naturaleza de las cosas, del ser y de las acciones (la estructura lógico – objetiva), y esto exigía considerar a la "finalidad" como elemento que da significado a las conductas humanas. Frente a ello, se le definió a la omisión como la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción. Sin embargo, en esta investigación hemos señalado que se debe rechazar tal definición, porque la aplicación de la ley penal no descansa en la mera afirmación de que el sujeto se comportó mediante finalidades potenciales, esto es, sobre la base de conocimientos posibles, dado que, esto afectaría los fundamentos jurídico – penales y axiológicos del principio de legalidad, a los que se ha hecho mención.

Como se aprecia, definiciones con sustento en direcciones ontológicas, no permiten elaborar un adecuado concepto de omisión, para efectos del Derecho penal, puesto que, se caería en círculos viciosos traducidos tanto en la caza de una causalidad, que no hay en la omisión, como en la búsqueda de una finalidad (potencial) que no es de recibo en un Derecho penal liberal.

Frente a ello, sólo una dirección normativa, permite elaborar una definición de omisión; esto es, que la misma es la abstención de una prestación positiva (para el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad, las expectativas e intereses vitales de las personas, en suma, bienes jurídicos), cuyo sentido jurídico – penal, lo da el tipo penal. En el plano del ser, sólo se observará lo que hizo el agente, pero sólo tendrá el sentido de omisión (penal) cuando en el plano de referencia cambie, esto es, nos ubiquemos en la norma penal. ***La norma jurídico – penal es la que da sentido a la afirmación que el sujeto omitió una determinada prestación.*** Sin embargo, cuáles son los criterios que permitirá darle ese sentido.

(2) Los criterios que dotarán de carácter típico a una abstención, esto es, el sentido de una omisión jurídico – penal, son de un corte socio – jurídicos.

En un Estado social y democrático de derecho, se debe garantizar la libertad de las personas para participar en los procesos de relación intersubjetivas; y un forma para garantizar esta participación, es la determinación de límites en los ámbitos de autoorganización, que permita que todos puedan participar, en ejercicio de libertad, con se la seguridad que no se verán afectadas sus expectativas o intereses vitales en sus relaciones intersubjetivas.

Una primera determinación es configurar el ejercicio de libertad a través de la asunción y ejercicio de ***roles o deberes***. En efecto, los contactos sociales anónimos de sujetos, que en empleo de su libertad, busca su autorrealización, requieren que los actuantes asuman un determinado status o posición en la sociedad que permitan las autorrealizaciones a que se ha hecho referencia.

Los roles implican reconocer que la persona presenta una capacidad reflexiva sobre la manera de cómo va a conducir su esfera de libertad; y como esta libertad se entiende con una referencia a lo social (esto es, en la aceptación por parte de todos, que cada uno de los individuos son libres), la configuración de una determinada colectiva determina la asunción (en lo esfera de lo razonable) de determinados status, funciones o roles.

El recurso a los roles tiene la virtualidad de permitir conocer cómo debe configurarse los ámbitos de organización de las personas, y el límite por el cual, la referida organización afecta, injustificadamente, las esferas de libertad de las demás personas. Cómo distinguir la actuación del médico del anestesista en una determinada intervención quirúrgica realizada a una persona. Cómo diferenciar la actitud del Juez con la del secretario en un concreto Despacho judicial. Las respuestas giran entorno a los roles que cada uno detenta en su procesos de relación intersubjetiva.

Asimismo, estos roles son tomados en cuenta por normas jurídicas extrapenales, al momento de regular las funciones de las personas en sociedad (ej: la Ley General de Salud, al momento de regular las funciones del personal sanitario; la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando describe las

atribuciones y deberes de los Magistrados, etc.).

Sin embargo, el recurrir a la idea de "roles", implica hacer referencia a lo social, y ello en principio no es una aberración, puesto que, la autonomía privada de las personas, su libertad no es aislada, sino tiene una referencia a la realidad social, la cual, construimos los seres humanos en ejercicio de nuestra libertad (esto es, una interrelación, interdependencia).[593] No obstante, nos separamos de postulados como Jakobs, quien ha considerado el criterio de roles como necesario y suficiente.

En efecto, para Jakobs el sentido de imputación jurídico – penal descansa en que el sujeto haya infringido su rol social. Esta aseveración tiene como la teoría sociológica funcionalista – sistémica de Niklas Luhman, quien sostiene que en una sociedad organizada complejamente en el régimen de reparto de tareas debe diferenciarse rigurosamente lo que es el sentido objetivo de un contacto social de lo que los ciudadanos se representen subjetivamente de aquel. Únicamente el sentido objetivo, para esta teoría, debe ser tenido en cuenta de manera general, pues este sería el sentido socialmente válido del contacto. En general, al movernos en conglomerados de variadas relaciones sociales, la complejidad de dichas relaciones se reduciría mediante la creación de roles.

Con este aparato conceptual, Jakobs entiende que el juicio de responsabilidad penal es un juicio objetivo, en donde si el sujeto actuó en quebrantamiento de su rol social, entonces habrá creado un riesgo no permitido que fundamente la responsabilidad jurídico – penal.

Asimismo, consecuente con estos postulados, Jakobs señala que, para que una persona realice un comportamiento tolerado (penalmente no relevantes), éste debe realizarlos sólo con los conocimientos que en sociedad se exige a un rol; por lo tanto, todos los conocimientos superiores o inferiores que el titular posea más allá de los exigidos al rol, no fundamentan la responsabilidad penal.

No obstante, hemos indicado que, si bien uno de los criterios, básicos, para determinar el sentido jurídico – penal de la omisión (consistente en adscribir la abstención de una prestación a un determinado tipo penal) es la idea del "rol" de las personas, debemos de disentir con determinadas posiciones de Jakobs, de la manera siguiente:

- La referencia a la "realidad social" propugnada en este estudio, no tiene como sustento la teoría funcional – sistémica de Luhman, quien entiende al sistema social como autorreferente y cuyo objetivo es garantizar la vigencia de sus normas (similar opinión es de Jakobs, quien considere al Derecho como un sistema normativo, cuyo sentio se agota en el mantenimiento de sus propias normas). Por el contrario, ***entendemos "lo social", como aquella realidad construida por los seres humanos en ejercicio de libertad***; es decir, partiendo de la capacidad racional de la persona, entiende la necesidad de realizar sus expectativas, sin injerencias ni intromisiones; pero, para el logro de

estas expectativas, requiere, según su otra capacidad: lo razonable, considerar a los demás como individuos libres, quienes también pretenden autorrealizarse; por lo que, para que no se den recíprocas exclusiones, convienen en dotar de funciones a determinados hechos, establecer reglas constitutivas y delimitar las actuaciones humanas en función de roles o status.

Como indica SEARLE, la realidad social se construye a partir de la intencionalidad de la conciencia y mediante tres elementos básicos: la asignación de una función a ciertos hechos, la intencionalidad colectiva y las reglas constitutivas. Tales elementos permitirán explicar el origen y el sentido de una clase de hechos sociales que caracterizan las culturas humanas: los *hechos institucionales*. (SEARLE, John. "LA CONSTRUCCIÓN DE LA REALIDAD SOCIAL", Presentación y traducción de A. Domènech, Editorial Paidos, Barcelona – España,1997).

Todo sistema, incluido el jurídico, se constituyen para lograr ese objetivo: que toda persona, en ejercicio de su libertad participe en procesos de relaciones y contactos, en procura de su autorrealización. En suma, lo que se debe de garantizar no son las normas, sino la posibilidad que la persona, como individuo libre que participa en la construcción de la realidad social, logre su autorrealización.

Esto presupone, como bien indica Mir Puig, que se asigne al Derecho penal la función de *influir en la realidad existente más allá del propio Derecho penal y de sus normas*. Presupone que no entendemos el Derecho como un sistema normativo cuyo sentido se agota en el mantenimiento de sus propias normas, al estilo de Luhmann y Jakobs, sino como un sistema al servicio de las necesidades de los seres humanos, como un sistema normativo al servicio de los sistemas biológicos representados por los individuos. ***Basar la teoría jurídica en el reconocimiento de que el Derecho ha de servir al ciudadano me parece obligado para una concepción democrática del Derecho.*** Es evidente que ello supone renunciar a una teoría jurídico-penal válida para cualquier contexto político.

- Si bien, consideramos que el recurso a los "roles" que vinculan a las personas a aquella realidad social que construyen para lograr su autorrealización como persona, es una técnica válida para la determinación del juicio de imputación jurídico – penal, no significa que sea la única herramienta a tomar en cuenta. En efecto, es altamente dudoso que una constatación fáctico – social (como son los roles sociales) determinen, ***suficientemente***, una valoración jurídico – penal. Ello porque, ***en el análisis sobre lo que es lícito o ilícito para el Derecho penal, las valoraciones que nos den tal resultado no provienen exclusivamente de lo fáctico, de lo que hay en la realidad social, sino que, se requiere, además, el empleo de herramientas normativas, puesto que, el juicio de imputación es un juicio de atribución jurídico – penal.*** En ese sentido, entendemos que el criterio de rol ***es necesario*** porque el Derecho penal incide en sucesos dados en la realidad social por individuos libres, pero ***no***

suficiente, para fundamentar el juicio de responsabilidad penal.

En efecto, anclar todo el andamiento de la imputación penal en el solo criterio del "rol social", conlleva a transformar lo fáctico en lo prescriptivo; abriendo la compuerta de que todo contacto social, *per se*, conlleva la carga de información normativa. No obstante, tampoco nos adherimos a la crítica de Feijoo, que el recurso a la idea del "rol" sea útil para otras disciplinas del Derecho, pero no para el Derecho penal, porque ello implica desconocer que todas las disciplinas del Derecho se vinculan con la realidad social; es decir, inciden en fenómenos, sucesos, hechos; y, ***para evitar que el penalista se ubique en una reflexión cerrada, debe tener en cuenta otras perspectivas, como las sociológicas; puesto que, su utilidad teórica es la relación de complementariedad con el Derecho penal.***

En suma, no podemos caer en teorías que impliquen una explicación autorreflexiva y cerradas, esto es, o solo el rol social (Jakobs) o solo instituciones del Derecho penal (Feijoo), sino una explicación global, que sustente con la rigurosidad científica del caso, el por qué se le atribuye a una persona consecuencias jurídico – penales. Y para ello, el empleo de criterio socio – normativas permitirán al operador jurídico soluciones trascendentes al mero mensaje formal de la norma.

- El empleo de criterios socio – normativos, implica desconocer la validez, para el juicio de imputación, la sola exigencia de conocimientos socialmente estandarizados. Como Jakobs sólo emplea un criterio sociológico: rol social, considera la estandarización social de los conocimientos que habrían que desvalorarse en el tipo. ***No obstante, el error que incurre el jurista alemán es que, en el tema de análisis, en sede de Derecho penal, de los conocimientos del sujeto, se debe recurrir a criterios socio - normativos, puesto que, es el propio ordenamiento que, partiendo del grado de configuración de una determinada realidad social, define los grados de conocimientos que debe tener un interviniente***. Si bien, existen conocimientos relevantes y otros no relevantes para la imputación, no nos parece asumible que el criterio de selección de la relevancia de los conocimientos debe ser un dato extraído exclusivamente de lo social, sin participación del lenguaje jurídico, esto es, del sentido que dota el propio ordenamiento jurídico. Como se indicó en el punto anterior, se requiere de una relación de complementariedad, de lo social con lo jurídico, de lo fáctico con lo prescriptivo.

Y es que, compartir determinadas ideas de Jakobs, no conlleva asumir a raja tabla todo su sistema, incluyendo su fundamento meta normativo y las consecuencias que de éste extrae. Lo afirmado claramente se refleja en los estudios realizados por Cancio Meliá sobre la imputación objetiva; quien adhiriéndose a determinados postulados de Jakobs, también ha configurado los suyos, que en algunos casos disiente con las de su maestro. [594]

[594] Al respecto, véase el estudio realizado por José Urquizo sobre los postulados de Cancio Meliá: URQUIZO OLAECHEA, José. "RESCENSIÓN AL LIBRO DE MANUEL CANCIO MELIÁ:

(3) La referencia a la realidad social construida por las personas en ejercicio de su libertad está dada por la observancia de los "roles" y "deberes". Asimismo, la referencia a lo normativo – valorativo está constituida por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, relacionado con el resultado acaecido.

Del criterio del "rol" se deduce que las personas, para poder participar en los procesos de relaciones intersubjetivas sin que implique la afectación tanto de sus expectativas, como de las de los demás, debe de observar determinados ***deberes de aseguramiento, de deberes de salvamento por asunción o por riesgos especiales;*** los cuales, no implican la presencia de una sociedad autoritaria, en donde los contactos sociales se basan en solo deberes; ni menos aún de un sistema como el Derecho que exija a las personas una aptitud de fidelidad; sino que, en un modelo de sociedad que descansa en las garantías propias de un Estado democrático de derecho, las personas son considerados como individuos que organizan sus contactos y/o participaciones en libertad, esto es, en el logro personal; pero para evitar distorsiones en el ejercicio de libertad, que obstaculice el logro de sus expectativas y la protección de sus intereses vitales, es que, se legitima a la sociedad y al Estado delimitar el cómo y el por qué de los ámbitos de ejercicio de la libertad de las personas.

Esta delimitación consiste en establecer que, para el ejercicio pacífico de la libertad, las personas deben de actuar observando reglas constitutivas, aceptadas socialmente, las cuales, originan en los individuos la asunción de roles, status o funciones, los mismos que, contienen el ejercicio de atribuciones y la observancia de deberes. No es que se funcionalice a la persona en aras de mantener una determinada sociedad, sino que se sirve de una sociedad y de las reglas que se imponen, para lograr el respeto a las libertades de todos y la posibilidad de materializar sus expectativas e intereses.

Partiendo del rol de las personas, se puede identificar la presencia de ***deberes de aseguramiento, los cuales consisten, valga la redundancia, en asegurar la propia organización de tal modo que de ella no se desprendan riesgos que excedan de lo permitido, y que conlleve una intromisión inaceptable en los ámbitos de libertad de los demás.*** Por otro lado, se pueden observar ***deberes de salvamento, los cuales surgen por riesgos que ya no se encuentran en el ámbito de la organización personal***; el ciudadano, en ejercicio de su libertad, puede realizar una conducta peligrosa, pero asume, al mismo tiempo, el deber de revocar ese peligro antes de que se afecten ámbitos de organización ajenos, esto es, que asume una competencia por el riesgo en ámbitos ajenos como sinalagma a la renuncia de protección de los titulares de estos ámbitos.

Sin embargo, ¿qué relevancia tiene, para el Derecho penal, cuando la persona ha incumplido su rol, conllevando a que inobserve o los deberes de

---

LÍNEAS BÁSICAS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Rev. Peruana de Ciencias Penales,* Nº 15, Editorial idemsa, Lima – Perú, 2004.

aseguramiento, o bien los deberes de salvamento?

Como se indicó, no toda desaprobación social se convierte, *per se*, en jurídica; para ello, se requiere, además, del empleo de criterios normativos – valorativos. Estos criterios son aquellos que permiten afirmar que el ejercicio abusivo de la libertad de una persona, materializado en el empleo defectuoso de su rol, genera consecuencia penales, cuando se ha creado un riesgo no permitido, el cual, puede relacionarse con el resultado acaecido.

El riesgo prohibido: creado y que originó el resultado producido, es el núcleo de la valoración jurídico – penal. La concreción del riesgo prohibido constituye un proceso de determinación con base en normas jurídicas (en un sentido primigenio),[595] normas técnicas y reglas de la prudencia.

Así, para la imputación del comportamiento en el ámbito de los delitos de dominio, no basta que se haya sobrepasado el límite de actuación general establecido por el ordenamiento jurídico, sino que se requiere determinar además la competencia del autor por este riesgo no permitido. Esta determinación sólo puede tener lugar si se tiene en consideración la concreta situación de actuación y la concreta persona del autor. La referencia al autor concreto no debe entenderse, sin embargo, como una medida subjetiva, sino como una medida objetiva, esto es, como una persona libre y responsable frente al ordenamiento jurídico (ciudadano). Si se llega a demostrar que el autor ha infringido las competencias que en la situación concreta le eran exigibles, entonces cabrá una imputación del comportamiento.[596]

En suma, ***no se debe considerar el comportamiento del autor en su relevancia naturalista como idóneo para producir un resultado lesivo, sino en su expresión normativa de infracción de las competencias atribuidas.***[597] ***Para el Derecho penal, esto significa que el sujeto ha organizado defectuosamente su esfera personal, lesionando los deberes negativos que le corresponde por el hecho de poseer el status de ciudadano.***

(4) Los criterios socio – jurídicos deben ser empleados en el sistema de imputación. Así, en lo que respecta al aspecto objetivo del tipo, estos criterios deben ser utilizados en el marco del juicio de imputación objetiva.

Un modelo de imputación de responsabilidad sobre la base de roles, como criterio necesario, pero requerido de complementariedad por criterios normativos – valorativos, se erige sobre la base de los principios de ***autorresponsabilidad*** y con la ***delimitación de ámbitos de organización y responsabilidad, en el sentido que la persona, en ejercicio de libertad,***

[596] Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. Ob. Cit., Pág. 413.

[597] Los límites de la creación permitida de riesgos no dependen de criterios o magnitudes naturalísticos, estadísticos o matemáticos como la probabilidad de producción del resultado. No existe una fórmula matemática o nivel cuantitativamente fijo de riesgo cuyo traspaso determine los límites de la intervención del Derecho penal. Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "IMPUTACIÓN…", Ob. Cit., Pág. 204.

participa de los procesos de relación intersubjetiva, asumiendo los costes que su organización origine a los ámbitos de libertad de los demás.

El Derecho debe proteger ese ámbito de libertad, por ejemplo, imponiendo roles o deberes, a fin que la persona no se exceda en el desarrollo de su libertad, causando daño a otro sujeto libre. Y en ese sentido, los roles se normativizan a través del concepto de riesgo; es decir, si el rol genérico es no dañar esferas de libertad ajenas, eso se normativiza analizando el concreto tipo penal, a fin de establecer si en el caso concreto la persona ha creado un riesgo prohibido a través de su organización de libertad, configurando el tipo penal respectivo, y, por ende, afectando ese rol genérico de ciudadano. Igualmente, se puede predicar en el caso de roles especiales, en el sentido que, el concreto tipo penal se configurará si estos roles han sido quebrados a través de la creación de un riesgo prohibido (valga la redundancia, por la norma penal).

En este marco, el juicio de imputación objetiva cumple un rol fundamental, dado que, el sistema penal parte de la idea de que el delito es un proceso de imputación de un hecho y de una sanción a una persona que la sociedad realiza para satisfacer ciertas necesidades preventivas básicas: ***la identidad normativa de la sociedad*****,** con la aclaración que, no es la sociedad quien condiciona el status de persona y por ende de lo que cree es o no necesario para su continuidad, sino es considerar a la persona como sujeto libre y tendiente a su autorrealización en sociedad, la que establece las condiciones necesarias para ese desarrollo.

(5) El modelo de imputación objetiva que parte de los roles, es aplicable en el proceso de adscripción típica del comportamiento, sin importar si se está ante una acción u omisión.

El problema no radica en distinguir las acciones de las omisiones, ***es un problema de adscripción***; esto es, que la conducta de la persona (cualquiera que sea) tenga un sentido típico. Y ello se determinará a través de las ***reglas de la imputación objetiva*** (figura por la cual es aplicable en la realización, por parte de la conducta, de cualquier tipo penal), deducidos de ideas rectoras, así como, de principios axiológicos que no son de propiedad de un determinado tipo penal (como es el caso de la posición de garante del denominado tipo de omisión impropia). En suma, más que distinguir estructuras típicas hay que interpretar el tipo penal; y la forma cómo deberá realizarse este juicio de adscripción a través de la imputación objetiva,

La responsabilidad penal no puede ser distinguida sobre la base de la apariencia externa de la conducta (si el sujeto realizó una acción, o bien, una omisión); por el contrario, se requiere de una razón normativa, y es precisamente dentro de la teoría de la imputación objetiva en donde se lleva a cabo la determinación de una conducta típica y, según el tipo penal, la materialización de un resultado. Y para ello, se deberá distinguir entre delitos producidos por la creación o administración de un riesgo común (delitos derivados del status general de ciudadano, el cual, forma parte, implícitamente,

del contenido del tipo penal) y aquellos otros que derivan de deberes especiales establecidos por el ordenamiento jurídico frente a determinado bien jurídico (delitos en virtud de una institución, la cual, descansa un rol específico que, también, forma, implícitamente, parte del contenido del tipo penal).

(6) El modelo de imputación objetiva que parte de los roles justifica la no necesidad de una cláusula general que regule a la omisión impropia.

Como se indicó en el anterior punto, el problema no es de legislación de la omisión, sino de interpretación de los tipos penales; esto es, la afectación típica de aquellos intereses vitales protegidos por las normas penales, puede darse tanto por acción, como por omisión, las cuales, presentan la misma virtualidad de ataque; y ello, lo revelan los criterios normativos – valorativos de creación de riesgos y autorresponsabilidad, que permitan la imputación de la conducta al correspondiente tipo penal.

Por el contrario, el artículo 13 del Código Penal peruano menciona instituciones de carácter general, como son: deber jurídico, peligro inminente, realización del tipo penal, entre otros. Y se indica que son de carácter general, porque las mismas pueden ser predicada tanto en la omisión, como en la comisión. Lo que se legisló son herramientas de contenido netamente dogmático, que ha generado más de una confusión entre los operadores jurídicos; puesto que, lo que el legislador originó es la introducción de figuras de amplio contenido, sin ninguna delimitación o referencia para su correcta aplicación por parte de los operadores del Derecho.

Por tanto, en esta investigación se ha postulado la eliminación del artículo 13 CP, por innecesaria y, además, porque se refiere de instituciones jurídico – penales cuyo ámbito de análisis, debate y aplicación, pueden ser predicados no solo para la omisión.

CAPÍTULO III
MARCO EMPÍRICO

3.1 TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación es de tipo descriptiva, es decir, tendiente a presentar, detallar, interpretar y explicar lo referente a la naturaleza de la omisión y su identidad con la acción, a través de las reglas de la imputación objetiva, presentando las principales manifestaciones de éste (naturaleza actual y composición). En efecto, hemos descrito los aspectos conceptuales de esta figura, su presencia en otras legislaciones, su tratamiento en el sistema penal peruano y la problemática que éste presenta en nuestro país.

Asimismo, la investigación es de un nivel DESCRIPTIVO y EXPLICATIVO. Es descriptivo, porque se describió las relaciones de las variables; así como, es explicativo, porque se explicó las relaciones de causalidad existente entre las variables.

3.2 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN Y PROCESAMIENTO DE DATOS

3.2.1 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Para esta investigación utilizaremos las técnicas más típicas; así tenemos:

3.2.1.1 ENCUESTA

Este instrumento se elaboró en función del problema planteado, la hipótesis y los variables identificados, para lo cual previamente se formuló el cuestionario respectivo, siguiendo los criterios científicos a efectos de recoger minuciosamente esta información.

3.2.1.2 ENTREVISTA

Se realizó en forma verbal a unas 30 personas que tienen las mismas características de la población en estudio pero que por su propia labor es interesante conocer su opinión.

3.2.1.3 ANALISIS DE REGISTRO DOCUMENTAL

Esta técnica estará en función del análisis doctrinario y técnica de las diversas obras, así como, de las jurisprudencias emitidas por los Tribunales de Justicia.

3.2.1.4 ANALISIS MICRO COMPARATIVO DE SISTEMAS EXTRANJEROS

Para el mayor cumplimiento de esta técnica he visto por conveniente elegir adecuadamente cuales van a ser los sistemas jurídicos extranjeros que

van a ser objeto de comparación, a fin de determinar las semejanzas, identidades y diferencias que pudieran existir entre el objeto de confrontación.

Frente a ello, el diseño de contratación se basó en diferencias sistemas que tipifican la omisión impropia en la Parte General del Código Penal; de aquellas que la tipifican de la Parte Especial del texto punitivo; y de aquellas que no la regulan ni en la Parte General ni en la Parte Especial.

3.2.1.5 FICHAS DE INFORMACIÓN JURIDICA

Considerando los criterios metodológicos al momento de recolectar la información, formulamos las fichas respectivas, a fin de almacenarlas y procesarla debidamente en el momento respectivo, esto es, cuando se ha estado elaborando la presente tesis.

3.2.1.6 BÚSQUEDA DE INTERNET

Con el manejo de las herramientas de internet se pudo indagar en otros sistemas jurídicos relacionados con el tema investigado.

3.2.2 TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO DE DATOS

3.2.2.1 SELECCIÓN Y REPRESENTACIÓN POR VARIABLES

Se seleccionó las respuestas obtenidas del trabajo de campo, de acuerdo a las variables formuladas, empleando, incluso, la codificación.

3.2.2.2 MATRIZ TRIPARTITA DE DATOS

En este instrumento almacenamos la información obtenida y que previamente ha sido seleccionado o representada por el investigador en una matriz de datos.

3.2.2.3 UTILIZACIÓN DE PROCESADOR SISTEMATIZADA

La información clasificada y almacenada en la matriz de datos se trasladó a un procesador de sistemas computarizados que nos permita realizar las técnicas estadísticas apropiadas para lo cual tener en cuenta el diseño y las diversas pruebas que vayamos a utilizar en la contrastación de las hipótesis.

3.2.2.4 PRUEBAS ESTADISTICAS

Se empleará en función del diseño respectivo.

3.2.3 LIMITACIONES

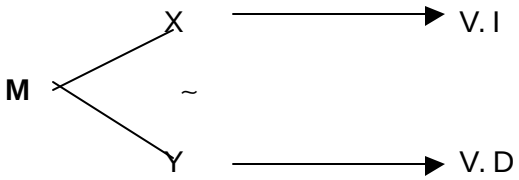
Durante el proceso de recolección de datos, se presentaron limitaciones. Así, en lo que respecta a las encuestas, hubo renuencia de algunos de los encuestados al momento de desarrollar el respectivo

cuestionario, debido a la idea de una supuesta mal intencionada investigación.

Otra limitación es la poca investigación nacional sobre este tema, así como, la falta de profundos conocimientos por parte de los operadores jurídicos sobre la identidad material de la omisión (impropia) con la comisión a través de las reglas de la imputación objetiva, obligándome a recurrir a la doctrina extranjera, haciendo la salvedad respectiva en lo que respecta a la realidad normativa y jurisprudencia de los países consultados.

3.3 DISEÑO DEL TRABAJO OPERACIONAL

El diseño específico en la verificación de la hipótesis está orientado por el siguiente esquema:



M, es la muestra representativa
X, es la variable independiente
Y, es la variable dependiente

La hipótesis se comprobó utilizando el presente diseño de investigación, estableciendo la condicionalidad existente entre las variables "x" y "y", recolectando datos a través de uno o varios instrumentos de medición y analizando e interpretando dichos datos.

3.3.1 POBLACIÓN Y MUESTRA

Como se indicó en el Capítulo I, la investigación se desarrolló sobre la base de fallos emitidos por la Corte Suprema (población) en el período 1997 – 2005 (muestra), en materia de omisión impropia. La información de los referidos fallos, han sido recogidos en la respectiva ficha de estudio documental.

Sin embargo, también se han realizado encuestas, sobre la base de la siguiente población:

- Jueces Penales de la Corte Superior de Justicia de Lima
- Fiscales Provinciales Penales del Distrito Judicial de Lima
- Abogados
- Catedráticos de Universidad Públicas y Privadas de Lima

- Ciudadanos

En donde la muestra está conformada por:

- Jueces Penales de la Corte Superior de Justicia de Lima: 20
- Fiscales Provinciales Penales del Distrito Judicial de Lima: 20
- Abogados: 20
- Catedráticos de Universidad Públicas y Privadas de Lima: 20
- Ciudadanos: 20

Haciendo un total de **100** encuestados

Finalmente, el nivel de precisión consiste en un 97% con un error de estimación del 3%.

3.4 CONTRASTACIÓN Y COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

3.4.1 CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

El método aquí empleado es contrastar las variables empleadas en el trabajo de campo, con relación a nuestra hipótesis de trabajo, la cual es:

- **HIPÓTESIS DE TRABAJO**

> "La imputación objetiva presenta los criterios materiales más adecuados que permiten establecer si una omisión corresponde a la realización del tipo penal de acción, coadyuvando al dictado de pronunciamientos jurisdiccionales con fundamentaciones lógicos - normativos".

Al respecto, y a través del cruce de información, hemos obtenido los siguientes resultados:

b) De las encuestas

c) De las fichas de estudio documental

A) ENCUESTAS

Como se indicó en el punto de población y muestra, se han encuestado a cien personas, distribuidas, en función al método del muestreo estratificado por afijación uniforme, en donde cada estrato representa a los Jueces, Fiscales, Abogados, Catedráticos y Ciudadanos, asignándosele una muestra de igual tamaño: 20 personas.

En ese sentido, se analizarán las respuestas dadas a cada una de las preguntas elaboradas para la encuesta (al respecto, véase, anexo III), a través del siguiente formato:

1. Indicación de la pregunta

2. Tabulación de las respuestas y presentación en forma numérica, así como porcentual.

3. Elaboración del gráfico de respuestas

4. Realización del análisis respectivo

Este formato se seguirá para cada una de las preguntas objeto de la encuesta.

- **PREGUNTA N° 01**

  Considera Ud. que para sancionar a una persona a título de omisión impropia, se requiere:

  Puede marcar más de una alternativa, si así Ud. lo estima conveniente

  La posición de garante ( )

  La causalidad hipotética ( )

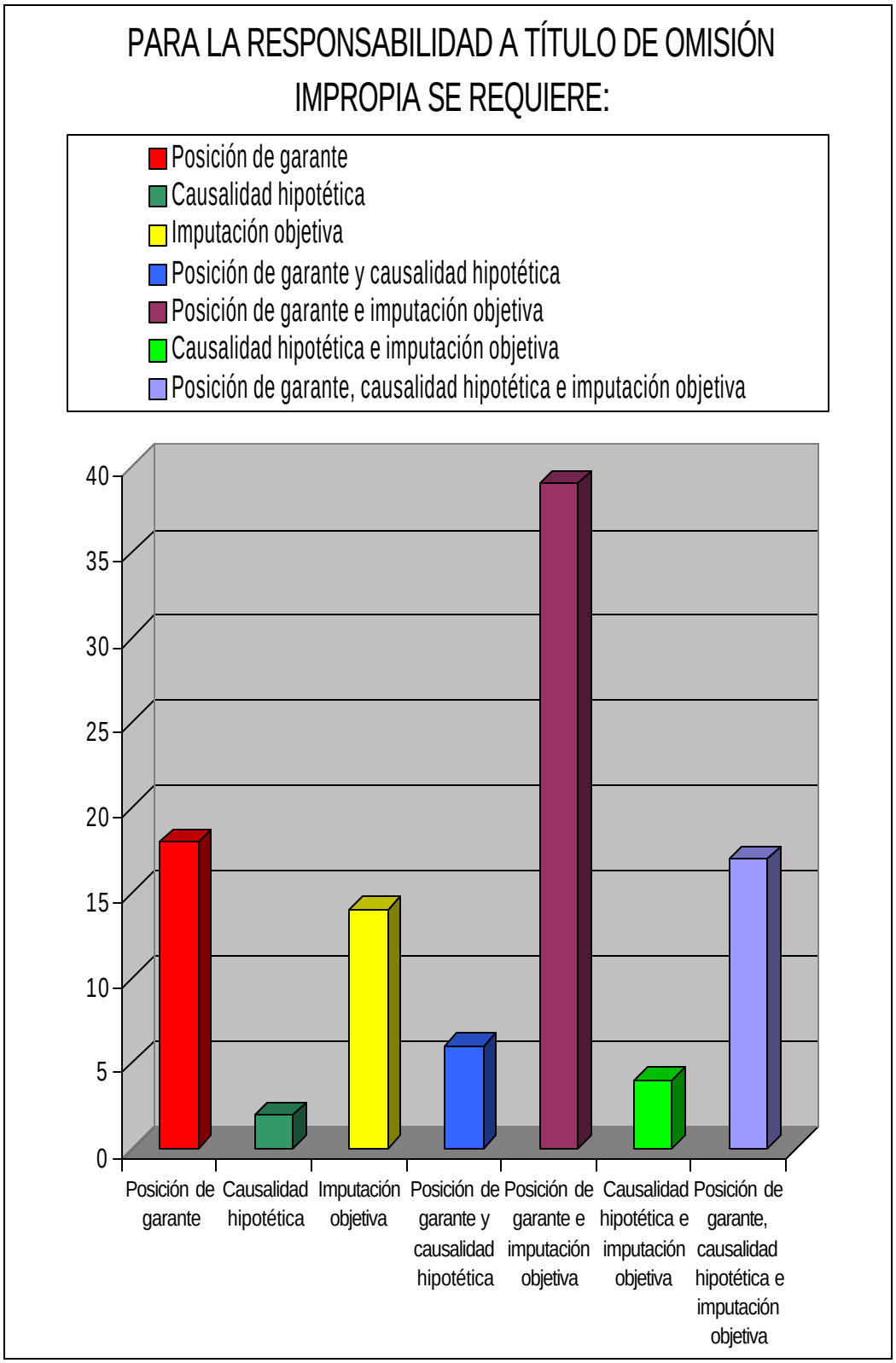
  La imputación objetiva ( )

CUADRO N° O1

CRITERIOS	NÚMERO	PORCENTAJE
Posición de garante	18	18%
Causalidad hipotética	2	2%
Imputación objetiva	14	14%
Posición de garante y causalidad hipotética	6	6%
Posición de garante e imputación objetiva	39	39%
Causalidad hipotética e imputación objetiva	4	4%
Posición de garante, causalidad hipotética e imputación objetiva	17	17%

GRÁFICO N° O1

FUENTE: ENCUESTA PROPIA



ANÁLISIS

El 39% de los encuestados consideran que son a través de la posición de garante y la imputación objetiva los criterios necesarios para establecer la responsabilidad jurídica – penal a título de omisión impropia.

Ello se debe, según los encuestados, a la exigencia del Código Penal, puesto que, el sujeto ha tenido que detentar el deber jurídico de evitar el resultado, y al no haberlo hecho, consideran los encuestados, se les deberá imputar el resultado acaecido al omitente.

Esta mixtura entre la posición de garante con la imputación objetiva en la omisión impropia, se justifica porque la actual tendencia es a la normativización de las categorías jurídico – penales; en donde, se debe tomar como punto de partida la situación concreta, así como, los conocimientos del autor, excluyéndose cursos causales hipotéticos, sino centrándose en la conducta del autor individual en una situación histórica muy concreta.

Esto es coherente con la posición de nuestra Corte Suprema, dado que, en las jurisprudencias analizadas en el anterior capítulo, para atribuir a una persona un resultado, vía omisión, se requiere en primer lugar que detente una obligación jurídica (de protección o vigilancia) del bien jurídico, y, en segundo lugar, las reglas de imputación objetiva a fin de establecer si, por la omisión, se aumentó el riesgo de afección para el bien jurídico.

Frente a ello, nuestra posición es que, solamente se requiere del juicio de imputación (objetiva, subjetiva y personal) para establecer la responsabilidad de un hecho a una persona; no requiriéndose de un elemento especial, exclusivo y excluyente, para la estructura de la omisión impropia, como es la posición de garante, porque ello no permitiría ni la equivalencia (propugnada por los partidarios del deber de garantía) ni menos aún la identidad entre la omisión impropia con la comisión.

Y en el caso de la configuración de un determinado tipo penal, se deberá partir en la distinción de delitos de dominio o de competencia por organización con los delitos de infracción de un deber o de competencia institucional, dado que, ello responde a una verdadera normativización de las conductas: roles que en un Estado de Derecho se le atribuyen a las personas (entendidas como sujetos libres) y que forman parte, implícitamente, del contenido de un concreto tipo penal.

En ese orden de ideas, el juicio de imputación, gira entorno a esos roles, los conocimientos del autor, así como, en materia de los delitos de dominio, a la presencia de un riesgo prohibido y su realización, material, en la afección de un bien jurídico, y en el caso de los delitos de infracción de un deber, el incumplimiento de su rol institucional que no permitió mantener una situación favorable para el bien jurídico. Adherir a este marco, la posición de garante, implica no querer alejarnos totalmente de figuras elaboradas por corrientes cuyo plano de estudio era el ontológico o el naturalista.

- **PREGUNTA N° 02**

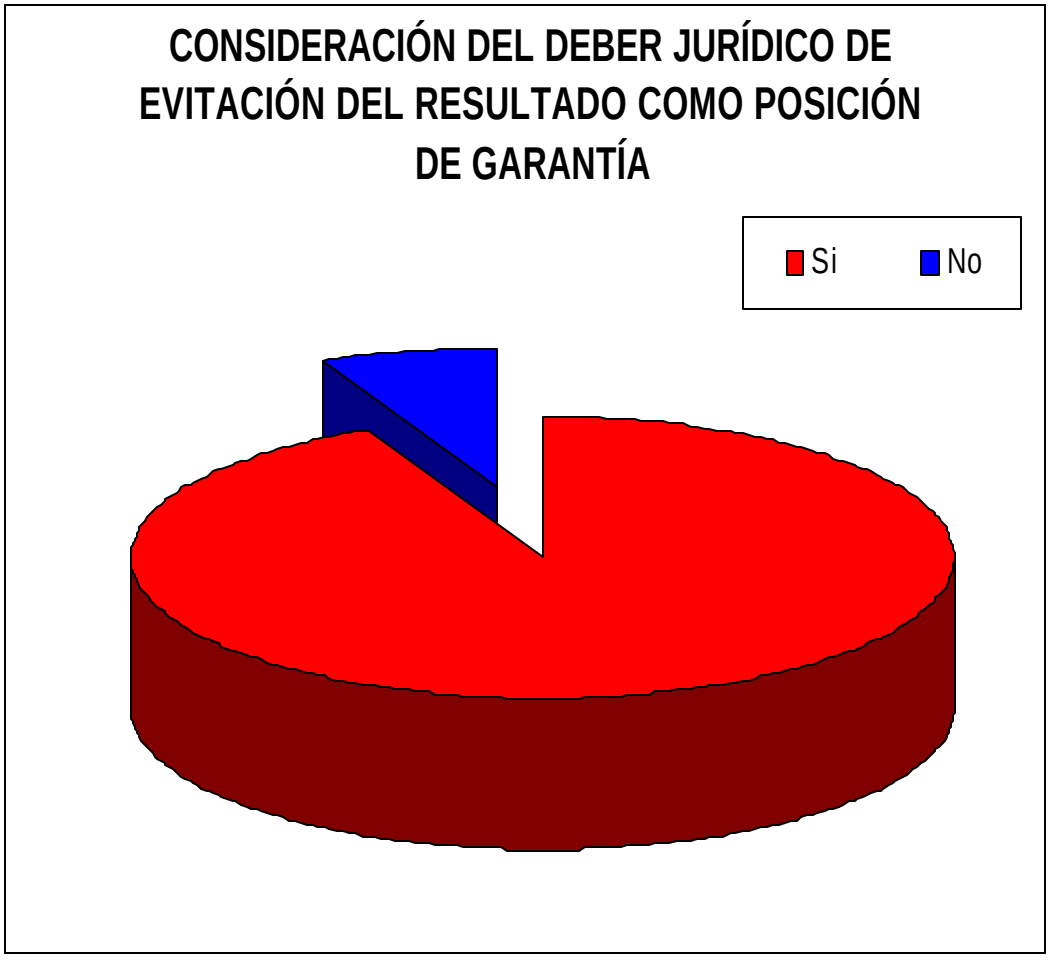
  ¿Cuando el artículo 13º del Código Penal menciona que el omitente tiene el deber jurídico de impedir el resultado, está haciendo referencia a la posición de garante?

CUADRO N° O2

CRITERIOS	NÚMERO	PORCENTAJE
Si	93	93%
No	7	7%

GRÁFICO N° O2

FUENTE: ENCUESTA PROPIA



ANÁLISIS

El 93% de los encuestados consideran que el deber jurídico de impedir el resultado es aquella posición de garante que se le exige al sujeto responsable a título de omisión impropia.

Y esto permite fundamentar posiciones como el de Iván Meini, quien considera que en los casos de no evitación del resultado por el garante sí es necesario acudir a la cláusula del art. 13 CP, pues en la medida en que estos comportamientos omisivos no se desprenden directamente de los tipos de la parte especial, o lo que es lo mismo, no son idénticos a los tipos de la parte especial, se hace necesario invocar el art. 13 CP para otorgarles relevancia típica y recién, entonces, se puede decir que, sin llegar a ser iguales, se corresponden con un tipo de la parte especial. Recordemos que, para Meini, la omisión impropia sólo puede o crear un riesgo o aumentarlo. De esto se desprende que no puede haber comisión por omisión, al menos no según el contenido que en este trabajo le otorga Meini a tal locución, cuando el comportamiento omisivo es posterior a la creación o incremento del riesgo.

Así, por ejemplo, en el análisis de la imputación objetiva en los delitos de infracción de un deber, basta que el sujeto incumpla con su rol especial, para afirmar la presencia de una conducta típica, aún a posteriori del establecimiento de una situación de peligro para el bien jurídico. La imputación del comportamiento en los delitos de infracción de un deber tiene lugar solamente con la posibilidad del cumplimiento del deber especial, y no, si el comportamiento del sujeto es anterior o posterior al riesgo creado; eso es un momento irrelevante para el Derecho penal, que nos vuelve a situar en un campo naturalístico, esto es, cuál fue el determinante lo que no se hizo antes o lo que no se hizo después; esto, en los delitos de infracción de un deber no presenta relevancia alguna.

Y, como los delitos de infracción de un deber, observando el respectivo tipo penal, pueden configurarse vía acción o por omisión, por lo que, lo indicado en el párrafo anterior, es aplicable sin importar si la persona realizó una prestación positiva o se abstuvo de realizar una determinada, puesto que, lo necesario es la desvinculación de la persona de su rol especial o institucional. Por tanto, como diría Jakobs, ese deber jurídico de evitación de un resultado (por ejemplo, debilitar el status de conservación o mantenimiento del bien jurídico), se exigiría tanto en acción como en omisión, y no porque así lo demande la naturaleza del comportamiento, sino por la naturaleza del delito en sí (ejemplo el delito de infracción de un deber o competencia por institución).

- **PREGUNTA N° 03**

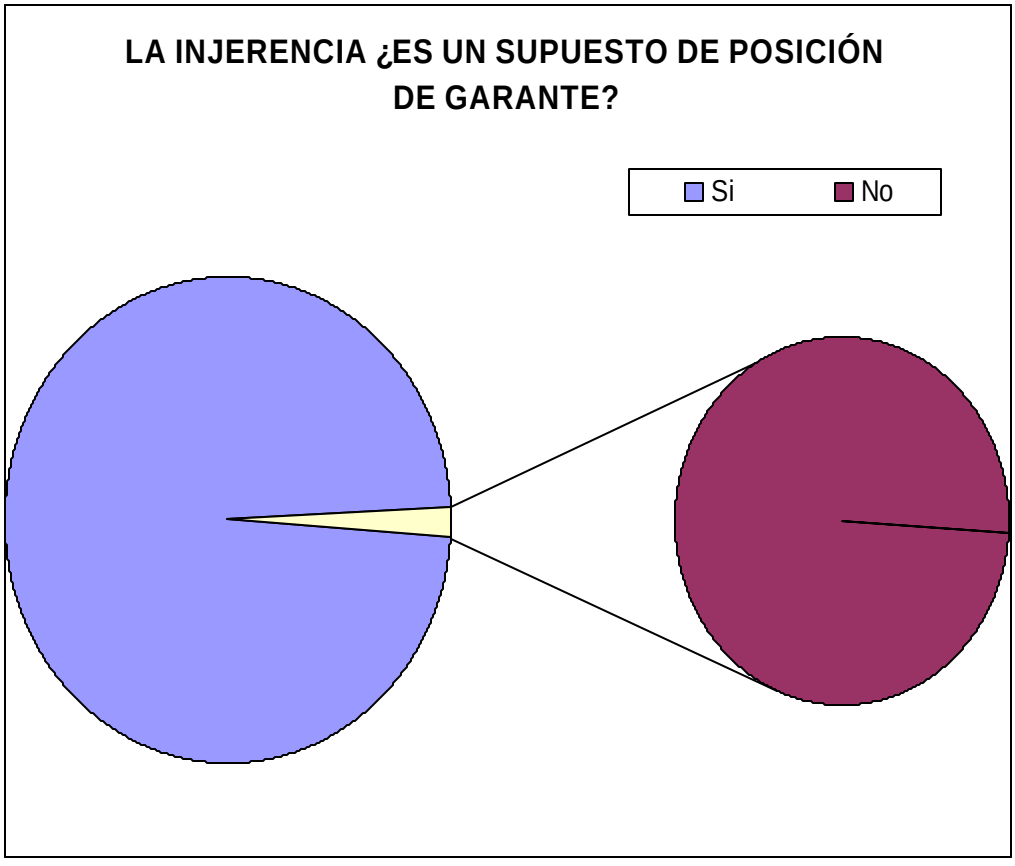
  ¿Opina Ud. que el supuesto de creación de un peligro inminente y que fuera propio para producirlo (injerencia) previsto en el artículo 13º del Código Penal, es un supuesto que origina la posición de garante?

CUADRO N° O3

CRITERIOS	NÚMERO	PORCENTAJE
Si	98	98%
No	2	2%

GRÁFICO N° O3

FUENTE: ENCUESTA PROPIA



ANÁLISIS

El 98% de los encuestados consideran que la injerencia es un supuesto de la posición de garantía, enmarcado, desde la teoría funcional, como un caso propio del deber de vigilancia de fuentes de peligro para bienes jurídicos.

Por lo que, se comprueba lo que se indicó anteriormente, que ha sido un error del legislador separar del deber jurídico de evitar el resultado a la injerencia, puesto que, si la primera denota (como se comprobó en el cuadro anterior) la posición de garantía, entonces es género de la injerencia; es decir, entre la posición de garante y la injerencia hay una relación de género a especie. Por lo que, si la intención del legislador era establecer al deber de garante como el equivalente entre la omisión con la acción, entonces, bastaba con indicar a la misma y no, luego, mencionar a una de sus especies, dando a entender que no guardan ninguna relación.

El otro riesgo es que, el legislador ha comenzado a regular un tema discutido en la doctrina: las fuentes de garantía; y en ese sentido, si el legislador ha comenzado a indicar cuales son las fuentes de este deber, debió de indicar (en la exposición de motivos) cuáles han sido las razones que justificaron una determinada posición, así como, cuáles son, tanto el contenido, así como, el ámbito de delimitación de esta fuente. Y en ese sentido, se advierte una omisión de argumentos y justificaciones.

Por otro lado, no se entiende el por qué el legislador sólo ha mencionado una fuente de posición de garante, y ha guardado silencio en la presencia de otros deberes de garantías. Si comenzó a legislar las fuentes de garantía, lo más lógico era abordar completamente este tema. No obstante, como es polémico el tema de las fuentes de garantía, cada vez más son las legislaciones que no regulan este tópico.

Sin embargo, adoptando el modelo de imputación de responsabilidad sobre la base de roles, no se excluye a la injerencia, puesto que, una imputación del comportamiento puede tener lugar también como consecuencia de la infracción de deberes de salvamento, los cuales surgen por riesgos que ya no se encuentran en el ámbito de la organización personal. Estos deberes de salvamento pueden tener su fundamento en la introducción de riesgos especiales en ámbitos de organización ajenos. En estos casos, no existe un asunción de los riesgos, sino una conducta precedente especialmente peligrosa (injerencia). Un sector importante de la doctrina penal limita los supuestos de injerencia a los casos de una conducta precedente antijurídica, pero como afirma Jakobs, existen conductas permitidas que, sin embargo, fundamentan deberes de salvamento. Precisamente, se trata de aquellas conductas que el ordenamiento jurídico solamente las tolera porque llevan consigo deberes de salvamento. En ese sentido, el incumplimiento de tales deberes frente a riesgos especiales constituye una forma de infracción del rol general de ciudadano y justifica, por tanto, la imputación del comportamiento.

- **PREGUNTA N° 04**

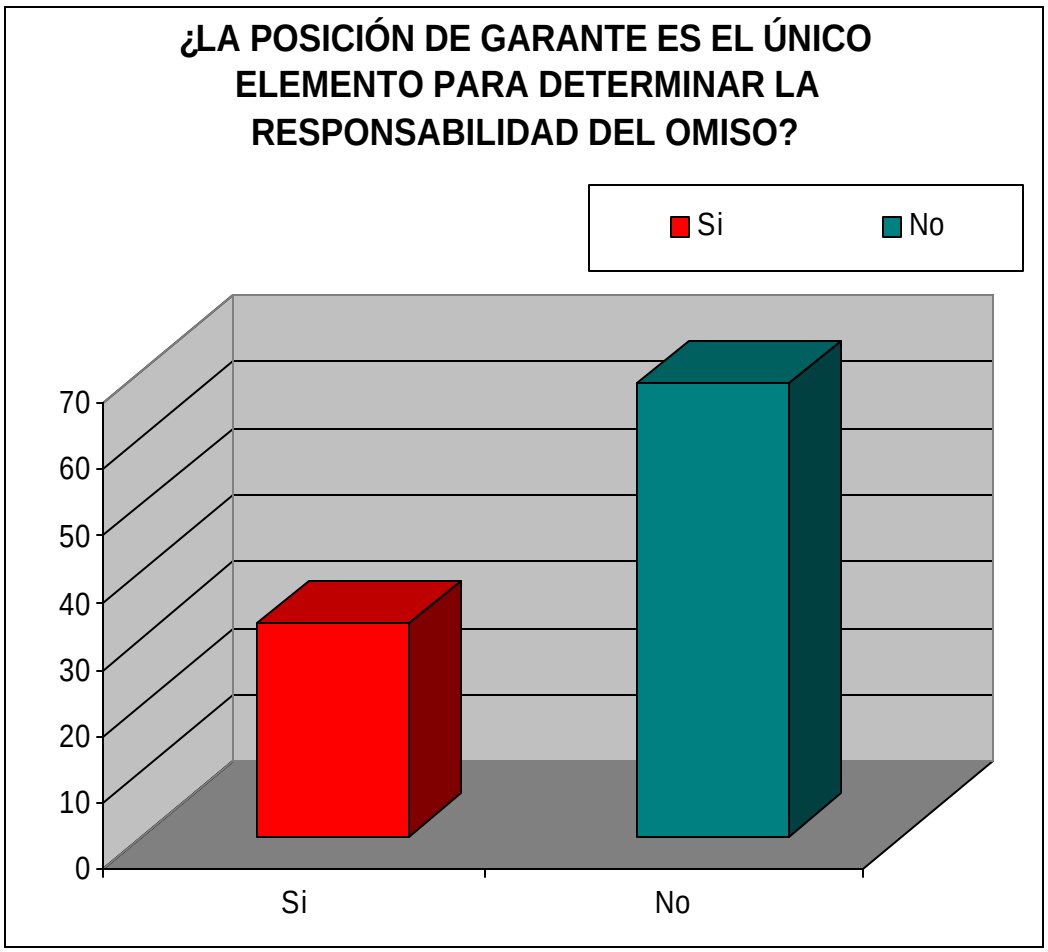
  ¿Considera Ud. que es suficiente con la posición de garante para justificar la responsabilidad penal por omisión?

CUADRO N° O4

CRITERIOS	NÚMERO	PORCENTAJE
Si	32	32%
No	68	68%

GRÁFICO N° O4

FUENTE: ENCUESTA PROPIA



ANÁLISIS

El 68% de los encuestados consideran que no es suficiente con la posición de garante para fundamentar la responsabilidad penal para el omitente; por lo que, se deberá establecer el verdadero valor de esta figura; es decir, luego de considerar a la posición de garante como un elemento de carácter absoluto y exclusivo de la omisión impropia, ahora su valor se le ha relativizado: es una condición necesaria pero no suficiente.

Este cambio de paradigma concuerda con la presente investigación, esto es, el de no considerar a la posición de garante como un elemento especial, exclusivo y excluyente, de carácter absoluto, sino que, en un modelo de imputación sobre la base de roles, tanto en la acción como en la omisión, están presentes roles y/o deberes, que permitirían afirmar que la persona, a efectos del Derecho penal, tiene una posición de garante.

Esta última afirmación no parte de la distinción naturalística entre acción y omisión, sino en la taxonomía (de naturaleza normativa) de los delitos: (a) de competencia por organización; (b) de competencia institucional, los cuales, se erigen sobre la base, o bien de un deber genérico o negativo, o bien, de un deber específico o positivo.

Pero, aún con la afirmación de que, en un último sentido, la calidad de garante está presente en ambos delitos, la misma no es suficiente (dado que, se caería en un modelo autoritario, ajeno a las garantías propias de un Estado social y democrático de derecho), sino que se necesita la imputación (objetiva, subjetiva y personal) del hecho a una persona (entendida como un ser libre). Y esto es claramente aceptada por la mayoría de los encuestados.

- **PREGUNTA N° 05**

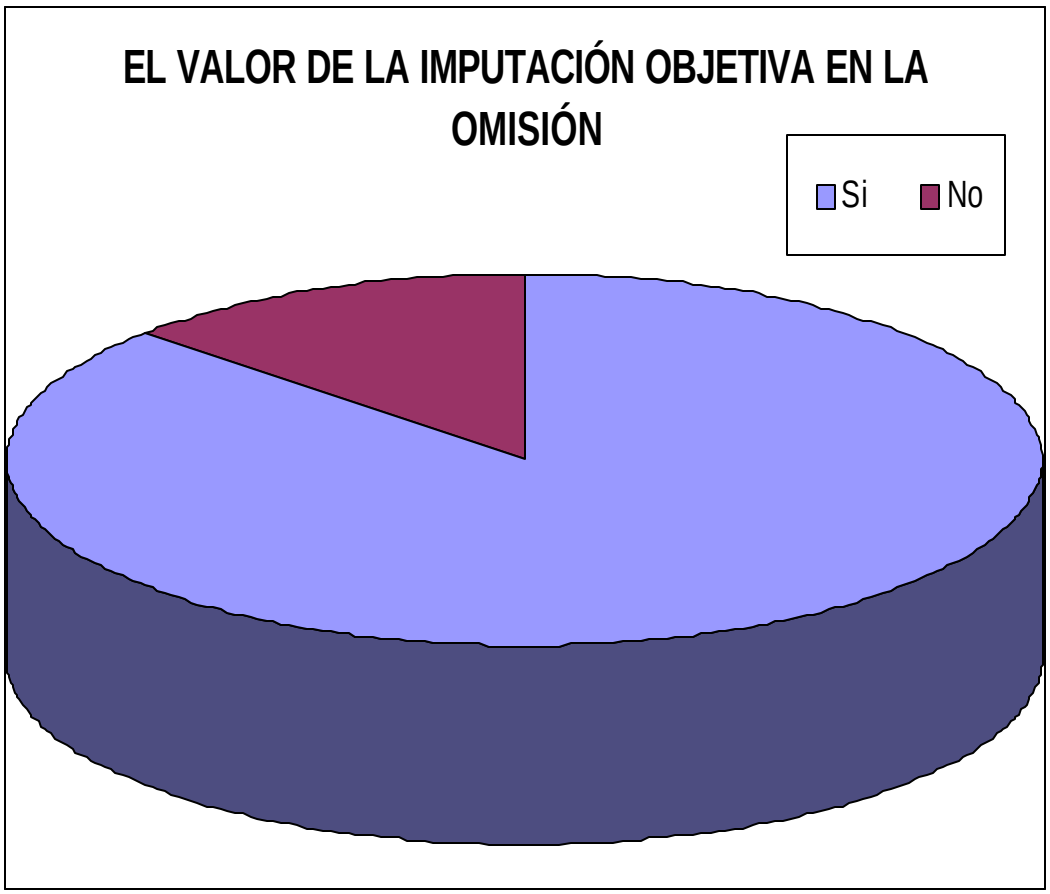
  ¿Opina Ud. que la imputación objetiva presenta una mejor gama de criterios para establecer si una omisión corresponde a la realización de un tipo penal de acción?

CUADRO N° O5

CRITERIOS	NÚMERO	PORCENTAJE
Si	87	87%
No	13	13%

GRÁFICO N° O5

FUENTE: ENCUESTA PROPIA



ANÁLISIS

El 87% de los encuestados consideran que la imputación objetiva presenta un adecuado conjunto de criterios normativos – valorativos que permitirán afirmar la identidad estructural entre la omisión con la acción.

Y esto es concordante con la visión del injusto penal, la cual, postula que el injusto no puede ser caracterizado mediante categorías como la de la causalidad o la finalidad (él no es causalmente necesario o causado de manera final, como por ejemplo en la omisión). Y también, donde se presentan estas estructuras, les falta relación con el Derecho penal, de manera que no sirven para caracterizar lo que de una acción típica es penalmente relevante.

Más bien, desde el punto de vista de un sistema funcional de Derecho penal, el injusto de la imprudencia y de la omisión es el resultado de una imputación según parámetros jurídicos. Luego, los problemas esbozados tanto de la teoría causal como final de la acción carecen de objeto desde principio.

Pero las diferencias de las concepciones sistemáticas trascienden más: cuando se concibe la acción típica como realización de un riesgo no permitido, se deriva el acontecimiento penalmente relevante de la tarea del Derecho penal de evitar los riesgos socio – políticamente intolerables para el particular y la sociedad.

La idea de riesgo va – como se sabe – más allá de la dogmática penal y toca problemas fundamentales de la sociedad moderna y de su control. Su elaboración dogmática posibilita y exige la inclusión de planteamientos político – criminales y empíricos, y conduce a la dogmática, encerrada por las viejas concepciones sistemáticas en su estructura conceptual, hacia una apertura a la realidad.

Esto es recogido por la moderna teoría de la imputación objetiva, que establece, en el caso de los delitos de dominio: (1) la creación de un riesgo prohibido, que posibilita la imputación del comportamiento (y fundamenta la punibilidad, por ejemplo, en los delitos de mera actividad, de peligro, en la tentativa), y, (2) la realización del riesgo en el resultado., que posibilita la imputación del resultado (la cual, fundamenta la punibilidad, por ejemplo, de los delitos de lesión).

En lo que respecta a los delitos de infracción de un deber, los elementos de la imputación objetiva son los mismos: se requiere de una imputación del comportamiento y de una realización del resultado. No obstante, hay que precisar que el contenido de cada uno de estos aspectos no coincide con los desarrollados en los delitos de dominio. En los delitos de infracción de un deber, la imputación del comportamiento se determina por la infracción de un deber específico, mientras que la realización del resultado no se aprecia como la realización del riesgo prohibido, sino como una forma de configuración de la sociedad que el vinculado institucional debió haber evitado.

- **PREGUNTA N° 06**

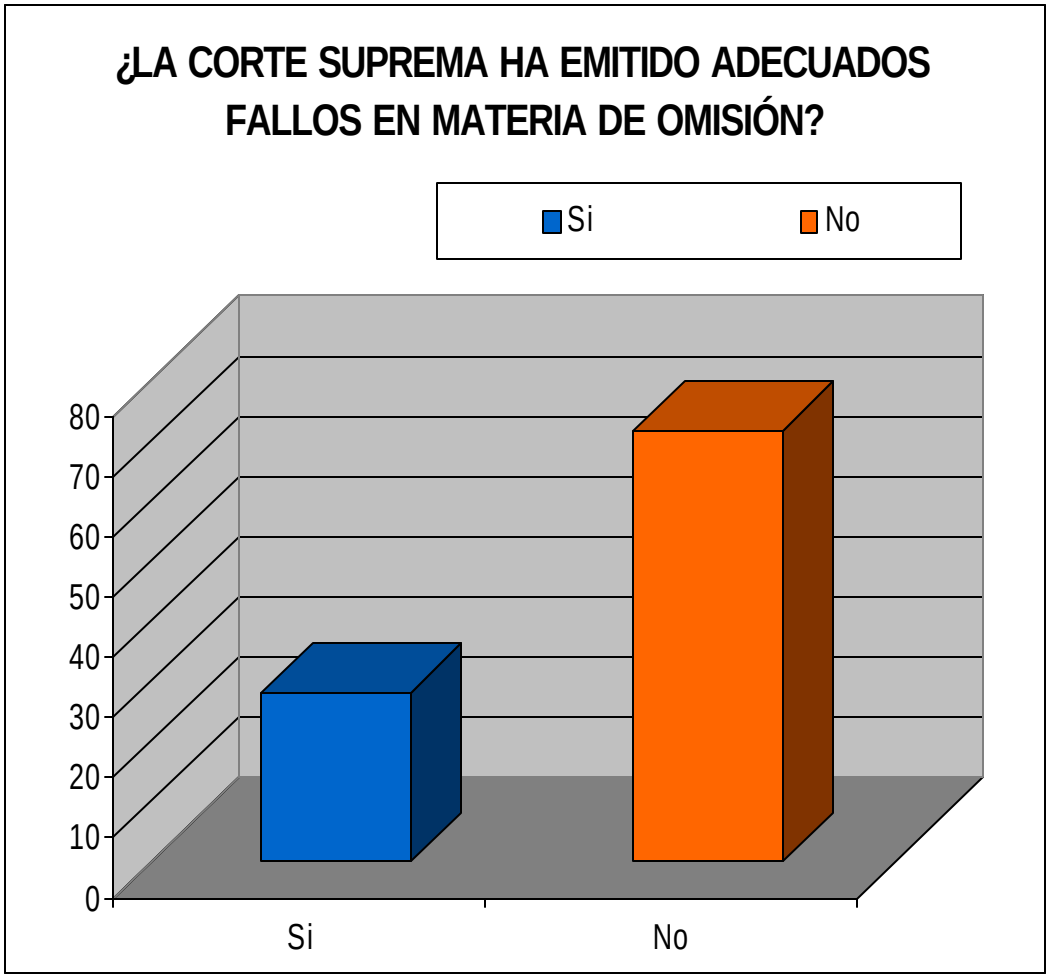
  ¿Estima Ud. que los fallos emitidos por la Corte Suprema sobre la omisión impropia se han basado en criterios lógicos y normativos adecuados?

CUADRO N° O6

CRITERIOS	NÚMERO	PORCENTAJE
Si	28	28%
No	72	72%

GRÁFICO N° O6

FUENTE: ENCUESTA PROPIA



ANÁLISIS

El 72% de los encuestados consideran que los fallos emitidos por la Corte Suprema en materia de omisión impropia han sido inadecuados. Y ello es concordante con el análisis de las jurisprudencias, realizado en el capítulo anterior, tanto en materia de omisión impropia, como en lo referente a la imputación objetiva. Y así, en lo que respecta a la omisión impropia, los fallos inadecuados han girado entorno: (a) a la equiparación entre causalidad hipotética con la imputación objetiva; (b) la posición de garante como fundamento de la autoría en la omisión impropia; y, (c) la *culpa in vigilando* como fundamento de la responsabilidad jurídico – penal del omitente.

En lo que respecta al primer punto, afirmar que, si hipotéticamente la conducta omitida, con una seguridad rayana a la certeza, hubiese evitado el resultado, implica, *per se,* afirmar por un lado que la conducta es causal del resultado, y por otro lado, imputar objetivamente el resultado al omitente, conllevaría a confundir los presupuestos de una categoría ontológica (como la relación de causalidad) con una normativa (la imputación objetiva). En efecto, la relación de causalidad implica un nexo lógico, en el plano del ser, entre la conducta y el resultado. En cambio, la imputación objetiva denota una atribución normativa – valorativa, en primer lugar del carácter típico de la conducta, y en segundo lugar, el resultado como obra del sujeto activo. Por lo que, tanto la causalidad como la imputación objetiva requieren presupuestos diferentes, que no pueden ser confundidos. Lo afirmado también puede ser aplicado a la causalidad hipotética, puesto que, aún si su naturaleza es especial o sui generis, su finalidad era establecer un nexo óntico entre la omisión con el resultado, por lo que, es totalmente ajeno a la naturaleza de la imputación objetivo aplicable al tipo objetivo de las categorías dogmáticas: lesión / peligro; mera actividad / resultado; tentativa / consumación; autoría / participación: conductas vinculantes / conductas neutrales, etc.

Asimismo, en lo que respecta al segundo punto, es mantener una perspectiva ontológica, el afirmar que, la omisión es diferente a la acción en el plano del ser, y que, por ende, estructuralmente (en sede del tipo) también son distintos; y ello porque la omisión impropia es un delito especial, porque autor solamente puede ser garante. Frente a ello, nuestra posición es totalmente opuesta a ésta; y ello porque (1) no cabe diferenciar, en el mundo del ser, acciones con omisiones, porque ontológicamente sólo se dan actividades positivas; (2) la expresión *omisión* denota una valoración, la cual, es relevante para el Derecho penal, cuando se da a nivel del tipo; (3) el contenido de un tipo penal puede denotar que su configuración se de o solamente por acción, o bien, por omisión; aunque también puede implicar que tanto por acción como por omisión, el mismo puede ser configurado; (4) que la omisión no presenta, *per se*, un autor especial, porque la determinación del autor se da a través de lo expresado en el tipo penal. Por ende, nuestra posición es normativa – valorativa, que respecta el principio de legalidad, al ceñirnos, exclusivamente, en el tipo penal.

El tercer punto, nuestra divergencia es mayor, porque en un sistema penal funcional, la responsabilidad no surge por la falta de vigilancia; afirmar lo contrario, implicaría desconocer la naturaleza de la persona, como ser libre y detentador de roles.

- **PREGUNTA N° 07**

  ¿Considera Ud. que los operadores jurídicos cuentan con el aparato conceptual necesario para el análisis de la omisión impropia?

CUADRO N° O7

CRITERIOS	NÚMERO	PORCENTAJE
Si	16	16%
No	84	84%

GRÁFICO N° O7

FUENTE: ENCUESTA PROPIA



ANÁLISIS

El 84% de los encuestados consideran que los operadores jurídicos no cuentan con un marco conceptual adecuado, para el análisis de la omisión impropia. Y ello es, obviamente, una de las causas principales porque se han estado dictando fallos inadecuados por parte de nuestro sistema judicial.

Y ello se explica, porque, mayoritariamente, las investigaciones jurídicas se centran en determinados tópicos (ej.: las medidas alternativas a la pena privativa de libertad, los criterios de oportunidad, etc.), descuidándose otras materias igualmente importantes (ej.: la omisión, la responsabilidad penal por productos defectuosos, la imputación objetiva, subjetiva y personal, etc.).

Inclusive, el tema materia de la presente investigación, hasta el momento en que la misma se está redactando, no ha sido objeto de alguna tesis tanto de pre, como de post grado; y ello lo revela los antecedentes investigativos que en el primer capítulo se han especificado. Sólo se tiene información de la tesis José Caro, titulada "Imputación Objetiva" y de Paredes Vargas, titulada "Imputación Objetiva en el Derecho Penal", sustentadas ambas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Sin embargo, solamente dos investigaciones referidas a la imputación objetiva no son suficientes (sin mencionar la falta de estudios relacionados con la omisión); lo que conlleva a afirmar que, en nuestro medio, los operadores jurídicos no cuentan con un marco conceptual adecuado para el tema de la imputación objetiva en la omisión impropia; por lo que, sólo les cabe recurrir a los manuales y tratados preferentemente de autores extranjeros, conllevando esto dos riesgos: (1) el contar con los recursos para la adquisición de estos materiales; y, (2) el realizar los respectivos distingos en el estudio de los mismos, debido que, los autores, en principio, han aplicado sus teorías en el marco del Derecho positivo de su país.

- **PREGUNTA N° 08**

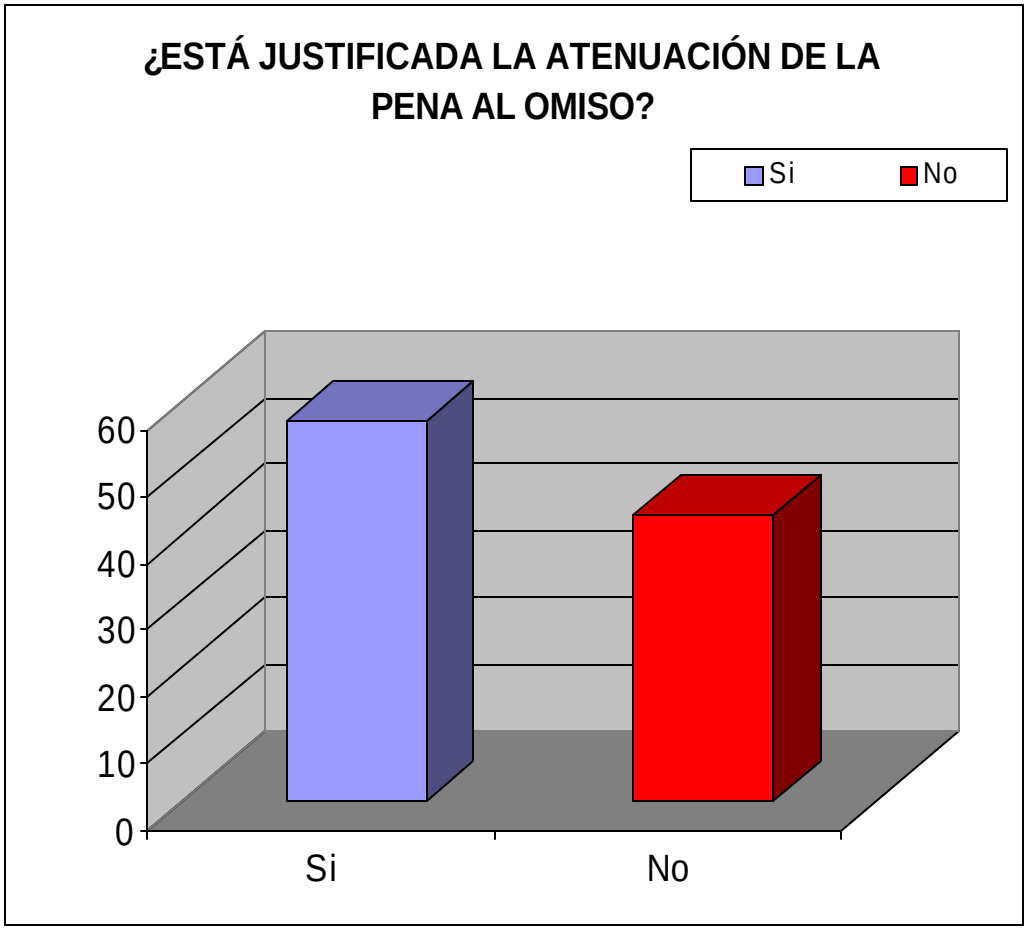
  ¿Considera Ud. que está justificada la atenuación facultativa al omiso, establecido en el artículo 13º del Código Penal?

CUADRO N° O8

CRITERIOS	NÚMERO	PORCENTAJE
Si	57	57%
No	43	43%

GRÁFICO N° O8

FUENTE: ENCUESTA PROPIA



ANÁLISIS

Probablemente el tema de la atenuación facultativa de la pena al omiso sea uno de los temas más discutidos (y ello es natural, siempre en materia de *quantum de la pena*, las voces se dividen).

En ese sentido, el 57% de los encuestados consideran que si está justificada la atenuación de la pena al omiso, y ello se debe, a la, aparente, menor gravedad que presenta la omisión frente a la acción; esto es, que valorativamente, no es igual abstenerse de algo que realizar algo, en perjuicio del bien jurídico; lo primero, denotaría una mayor intensidad y dañosidad social.

Esta postura mayoritaria guarda relación con aquellas tendencias que afirman que la no evitación de la lesión del bien jurídico sería menos grave que su producción a través de un comportamiento activo; que la energía delictiva o criminal en las omisiones puede ser inferior que en los comportamientos activos (mientras que en la comisión la voluntad se dirige a la consecución del resultado, en la omisión se deja que éste devenga); que la culpabilidad del sujeto en la omisión puede ser menor a la que presenta cuando delinque activamente, pues, por ejemplo, la lesión de un deber de actuar no es por lo general tan grave como la lesión de una prohibición de actuar.

Por otro lado, la posición minoritaria (y solamente tiene ese status por un margen de 14 puntos) se basa en la identidad entre la acción con la omisión (por ejemplo, según los encuestados, por el efecto que genera: la afección a un bien jurídico), por lo que, no debe proceder atenuación alguna de la pena.

Frente a ello, nuestra posición ha sido que, tal atenuación no debe proceder (ni siquiera legislativamente), dado que, la relación que existe entre el comportamiento omisivo al que se le imputa el resultado y el resultado imputado tiene idéntico fundamento e igual desvalor que los que corresponderían a la producción de ese mismo resultado mediante un comportamiento activo.

En efecto, si se considera que en el plano normativo, el modelo de imputación de responsabilidad jurídico – penal se da sobre la base de roles, entonces es irrelevante inquirir si un concreto rol se inobservó por acción o por omisión, puesto que, ambas tienen la misma eficacia perturbadora: el quebrantamiento de los roles o deberes de la persona; por lo que, entre ambas no hay una mera equivalencia, sino una identidad. Y en ese sentido, no cabe justificar la atenuación facultativa a la pena del omiso.

B) FICHAS DE ESTUDIO DOCUMENTAL

Como se indicó al inicio de este capítulo, aparte de encuestar, se han analizado una serie de sentencias expedidas por la Corte Suprema con relación al tema que nos ocupa. Los datos fueron evacuados a esta ficha de estudio documental (ver Anexo IV) y analizados. Sin embargo, todo el análisis respectivo ha sido presentado en el capítulo anterior, esto es, en el ítem que

corresponde al estudio de la jurisprudencia emitida por nuestra Corte Suprema, por lo que, para evitar repitencia, nos remitimos a lo señalado en el ítem correspondiente.[598]

3.4.2 COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

A lo largo de la investigación, y tomando en cuenta lo comentado por la doctrina especializada, lo regulado en el Derecho positivo (tanto nacional como internacional), lo pronunciado por nuestra Corte Suprema, y lo opinado por nuestros encuestados, nos permite afirmar que, antes de ingresar al análisis de la omisión, se debe, partir de la distinción, entre el mundo del ser con el de las valoraciones.

En ese sentido, sólo en el plano del ser (ontológico) se dan actividades positivas, es decir, acciones, dado que, sensorialmente no se pueden percibir omisiones. Más bien, el calificativo de "omisión" nace y se desarrolla en el plano de las valoraciones, es decir, una acción realizada, puede generar en el observador, la ***valoración*** de que la persona ***omitió*** algo; es el sentido que se le da a lo realizado por el sujeto.

Y si queda aceptada que la omisión se da, únicamente, en el plano de la valoración, implica que, la omisión penalmente relevante será aquella, por la cual, el juicio de valoración ocurre en sede de la norma penal. Es decir, la ubicación de la omisión, desde lo que le interesa al sistema penal, no está en el ser, sino en el tipo penal.

Frente a ello, el operador jurídico, cuando trabaje con el específico tipo penal, necesitará de criterios o indicadores, para determinar si la persona omitió o no una determinada prestación (a favor del mantenimiento de un bien jurídico o expectativa propia de la identidad normativa de la sociedad).

Consideramos que, estos criterios son los brindados por la teoría de la imputación, la cual, presenta como vertientes a la imputación objetiva, subjetiva y personal. Sin embargo, como la base del estudio de la omisión lo hallamos en el tipo, y como tal estudio se inicie en el aspecto objetivo del tipo, es menester solamente basarnos en la imputación objetiva (pero, dejando asentado que, además, deberá ser aplicado las reglas de la imputación subjetiva y personal).

El no tomar en cuenta a la imputación objetiva, conllevará a posiciones sesgadas que busquen en categorías ontológicas (dicotomía entre a y no – a, nexo causal, posición de garante, etc.), el asiento para el análisis de la omisión (cuando la misma es una categoría normativa que se valora en sede del tipo penal respectivo). Y este riesgo se ve latente en los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema, los cuales, como se han visto anteriormente, no han podido aprehender la naturaleza tanto de la omisión impropia, así como, de la imputación objetiva.

---

[598] **Ver, supra 2.5**

Lo señalado, permite afirmar que se ha comprobado las hipótesis que en la presente investigación se han formulado:

- **HIPÓTESIS PRINCIPAL**

  "La imputación objetiva presenta los criterios materiales más adecuados que permiten establecer si una omisión corresponde a la realización del tipo penal de acción, coadyuvando al dictado de pronunciamientos jurisdiccionales con fundamentaciones lógicos - normativos".

Se comprueba, por un lado, en la racionalidad y utilidad que brinda un modelo de imputación de responsabilidad basado en roles, el cual, no distingue los delitos desde una perspectiva naturalista: acción / omisión, sino normativa: competencia por organización / competencia institucional. Y por otro lado, por la misma exigencia de nuestros operadores jurídicos, los cuales, afirman que, para el dictado de pronunciamientos razonables, requieren de criterios normativos – valorativos que aprehendan la naturaleza de la determinación de una conducta como típica (imputación del comportamiento), así como, la atribución de un resultado a su autor (imputación del resultado).

- **HIPÓTESIS SECUNDARIA No. 01**

  "El porcentaje de sentencias que, adecuadamente, han fallado en causas relativas a la presencia de omisión impropia en la Corte Suprema de Justicia del Perú durante el período 1997 - 2005 es mínimo".

Se comprueba, a través del análisis realizado a la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de omisión impropia y de imputación objetiva, en donde se advierte la falta de una argumentación clara, coherente y válida, que supere el juicio de logicidad; sino que, por el contrario, se aprecia la presencia de fórmulas genéricas y carentes de contenido y utilidad, afectando los pilares del Estado de derecho, el cual, exige pronunciamientos acorde a Derecho.

- **HIPÓTESIS SECUNDARIA No. 02**

  "Mediante criterios materiales propios de la imputación objetiva se podrá determinar si la no realización de una determinada conducta pudo o no disminuir o desaparecer el riesgo al bien jurídico, de esta manera se facilitará la administración de justicia en los casos de comisión por omisión"

Se comprueba, a través por la misma eficacia que la moderna teoría de la imputación objetiva ha brindado (y ha sido aceptada mayoritariamente por la doctrina), esto es, la afirmación, desde un plano normativo, que una persona puede crear un riesgo prohibido o aumentar uno ya existente, tanto por acción, como por omisión (si se partía de un plano naturalista, no se podía afirmar esto, dado que, la omisión *per se* no crea nada); siendo de gran utilidad en la labor de los operadores jurídicos.

CONCLUSIONES

1. Según los datos obtenidos del trabajo de campo, así como, de las corrientes doctrinales estudiadas, se tiene que, es la imputación objetiva la que presenta una mejor gama de criterios normativos para establecer si una omisión corresponde a la realización de un tipo penal de comisión; de esta manera, se ha comprobado la hipótesis de trabajo planteada en la presente investigación.

2. En lo que respecta al trabajo de campo, el 72% de los encuestados estiman que los fallos emitidos por la Corte Suprema sobre la omisión impropia no se han basado en criterios lógicos y normativos adecuados, como puede ser la correcta aplicación de criterios de la imputación objetiva. Y esto se corresponde con el 84% de los encuestados que consideran que los operadores jurídicos no cuentan con el aparato conceptual necesario para el análisis de la omisión impropia.

3. En lo que se refiere a las doctrinas investigadas en materia de omisión, las mismas dividen sus opiniones sobre la base del método de estudio de las categorías jurídico – penales; así tenemos: Ontologicismo y el Normativismo. Y el estudio pormenorizado de éstas coadyuvó a clarificar, por un lado, la naturaleza de la omisión, y por otro lado, el problema de investigación: la determinación de los criterios materiales adecuados para el análisis jurisprudencial de la omisión.

4. Lo ontológico es lo referente al conocimiento del ser y que no puede confundirse con lo fáctico o lo real. Los entes pueden ser reales o ideales. La consideración por parte del Derecho de la realidad, objeto de su regulación, no implica, por sí misma, la vinculación del mismo a estructuras lógico – objetivas. En cambio, el normativismo establece la necesidad de que el Derecho Penal trabaje con conceptos normativos y abandone definitivamente los criterios ontológicos, lo cual encontrará su aplicación dentro de cada una de las categorías del delito.

5. Desde una perspectiva ontológica o naturalista, la omisión es aquella modalidad del comportamiento humano (diferente a la acción, en un relación de a y no – a) que consiste en un no hacer (intransitivo) o un no hacer algo (transitivo). la cual, a mérito de un nexo de causalidad hipotética, es la causa, por la cual, el resultado no se evitó, sino que, por el contrario, se realizó, debiéndose responsabilizar a la persona porque tenía el deber jurídico o posición de garante (ya sea que la ley o el contrato lo establezca, o bien, por su relación frente al bien jurídico) de evitar el resultado. Este tipo de tendencia conduciría a justificar la mera equivalencia o correspondencia de la omisión con la acción, dado que, al ser estructuralmente diferentes, sólo cabría una semejanza entre éstas, en aras de la punibilidad de la omisión impropia y el respeto al principio de legalidad.

6. Desde una perspectiva normativista, la omisión no se presenta en el plano del ser, por lo que, no cabe diferenciarlo con la acción, sino que,

la omisión es una valoración realizada al comportamiento del sujeto con relación a lo descrito en el tipo penal, cuyo contenido delimita el juicio de imputación objetiva del comportamiento, así como, del resultado típico, sin la necesidad de exigir un elemento especial, exclusivo y excluyente, como la posición de garante. Este tipo de tendencia justificaría el argumento que, entre acción y omisión puede darse una identidad a nivel de un determinado tipo penal.

7. Doctrinalmente, es preferible la perspectiva normativista, dado que, la omisión (relevante para el sistema penal) es el resultado de una valoración normativa cuyo referente es el material fáctico en el proceso de adscripción a un determinado tipo penal. En efecto, en el plano del ser solamente hay actividades positivas, la afirmación de que *algo* se omitió es una valoración que un tercero realizó del obrar de una persona; tomando, para ello, el tercero un punto de referencia.

8. La omisión, en el marco del Derecho penal, debe ser entendida como la abstención típica de una prestación positiva encaminada, o bien, al cumplimiento de su deber negativo: la revocación de los efectos dañosos que su ámbito de organización ha originado a esferas de organización ajenas, o bien, al cumplimiento de su deber positivo: la prestación a un círculo de organización ajeno su apoyo; defraudando expectativas normativas recogidas en un determinado tipo penal.

9. Mediante la referencia a roles, así como, por el ámbito de regulación del tipo penal, la omisión presentaría una identidad con la comisión, la cual, para su relevancia típica requiere de los mismos elementos. En suma, lo relevante no es determinar si fue la acción o la omisión lo que configuró el tipo penal, sino una imputación de responsabilidad sobre la base de roles (los cuales, implícitamente, forman parte del contenido de un determinado tipo penal)

10. La responsabilidad penal no puede ser distinguida sobre la base de la apariencia externa de la conducta (si el sujeto realizó una acción, o bien, una omisión); por el contrario, se requiere de una razón normativa, y es precisamente dentro de la teoría de la imputación objetiva en donde se lleva a cabo la determinación de una conducta típica y, según el tipo penal, la materialización de un resultado. Y para ello, se deberá distinguir entre delitos producidos por la creación o administración de un riesgo común (delitos derivados del status general de ciudadano, el cual, forma parte, implícitamente, del contenido del tipo penal) y aquellos otros que derivan de deberes especiales establecidos por el ordenamiento jurídico frente a determinado bien (delitos en virtud de una institución, la cual, descansa un rol específico que, también, forma, implícitamente, parte del contenido del tipo penal).

11. El modelo de imputación sobre la base de roles aquí expuesto, no parte de los presupuestos metodológicos de Gunther Jakobs. En efecto, si bien se admite que fue este jurista alemán quien introdujo en el análisis jurídico – penal la figura de los “roles”, su punto de partida es la

funcionalización de lo que se entiende por persona sobre la base de lo impuesto por el colectivo social; es decir, la sociedad determina quien es o no "persona", y en ese sentido, le impone roles a fin de garantizar las expectativas normativas de la sociedad (intereses aceptados como vitales por la comunidad, colectivo o sociedad). Frente a ello, consideramos que se puede llegar a formular la importancia, en el análisis jurídico – penal, de los "roles", pero desde otra perspectiva, diferente a lo de Jakobs.

12. El modelo de imputación sobre la base de roles aquí expuesta, descansa sobre dos bases: (a) filosófica, y, (b) jurídica.

13. La base filosófica del modelo de imputación sobre la base de roles parte de que el ser humano detenta, por su capacidad racional, una autonomía privada, y por su capacidad de razonabilidad, una autónoma política, las cuales, permiten afirmar que es una persona '*libre*", (Rawls); pero no sin una referencia a lo social (como lo postulaba Kant), sino ligado a la configuración de una determinada sociedad (Hegel), por el cual le reconoce (en una relación dialéctica) como libre para participar en aquellos procesos de relación intersubjetiva, a fin de materializar sus expectativas, en una realidad social que las personas construyen (Searle)**.**

14. La base filosófica nuestra considera que tanto el Estado y la sociedad y el Derecho, deben de estar al servicio de las personas, entendidas como individuos libres, que aspiran a su autorrealización. El Derecho no puede ser un sistema cerrado, que sólo garantice sus propias normas.

15. Nuestra base filosófica parte, por un lado, de la libertad (entendida valorativamente), y por otro lado, de lo realizado a través de la conducta humana (el material fáctico, el mismo que no se equipara con lo "ontológico". Esta correlación entre lo valorativo y lo fáctico llena de contenido al denominado principio de la "***autorrealización***"**;** es decir, la persona humana, en tanto *"ser libre"* se comporta, se proyecta, actúa, por su propia naturaleza, a la satisfacción de sus propios intereses, al desarrollo de su libertad, a su realización como persona.

16. El principio de la autorrealización, también admite que el ejercicio de libertad puede generar *costes* como, por ejemplo, la afectación de los intereses de otros sujetos libres (personas) que también postulan "autorrealizarse"; y, frente a ello, aparejado a la "autorrealización", está la asunción "responsabilidad" por ejercicio de la misma.

17. El principio de ***"(auto) responsabilidad***", permite respetar a los demás como *"seres libres",* y por ende, toda afectación a sus esferas de libertad no debe ser permitida. Sin embargo, cómo determinar tal afectación. Al respecto, a través del reconocimiento (en nuestra libertad) de "roles", "normas", "deberes", se podrá delimitar cuándo una persona es o no responsable; y ello no implica desconocer su "libertad", dado que, es un valor innato en su conducta, dejaría de ser libre cuando no

pueda exteriorizarla en ningún sentido.

18. La base jurídica del modelo de imputación sobre la base de roles aquí expuesta descansa en los lineamientos de nuestra Constitución Política del Estado.

19. En primer lugar, porque postula que la persona humana es un "ser libre", esto es, cuya conducta es ejercicio de libertad, de "autorrealización" (art. 2.1 Const.: *Toda persona tiene derecho a su libre desarrollo*).

20. En segundo lugar, porque precisa que es la "persona" quien configura a la sociedad, y no a la inversa (art. 1º de la Const.). Y si se pregunta, quién es persona, la respuesta es, aquel que es libre, y lo manifiesta a través de su conducta, y en forma dialéctica, conlleva un reconocimiento de los demás (la colectividad) de que todos somos individuos libres; todo esto, en aras de que cada persona tenga la posibilidad de autorrealizarse a través de los procesos de relación intersubjetiva.

21. En tercer lugar, porque, a pesar de reconocer a la persona como "sujeto libre y base de lo social", le impone "deberes", "**roles**", los cuales, aparejan "responsabilidades". Así, el artículo 38º de la Const. Precisa: "Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación".

22. Filosófica y normativamente, la imposición de roles o deberes a las personas, pueden tener como punto de partida, entender a la persona como sujeto libre, y como contrapeso a su autorrealización está su responsabilidad, la cual, puede ser delimitada normativamente (sobre la base de deberes y roles).

23. El modelo de imputación sobre la base de roles es legítimo en un Estado social y democrático de derecho, puesto que, en el mismo se reconoce a toda persona como *ser libre*, que requiere de su realización en una sociedad determinada; pero para ello, debe permitir que los demás también logren sus autorrealizaciones; por lo que, la Constitución, permite la imposición de roles o deberes a las personas, a fin de posibilitar las realizaciones personales en el marco de una sociedad libre y garantista; y esto al ser recogido por el sistema jurídico, configura la denominada *identidad normativa de la sociedad*. En ese orden de ideas, estos roles o deberes forman parte, al menos implícitamente, del contenido de los tipos penales (marcos de expresión de la expectativa defraudada).

24. El modelo de imputación sobre la base de roles conlleva, la necesidad de afirmar que, para la atribución de consecuencias jurídico – penales a una persona, se requiere, además, del empleo por parte de los operadores jurídicos de criterios normativos; caso contrario, se puede caer en el error, que lo fáctico, *per se,* es lo prescriptivo. Por tanto, en

nuestro modelo, los roles constituyen un criterio "necesario", pero no "suficiente", requieren ser complementados con instrumentos normativos – valorativos.

25. Los criterios normativos a que se ha hecho referencia, giran entorno a la idea de "riesgo", esto es, que se valore la conducta de la persona, como el origen de un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual, puede ser relacionado con el resultado acaecido. Por tanto, el modelo de imputación aquí propuesto, emplea criterios socio – normativos. Lo social, a través de la referencia a los roles que en una realidad social, construida por las personas en ejercicio de su libertad, se le atribuyen a las personas, y de esta forma permitir que cada individuo participe en los procesos de relación y contactos subjetivas, en aras de su autorrealización. Lo normativo, al establecer que el Derecho penal, imputa sus efectos a la persona no sólo por un ejercicio de su rol defectuoso en la sociedad, sino porque ello, valorativamente, implica la creación de un riesgo no tolerado por el ordenamiento jurídico.

26. El empleo de criterios socio – normativos se da en el seno de la imputación jurídico – penal; y en el marco del tipo objetivo, estas herramientas encuentra su campo de aplicación en la imputación objetiva.

27. La imputación objetiva descansa en el principio de autorresponsabilidad y su campo de aplicación se ve favorecida por el análisis de los roles de las personas (entendidas como sujetos libres) y el empleo de criterios normativos - valorativos. Por tanto, el quid del asunto no descansa, por un lado, en establecer si fue por acción o por omisión lo que originó el resultado lesivo, ni por el otro lado, en buscar una relación de causalidad entre la conducta y el resultado; sino, por el contrario, en la atribución de responsabilidad, en la imputación de las consecuencias dañosas (costes) al comportamiento de un sujeto, a cómo ejercicio su libertad y cómo el mismo afectó esferas de libertad de otros, y para ello, la verificación del cumplimiento de roles o deberes es una herramienta de valiosísima ayuda.

28. La imputación objetiva, tal cual, nosotros la entendemos, no presenta un campo de aplicación extralimitada, no es la búsqueda del quebrantamiento de un rol social, sino de expectativas normativas, recogidas en un tipo penal, el cual, ha sido diseñado por el legislador pensando en que la esfera de libertad de una persona puede afectar la de otros.

29. Al partir de estos presupuestos genera situar el análisis normativo en el concreto tipo penal, entendiendo que, por el ámbito de regulación de un tipo penal determinado (su sentido valorativo), puede el mismo configurarse tanto por acción, como por omisión, puesto que, las mismas no presentan una mera equivalencia sino una idéntica típica, traducida en la infracción de un rol o deber (genérico o específico). En ese sentido, no es necesario buscar un equivalente del nexo causal en

la omisión (como se pretendía a través de la causalidad hipotética), puesto que, los criterios de creación de un riesgo prohibido, así como, la realización del riesgo en el resultado, propios de la imputación objetiva, son aplicables tanto a la acción, como a la omisión, puesto que, el referente no es la presentación externa (naturalista) de la conducta, sino la clase de rol infringido, el cual, es recogido en el tipo penal.

30. Un modelo de imputación sobre la base de roles implica la eliminación de la posición de garante como elemento especial, exclusivo y excluyente de la omisión impropia, la cual, impedía la afirmación de identidad entre la omisión con la acción (sino permitía, a lo sumo, su mera equivalencia). Por el contrario, entender que, tanto en los delitos de competencia por organización, así como, por competencia institucional, la persona está sujeta a roles, genéricos o específicos respectivamente, permitirá afirmar que la calidad de garante o portador de roles o deberes es un elemento común en la taxonomía de los delitos, conllevando a sustentar la identidad entre acción y omisión.

31. La normatividad jurídica nacional regula la omisión impropia en el artículo 13º del Código Penal, el cual, exige que para la equivalencia de la omisión con la acción y la adecuación de la primera en un tipo penal de hacer, se requiere, o bien, que el sujeto tenga el deber jurídico de evitar el resultado, o, si precedentemente ha realizado una conducta peligrosa (injerencia). En cualquiera de estos casos, procede una atenuación facultativa de la pena.

32. La redacción del artículo 13º del Código Penal en vez de coadyuvar a la solución del problema de investigación, por el contrario, la agrava, por las siguientes razones: (a) pretende fundar la responsabilidad penal en la figura de la posición de garante, la cual, además de partir de concepciones ontológicas, presenta un contenido difuso y sin consenso doctrinal; (b) ha separado de la posición de garante la figura de la injerencia, cuando, doctrinalmente, la última está implicada en la primera, a través de una relación especie – género; (c) mantienen aquella posición que ve como irreconciliable la omisión con la acción, exigiendo solamente una equivalencia entre ambas, a través de la posición de garante que por su naturaleza (elemento especial, exclusivo y excluyente en la omisión impropia) en vez de enlazarlos los distingue más; y, (d) consecuencia de esta diferenciación es estimar que el injusto penal realizado por omisión es menor que el realizado por comisión, por lo que, procedería la atenuación facultativa de la pena.

33. La derogación del artículo 13º del Código Penal no implicaría una afectación al principio de legalidad, puesto que, si se admite la identidad entre la acción con la omisión en el ámbito valorativo o de regulación de un concreto tipo penal, entonces se estaría salvando el, aspecto formal, del principio de legalidad; por otro lado, fundar el sentido de la norma penal en el modelo de imputación sobre la base de roles (valedero tanto para la acción, así como, para la omisión), permitiría respetar el, aspecto material, del principio de legalidad.

34. El problema de la insuficiencia de criterios adecuados en el análisis jurisprudencia de la omisión impropia, parte del marco positivo nacional, el cual, no se adscribe a aquella tendencia que considera que la comisión por omisión se desprende directamente de los tipos de la parte especial que pueden ser realizados tanto en forma activa como pasiva, según el tipo de rol infringido y el ámbito de regulación del propio tipo penal; dejándose, además, la determinación de la pena a las reglas generales valorados discrecionalmente por el Juez.

35. Frente a esta situación normativa, no es resuelta, tampoco, por la jurisprudencia de nuestros tribunales, específicamente de la Corte Suprema, por las siguientes razones: (a) la confusión de categorías jurídicas, como por ejemplo, la causalidad hipotética con la imputación objetiva; (b) la equivalencia entre la omisión con la acción a través de una figura que funcionalmente no es acorde con esta equivalencia, esto es, la posición de garante, la cual, se la entiende como un elemento especial, exclusivo y excluyente de la omisión impropia; y, (c) manejo inadecuado de los criterios de imputación objetiva, ya sea, por describir escuetamente el material fáctico en que este juicio va a incidir, o bien, no indicando ni los presupuestos que parten para la aplicación de este juicio normativo – valorativo, así como, las razones por las cuales un criterio de imputación objetiva se aplican al caso concreto.

36. En lo que respecta a la legislación comparada, el problema de investigación ha originado tres tendencias legislativas: (a) regulación de la omisión impropia en la Parte General del Código Penal, como una simple equivalencia con la acción; (b) elaboración en la Parte Especial del Código Penal, tanto de tipos penales de acción, como de omisión impropia, manteniendo aquella postura de la irreconciliabidad de ambas figuras, y la necesidad de tipificar todo elemento de la omisión en aras del principio de legalidad; y, (c) centrar el análisis de la acción como la omisión en el sentido de un concreto tipo penal, al entender que ambas presentan una identidad típica, que permitan su intercambiabilidad.

37. Por tanto, la fórmula propuesta en la presente investigación es; (a) libertad de la persona, (b) tipo penal, (c) inobservancia de roles (ámbito social) riesgos no permitidos (ámbito normativo – valorativo), y, (d) la imputación objetiva; en donde acción u omisión, normativamente, pueden presentar más que una equiparación, una identidad valorativa – típica.

RECOMENDACIONES

1. Para resolver en sede doctrinal, cuestiones referidas a la responsabilidad por omisión, se recomienda partir ubicándola como el resultado de un juicio de valoración referente al ámbito de regulación de un determinado tipo penal, el cual, parte de la recepción de roles o deberes (genéricos o específicos) impuestos, constitucionalmente, a cualquier persona, a fin que, como ser libre, pueda autorrealizarse en sociedad, sin perjudicar la realización de otras personas. Ello permitirá elaborar un modelo de imputación de responsabilidad sobre la base de roles, en donde, lo relevante no es diferenciar la conducta en acción y omisión, sino los delitos en: competencia por organización y competencia institucional. Este modelo constituirá la base que permitirá analizar la tipicidad, y luego las restantes categorías del delito, así como, los supuestos de tentativa y consumación, y, autoría y participación.

2. En lo que respecta al Derecho positivo nacional, se recomienda derogar el artículo 13º del Código Penal, el cual, solamente cumple una función declarativa innecesaria en un modelo de imputación de responsabilidad sobre la base de roles, puesto que, lo relevante es el sentido valorativo del tipo penal, el cual, permite, según el contorno de un concreto tipo penal, la identidad entre la acción con la omisión, como medios idóneos para el incumplimiento de roles que impliquen la defraudación de expectativas propias de la identidad normativa de la sociedad; por lo que, lo relevante es determinar el tipo de rol, sus contornos y ámbitos de aplicación.

3. En lo referente a la jurisprudencia nacional, se recomienda que la misma trabaje con supuestos de imputación objetiva, puesto que, presenta criterios materiales más adecuados, los cuales, permiten establecer si una omisión (impropia) encuadra en el sentido valorativo o ámbito de regulación de un determinado tipo penal, coadyuvando al dictado de pronunciamientos jurisdiccionales con fundamentaciones lógicos – normativos.

BIBLIOGRAFÍA

AA.V.V., "INFORME SOBRE LAS DISCUSIONES DEL SEMINARIO: *PRESENTE Y FUTURO DE LA DOGMÁTICA PENAL EUROPEA. LA APORTACIÓN ALEMANA".* En: *Sobre el estado de la teoría del delito,* Editorial Civitas, Madrid – España, 2000.

ALCACER GUIRAO, Rafael. "¿PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS O PROTECCIÓN DE LA VIGENCIA DE LA NORMA?. CONSIDERACIONES SOBRE EL DESTINATARIO DE LA NORMA". En: *Rev. Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 02, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2001.

ALCACER GUIRAO, Rafael. "SOBRE EL CONCEPTO DE DELITO: ¿LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO O LESIÓN DE DEBER?, Editorial Ad – Hoc, Buenos Aires – Argentina, 2003.

ARISTÓTELES. "ÉTICA A NICÓMACO", Traducción de Araujo / Marías, Instituto de Estudios Políticos, Madrid – España, 1970.

ARISTÓTELES. "METAFÍSICA", 10ma. Edición, Editorial Porrúa, México D.F – México, 1987.

ARLUCEA, Esteban. "LECCIONES DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO", Editorial Comares, Granada – España, 1999.

BACIGALUPO, Enrique. "DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN", Ediciones Pannedille, Buenos Aires – Argentina, 1970.

BACIGALUPO, Enrique. "LINEAMIENTOS DE LA TEORÍA DEL DELITO", Editorial Hammurabi, Buenos Aires – Argentina, 1989.

BACIGALUPO, Enrique. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Rev. de Colegio de Abogados Penalistas de Caldas*, Manizales – Colombia, 1992.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "LA REGULACIÓN DE LAS CONDUCTAS OMISIVAS EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL". En: Buompadre, Jorge Eduardo (Dir. y Coord.), *Derecho Penal y Procesal Penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez*, Buenos Aires - Argentina, 1997.

BACIGALUPO, Enrique. "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Cuarta edición, Editorial Akal, Madrid – España, 1997.

BALDÓ LAVILLA, Francisco. "ESTADO DE NECESIDAD Y LEGÍTIMA DEFENSA: UN ESTUDIO SOBRE LAS SITUACIONES DE NECESIDAD DE LAS QUE DERIVAN FACULTADES Y DEBERES DE SALVAGUARDA", Editorial Bosch, Barcelona - España, 1994.

BECCARIA, Cesare. "DE LOS DELITOS Y LAS PENAS", Edición Latinoamericana, Bogotá – Colombia, 1994.

BELING, Ernst. "ESQUEMA DE DERECHO PENAL", Editorial Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1944.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. "LINEAMIENTOS GENERALES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL TIPO DE OMISIÓN IMPROPIA". En: *Ponencia del XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología,* Córdoba – Argentina, 2003.

BOLEA BARDON, Carolina. "INTERRUPCIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA POR INTERVENCIÓN POSTERIOR DE TERCEROS". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1994.

BRAMONT – ARIAS TORRES, Luís Miguel. "LECCIONES DE LA PARTE GENERAL Y EL CODIGO PENAL", Editorial San Marcos, Lima – Perú, 1997.

BRAMONT – ARIAS TORRES, Luís Miguel. "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Santa Rosa, Lima – Perú, 2000.

BUNGE, Mario. "EN LA CAUSALIDAD. EL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD EN LA CIENCIA MODERNA", Editorial Sudamericana, Buenos Aires - Argentina, 1997.

BUSTOS RAMIREZ, Juan / HORMAZABAL MALAREE, Hernán. "SIGNIFICACIÓN SOCIAL Y TIPICIDAD". En: *Estudios penales y criminológicos* V, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela – España, 1981.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. "CONSIDERACIONES RESPECTO A LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN LA REFORMA PENAL LATINOAMERICANA". En: *Política criminal y reforma del derecho penal*, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1982.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Teorías actuales en el derecho penal*, Editorial Ad – Hoc, Buenos Aires – Argentina, 1998.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "OBRAS COMPLETAS", Volúmenes I y II, ARA Editores, Lima – Perú, 2004.

CALDERÓN CEREZO, Ángel / CHOCLÁN MONTALVO José Antonio. "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", Tomo I, 2da. Edición, Editorial Bosch, Barcelona – España, 2001.

CANCIO MELIÁ, Manuel. "LA TEORÍA DE LA ADECUACIÓN SOCIAL EN WELZEL". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 02, Editorial

Grijley, Lima – Perú, 1994.

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", Editorial Bosch, Barcelona – España, 1998.

CANCIO MELIÁ, Manuel. "LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y LA NORMATIVIZACIÓN DEL TIPO OBJETIVO". En: *El sistema funcionalista del derecho* penal, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2000.

CANCIO MELIÁ, Manuel. "ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *El Funcionalismo en el Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Gunther Jakobs,* Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 2003.

CARBONEL MATEU, Juan Carlos / PRATS CANUT, José Miguel. "OBSERVACIONES GENERALES SOBRE EL CÓDIGO PENAL DE 1995". En: *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Editorial Comares, Granada – España, 1999.

**CARO JOHN, José Antonio.
"LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA". En: *Comentarios a la jurisprudencia penal*, N° 01, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2003.**

**CARO JOHN, José Antonio.
" LA IMPUNIDAD DE LAS CONDUCTAS NEUTRALES. A LA VEZ, SOBRE EL DEBER DE SOLIDARIDAD MÍNIMA EN EL DERECHO PENAL". En: *Rev. Nueva Doctrina Penal*, N° 02, Buenos Aires – Argentina, 2005**

CASTALDO, Andrea R. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DELITO CULPOSO DE RESULTADO", Traducción de Antonio Bonnano, Colección Maestros del Derecho Penal, Nº 16, Editorial B de F, Montevideo – Uruguay, 2004.

CASTILLO ALVA, José Luis. "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2002.

CEREZO MIR, José. "ESTUDIOS SOBRE LA MODERNA REFORMA PENAL ESPAÑOLA", Editorial Tecnos, Madrid – España, 1993.

CEREZO MIR, José. "CURSO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL. II. TEORIA JURÍDICA DEL DELITO", sexta edición, segunda reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid – España, 2000.

CEREZO MIR, José. "ONTOLOGISMO Y NORMATIVISMO EN EL FINALISMO DE LOS AÑOS CINCUENTA". En: *Revista Peruana de*

***Ciencias Penales*, Nº 15, Editorial Idemsa, Lima– Perú, 2004.**

COBO DEL ROSAL, Manuel / VIVES ANTON, Tomás. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 5ta. Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia – España, 1999.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DELITO IMPRUDENTE". En: *Cuadernos del Consejo Judicial*, Nº XVI, Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1994.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "EL DELITO IMPRUDENTE. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DEL RESULTADO", 2da. Edición, Editorial B de F, Montevideo – Uruguay, 2005.

CORNACCHIA, Luigi. "CAUSA AD EXCLUDENDUM: LA PROBLEMÁTICA DE LA INTERRUPCIÓN DEL CURSO CAUSAL". En: *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Nº 02, Lima – Perú, 2001.

CUADRADO RUIZ, María Ángeles. "LA RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DE LOS DEBERES DEL EMPRESARIO: ANÁLISIS CRÍTICO DEL ARTÍCULO 363 DEL CÓDIGO PENAL", Editorial Bosch, Barcelona – España, 1998.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "EL DERECHO PENAL ESPAÑOL. CURSO DE INICIACIÓN. PARTE GENERAL. NOCIONES INTRODUCTORIAS. TEORÍA DEL DELITO / 1", 2da. Edición, Editorial Civitas, Madrid – España, 1996.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. "CAUSALIDAD DE LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 1995.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz María. "TIPICIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 1996.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. "LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA TEORÍA DEL INJUSTO EN ESPAÑA". En: *La imputación objetiva en el derecho* penal, Editorial idemsa, Lima – Perú, 1997.

DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. "CONSENTIMIENTO, BIEN JURÍDICO E IMPUTACIÓN OBJETIVA", Editorial Colex, Madrid – España, 1995.

DE VICENTE MARTINEZ, Rosario. "RESPONSABILIDAD PENAL DEL FUNCIONARIO POR DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE" (UNA CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL OMISIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS POR DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE)", Centro de Estudios Judiciales, Madrid - España, 1993.

DÍEZ, José Antonio / MOULINES, Carlos Ulises. "FUNDAMENTOS DE FILOSOFÍA DE LA CIENCIA" , Editorial Ariel, Barcelona – España, 1988.

DONNA, Edgardo Alberto. "TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA. 2. IMPUTACIÓN OBJETIVA", Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1995.

DONNA, Edgardo A. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA", Editorial de Belgrano, Buenos Aires – Argentina, 1997.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. "RESULTADO LESIVO E IMPRUDENCIA", Editorial Bosch, Barcelona – España, 2001.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL", Editorial Grijley, Lima – Perú, 2002.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. "DERECBO PENAL FUNDAMENTAL", Volumen II, 2da. Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1989.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. "EL DERECHO COMO LIBERTAD. PRELIMINARES PARA UNA FILOSOFIA DEL DERECHO", 2da. Edición, Universidad de Lima, Lima – Perú, 1994.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "DEFENSA DE LA PERSONA". En: *La Constitución comentada*, Tomo I, Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2005.

FERRAJIOLI, Luigi. "DERECHO Y RAZÓN: TEORÍA DEL GARANTISMO PENAL", Editorial Trotta, Valladolid – España, 1995.

FIANDACA, Giovanni / MUSCO, Enzo. "DIRITTO PENALE. PARTE GENERALE", Volumen I, 3ra. Edizione, Editorial Zanichelli, Bologna – Italia, 1995.

FIERRO, Guillermo Julio. "CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN. CASO FORTUITO. IMPUTACIÓN OBJETIVA. TENTATIVA. DELITOS E OMISIÓN, CULPOSOS Y PREINTENCIONALES. CAUSALIDAD CIENTÍFICA. DELITO IMPOSIBLE", Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 2001.

FIGUEROA ORTEGA, Iván José. "LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA EN LA LEGISLACIÓN PENAL VENEZOLANA". En: *Sistemas penales iberoamericanos. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo por su 65 aniversario*, ARA Editores, Lima – Perú, 2003.

FLETCHER, George P. / MUÑOZ CONDE Francisco. "CONCEPTOS BÁSICOS DE DERECHO PENAL", Editorial Tirant Le Blanch, Valencia – España, 1997.

FRISCH, Wolfgang. "TIPO PENAL E IMPUTACIÓN OBJETIVA", Editorial

Colex, Madrid – España, 1995.

FRISCH, Wolfgang. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA. ESTADO DE LA CUESTIÓN". Traducción de Robles Planas. En: *Sobre el estado de la teoría del delito*, Editorial Civitas, Madrid – España, 2000.

FRISCH, Wolfgang. "COMPORTAMIENTO TÍPICO E IMPUTACIÓN DEL RESULTADO", Editorial Marcial Pons, Madrid – España, 2004.

FRISCH, Wolfgang / ROBLES PLANAS, Ricardo. "DESVALORAR E IMPUTAR. SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL", Editorial Atelier, Barcelona – España, 2005.

GARCÍA CAVERO, Percy. "DERECHO PENAL ECONÓMICO. PARTE GENERAL", Ara Editores, Lima - Perú, 2003.

GARCIA NAVARRO, Edgard. "LINEAMIENTOS A LA ESTRUCTURA DEL TIPO DE OMISIÓN IMPROPIA EN LA LEGISLACIÓN PERUANA". En: *Ponencias del XVI Congreso latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de derecho penal y criminología*, U.N.M.S.M., Lima – Perú, 2004.

GIL GIL, Alicia. "PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA Y FUNCIÓN ÉTICO SOCIAL DEL DERECHO PENAL". En: Díez/ Romeo/Gracia/Higuera, *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, Editorial Tecnos, Madrid - España, 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDADES PENALES CON MOTIVO DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LAS IDEAS", Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia – España, 1983.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO Y CAUSALIDAD", Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid - España, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "¿QUÉ ES LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Estudios de derecho* penal, 3ra. Edición, Editorial Tecnos, Madrid – España, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "SOBRE LOS CONCEPTOS DE OMISIÓN Y COMPORTAMIENTO". En: *Estudios de derecho penal*, 3ra. Edición, Editorial Tecnos, Madrid – España, 1990.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "CAUSALIDAD, OMISIÓN E IMPRUDENCIA". En: *Cuadernos del Poder Judicial,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid – España, 1994.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "COMENTARIO AL ARTÍCULO 11 DEL CÓDIGO PENAL". En: *Comentarios al Código Penal*, Cobo del Rosal

(Director), Tomo I, Editorial EDERSA, Madrid – España, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "LA OMISIÓN IMPROPIA EN LA DOGMÁTICA PENAL ALEMANA. UNA EXPOSICIÓN". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales* Nº 09, Lima – Perú, 1999.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "LA CAUSALIDAD EN LA OMISIÓN IMPROPIA Y LA LLAMADA "OMISIÓN POR COMISIÓN", Editorial Astrea, Buenos Aires - Argentina, 2003.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "LA DISTINCIÓN ENTRE DELITOS PROPIOS (PUROS) Y DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN (O DE COMISIÓN POR OMISIÓN). En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 13, Lima – Perú, 2003.

GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. "TEORIA JURIDICA DEL DELITO", Editorial Civitas, Madrid – España, 1984.

GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. "CAUSALIDAD, IMPUTACIÓN OBJETIVA Y CUALIFICACIÓN DEL RESULTADO", Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1988.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor. "LOS DELITOS ESPECIALES", Tesis para optar el Grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, Barcelona – España, 2003.

GRACIA MARTIN, Luís. "DELITOS CONTRA BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES", Editorial Tirant Le Blanch, Valencia – España, 1993.

GRACIA MARTIN, Luis. "POLÍTICA CRIMINAL Y DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL DEL PROCESO DE REFORMA PENAL EN ESPAÑA". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 2, Editorial Cuzco, Lima - Perú, 1993.

GRACIA MARTIN, Luís. "LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL". En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid – España, 1995.

GRACIA MARTIN, Luis. "LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN". En: *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y Criminología*, UNED Madrid – España, 2001.

GRACIA MARTIN, Luís. "PROLEGÓMENOS PARA LA LUCHA POR LA MODERNIZACIÓN Y EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL Y PARA LA CRITICA DEL DISCURSO DE RESISTENCIA", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 2003.

GRACIA MARTIN, Luís. "EL FINALISMO COMO MÉTODO SINTÉTICO REAL-NORMATIVO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). Nº 06-07, 2004.

HASSEMER, Winfried. "PERSONA, MUNDO Y RESPONSABILIDAD. BASES PARA UNA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN EN DERECHO PENAL". Traducción de Muñoz Conde / Díaz Pita, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 1999.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. "FUNDAMENTOS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO", Traducción de Carlos Díaz, Editorial Libertarias, Madrid – España, 1993.

HERZBERG, Rolf Dietrich. "REFLEXIONES ACERCA DEL CONCEPTO JURIDICO PENAL DE ACCIÓN Y DE LA NEGACIÓN DEL DELITO PRETÍPICA". En: *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Luzón / Mir (Directores), Editorial Mc Graw Hill, Madrid – España, 1999.

HIRSCH, Hans Joachim. "ACERCA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 09, Lima – Perú, 1999.

HIRSCH, Joachim. "ACERCA DE LA TEORÍA IMPUTACIÓN OBJETIVA". Traducción de Pastor. En: *Derecho penal. Obras completas,* Tomo I, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires – Argentina, 2000.

HIRSCH, Hans Joachim. "LA DISPUTA SOBRE LA TEORÍA DE LA ACCIÓN Y DE LO INJUSTO, ESPECIALMENTE EN SU REFLEJO EN LA ZEITSCHRIFT FUR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT". En: *Derecho penal. Obras completas,* Tomo II, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires – Argentina, 2000.

HORMAZABAL MALARÉE, Hernán. "IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PRINCIPIO DE LESIVIDAD". En: *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Editorial Comares, Granada – España, 1999.

HRUSCHKA, Joachim. "REGLAS DE COMPORTAMIENTO Y REGLAS DE IMPUTACIÓN", Traducción de Baldó Lavilla. En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVII, Fascículo III, Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1994.

HRUSCHKA, Joachim. "LA CONDUCTA DE LA VÍCTIMA COMO CLAVE PARA UN SISTEMA DE LOS DELITOS PATRIMONIALES QUE LLEVAN CONSIGO SUSTRACCIÓN". En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 02, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2001.

HUERTA TOCILDO, Susana. "LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SU VERSIÓN JURISPRUDENCIAL". En: *La Ley,* Nº 03, Madrid – España, 1983.

HUERTA TOCILDO, Susana. "INJERENCIA Y ART. 489, 3, CP". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid - España, 1985.

HUERTA TOCILDO, Susana. "PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA OMISIÓN", Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1987.

HURTADO POZO, José. "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL I", era. Edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2005.

JAÉN VALLEJO, Manuel. "EL CONCEPTO DE ACCIÓN EN LA DOGMÁTICA PENAL", Editorial Colex, Madrid – España, 1994.

JAKOBS, Gunther. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL", Traducción de cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 1995.

JAKOBS, Gunther. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL", Editorial Civitas, Madrid – España, 1996.

JAKOBS, Gunther. "SOCIEDAD, NORMA Y PERSONA", Traducción de Cancio / Feijoo, Editorial Civitas, Madrid - España, 1996.

JAKOBS, Gunther. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL. FUNDAMENTOS Y TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN", Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Editorial Pons, Madrid – España, 1997.

JAKOBS, Gunther. "LA COMPETENCIA POR ORGANIZACIÓN EN EL DELITO OMISIVO. CONSIDERACIONES SOBRE LA SUPERFICIALIDAD DE LA DISTINCIÓN ENTRE COMISIÓN Y OMISIÓN". En: *Estudios de derecho penal,* Traducción de Peñaranda / Suárez / Cancio, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997.

JAKOBS, Gunther. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA, ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICO – PENALES DEL "RIESGO PERMITIDO", LA "PROHIBICIÓN DE REGRESO" Y EL "PRINCIPIO DE CONFIANZA". En: *Estudios de derecho penal,* Traducción de Peñaranda / Suárez / Cancio, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997.

JAKOBS, Gunther. "LA PROHIBICIÓN DE REGRESO EN LOS DELITOS DE RESULTADO. ESTUDIO SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICO – PENAL DE LA COMISIÓN". En: *Estudios de derecho penal,* Traducción de Peñaranda / Suárez / Cancio, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997.

JAKOBS, Gunther. "SOBRE LA GÉNESIS DE LA OBLIGACIÓN JURÍDICA". En: *Rev. Doxa*, Nº 23, Madrid – España, 2000.

JAKOBS, Gunther. "ACCIÓN Y OMISIÓN EN EL DERECHO PENAL", Traducción de Rey / Sánchez – Vera, Cuadernos de Conferencia y Artículos, Nº 23, Universidad Externado de Colombia, Bogotá - Colombia, 2000.

JAKOBS, Gunther, "EL OCASO DEL DOMINIO DEL HECHO: UNA CONTRIBUCIÓN LA NORMATIVIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS". En: *El sistema funcionalista del derecho penal*, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2000.

JAKOBS, Gunther*. "*LA OMISIÓN. ESTADO DE LA CUESTIÓN". En: *Sobre el estado de la teoría del delito,* Editorial Civitas, Madrid – España, 2000.

JAKOBS, Gunther. "TEORÍA Y PRAXIS DE LA INJERENCIA". En: *El sistema funcionalista del derecho penal*, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2000.

JAKOBS, Gunther. "LA NORMATIVIZACIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL EJEMPLO DE LA PARTICIPACIÓN". En: En: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid - España, 2001.

JAKOBS, Gunther. "CONSUMACIÓN MATERIAL EN LOS DELITOS DE LESIÓN CONTRA LA PERSONA. AL MISMO TIEMPO UNA CONTRIBUCIÓN A LA GENERALIZACIÓN DE LA PARTE ESPECIAL". Traducción de Cardenal Montraveta. En: *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Nº 03, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2002.

JAKOBS, Gunther. "SOBRE EL CONCEPTO DE DELITO CONTRA LA PERSONA". Traducción de Feijoo Sánchez. En: *Ponencia presentada en el IV Curso Internacional de Derecho penal*, Lima – Perú, 2002.

JAKOBS, Gunther. "LA IDEA DE LA NORMATIVIZACIÓN EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO – PENAL". En: *Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del Siglo XXI*, Moreno Hernández (Coordinador), Editorial Ius Poenale, México D.F. – México, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. "PROBLEMAS DEL DELITO IMPROPIO DE OMISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO". Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. En: *Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid - España, 1992.

JESCHECK, Hans – Heinrich. "TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 4ta. Edición, traducción de Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada – España, 1999.

JUÁREZ, Juana. "DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA O DE COMISIÓN POR OMISIÓN". En: *Ponencias del XVI Congreso latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de derecho penal y criminología*, U.N.M.S.M.,

Lima – Perú, 2004.

KAUFMANN, Armin. "TEORIA DE LAS NORMAS. FUNDAMENTOS DE LA DOGMATICA PENAL MODERNA", Editorial Desalma, Buenos Aires – Argentina, 1977.

KAUFMANN, Armin. "TIPICIDAD Y CAUSACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO CONTERGAN". En: *Nuevo Pensamiento Penal* , Bogotá – Colombia, 1973.

KAUFMANN, Armin. "¿ATRIBUCIÓN OBJETIVA EN EL DELITO DOLOSO". Traducción de Cuello Contreras. En: *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, Tomo XXXVIII, Fascículo III, Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1985.

KINDHAUSER, Urs. "DERECHO PENAL DE LA CULPABILIDAD Y CONDUCTA PELIGROSA". Traducción de López Díaz, Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 1996.

LAMPE, Ernst – Joachim. "LA DOGMÁTICA JURÍDICO – PENAL ENTRE LA ONTOLOGÍA SOCIAL Y EL FUNCIONALISMO", Editorial Grijley, Lima – Perú, 2003.

LARRAURI, Elena. "NOTAS PRELIMINARES PARA UNA DISCUSIÓN SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLI, Fascículo III, Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1988.

LAURENZO COPELLO, Patricia. "EL RESULTADO EN DERECHO PENAL", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España, 1992.

LESCH, Heiko. "INTERVENCIÓN DELICTIVA E IMPUTACIÓN OBJETIVA", Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 1995.

LESCH, Heiko. "LA FUNCIÓN DE LA PENA", Editorial Dykinson, Madrid – España, 1999.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. "INTRODUCCIÓN A LA IMPUTACIÓN OBJETIVA", Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 1996.

LOYOLA FLORIÁN, Manuel Federico. "LOS DELITOS DE OMISIÓN IMPROPIA Y EL PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN DE LA LEY PENAL". En: *Revista Jurídica del Perú,* Año LII, Nº 53, Editorial Normas Legales, Lima – Perú, 2002.

LUZON CUESTA, José María. "COMPENDIO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 11ava. Edición, Editorial Dykinson, Madrid – España, 2000.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "RELACIÓN CAUSAL. ¿DIVERSOS PLANOS DE LA CAUSALIDAD?". En: *Derecho penal de la circulación. Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 2da. Edición, Editorial Bosch,

Barcelona – España, 1990.

LUZÓN PEÑA, Diego. "LA RELACIÓN DEL MERECIMIENTO DE PENA Y DE LA NECESIDAD DEL DELITO". En: *Libro homenaje a Claus Roxin*, Madrid – España, 1995.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "CURSO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Tomo I, Editorial Universitas, Madrid – España, 1999.

MARINUCCI, Giorgio. "NON CÉ DOLO SENZA CULPA. MORTE DELLA IMPUTAZIONES OGGETIVA DELL´EVENTO E TRANSFIGURAZIONE NELLA COLPOLEZA". (No hay dolo sin culpa. Muerte de la imputación objetiva del resultado y la transfiguración de la culpabilidad). En: *Revista Italiana Diritto e procedura Penale,* Giuffré Editore, Fasc. 1, Milano – Italia, 1991.

MARINUCCI, Giorgio. "EL DELITO COMO ACCIÓN. CRITICA DE UN DOGMA", traducción de Saínz – Cantero, Editorial Pons, Barcelona – España, 1998.

MARTICORENA COLLANTES, Omar Hugo. "¿PUEDEN RESPONDER JURÍDICO – PENALMENTE LAS AUTORIDADES Y/O FUNCIONARIOS DE POLICÍA POR OMISIÓN IMPROPIA EN CASO DE PRODUCIRSE UN ATENTADO CRIMINAL? En: En: *Ponencias del XVI Congreso latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de derecho penal y criminología*, U.N.M.S.M., Lima – Perú, 2004.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO", Editorial EDERSA, Madrid – España, 1992.

MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. "¿RELEVANCIA EN LOS COMPORTAMIENTOS ALTERNATIVOS CONFORME A DERECHO EN LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO?". En: *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, Jornadas Hispano-Alemanas de Derecho Penal en homenaje a Claus Roxin*, Universidad Complutense y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.

MARTINEZ – PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel / ROMA VALDES, Antonio. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Bosch, Barcelona – España, 1999.

MAURACH, Reinhart / ZIPF, Heinz / GOSSEL, kart. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Tomo II, traducido por Jorge Bofill, Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1995.

MEINI MÉNDEZ, Iván. "LA COMISIÓN POR OMISIÓN: UNA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA DEL ARTÍCULO 13 CP". En: *Anuario de Derecho Penal. Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano,* PUCP, Lima – Perú, 2003.

MEINI MÉNDEZ, Iván. "LA COMISIÓN POR OMISIÓN". En: *XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y Criminología*, U.N.M.S.M., Lima – Perú, 2004.

MIR PUIG, Santiago. "FUNCIÓN DE LA PENA Y TEORÍA DEL DELITO EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO". En: *Política criminal y reforma el derecho penal*, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1982.

MIR PUIG, Santiago / SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / CASTIÑEIRA, María Teresa / FARRÉ TREPAT, Elena / CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / JOSHI UBERT, Ujala / BLADÓ LAVILLA, Francesc. "COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO", Editorial Bosch, Barcelona – España, 1992.

MIR PUIG, Santiago. "INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL: CONCEPTO Y MÉTODO", 2da. Edición, Editorial B de F, Montevideo – Uruguay, 2002.

MIR PUIG, Santiago. "SIGNIFICADO Y ALCANCES DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL". En: *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Nº 03, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2002.

MIR PUIG, Santiago. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 7ma. Edición, Editorial Reppetor, Barcelona – España, 2004.

MIR PUIG, Santiago. "VALORACIONES, NORMAS Y ANTIJURIDICIDAD PENAL". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 15, Editorial Idemsa, Lima – Perú, 2004.

MIR PUIG, Santiago. "LÍMITES DEL NORMATIVISMO EN DERECHO PENAL". En: *Libro Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo,* Editorial Thomson – Civitas, Madrid – España, 2005.

MOSTERÍN, Jesús. "RACIONALIDAD Y ACCIÓN HUMANA", 2da. Edición, Editorial Alianza Universidad, Madrid – España, 1987.

MUÑOZ CONDE, Francisco. "TEORÍA GENERAL DEL DELITO", Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1984.

MUÑÓZ CONDE, Francisco / GARCIA ARAN, Mercedes. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 2da. Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia- España, 1996.

NOVOA MONREAL, Eduardo. "ALTERNATIVAS Y TRANCES DEL DERECHO PENAL DE HOY". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1978.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio / HUERTA TOCILDO, Susana. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 2da. Edición, Castellanos Editor,

Madrid – España, 1986.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. "EL RIESGO PERMITIDO EN DERECHO PENAL", Ministerio de Justicia Interior, Madrid – España, 1995.

PAREDES VARGAS, César Augusto. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL", Tesis para optar el Grado de Magíster en Derecho Penal, U.N.M.S.M., Lima – Perú, 1997.

PARMA, Carlos. "EL PENSAMIENTO DE GUNTHER JAKOBS", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza. Argentina, 2001.

PEÑA CABRERA, Raúl. "TRATADO DE DERECHO PENAL. ESTUDIO PROGRAMATICO DE LA PARTE GENERAL", 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima - Perú, 1999.

PEÑA - CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. "TEORÍA GENERAL DE LA IMPUTACIÓN DEL DELITO", Editorial Rhodas, Lima – Perú, 2004.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique / SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos / CANCIO MELIÁ, Manuel. "UN NUEVO SISTEMA DE DERECHO PENAL. CONSIDERACIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN DE GUNTHER JAKOBS", Editorial Grijley, Lima – Perú, 1998.

PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, "ALGUNAS CONSIDERACIONES DOGMATICAS SOBRE LA REGULACIÓN DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO". En: *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, Nº 02, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2001.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. "CAUSALIDAD Y DETERMINABILIDAD". En: *Nuevas formulaciones de las ciencias penales. Libro homenaje a Claus Roxin*, Editorial Lerner, Córdoba – Argentina, 2001.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. "CAUSALIDAD Y DETERMINABILIDAD: EL PROBLEMA DEL PRESUPUESTO ONTOLOGICO EN AMBITOS ESTADISTICOS O PROBABILISTICOS". En: *Sistemas penales iberoamericanos. Libro homenaje al profesor Dr. Enrique Bacigalupo,* ARA Editores, Lima – Perú, 2003.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Tomo II, Volumen I (Teoría Jurídica del Delito), Editorial Bosch, Barcelona – España, 2000.

PUPPE, Ingeborg. "CAUSALIDAD". En: *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Nº XLV - II, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid – España, 1992.

PUPPE, Ingeborg. "PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN DEL RESULTADO EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL PRODUCTO". En: ***Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*****, Mir Puig y Luzón Peña (Coord.), Editorial Bosch, Barcelona – España, 1996**

PUPPE, Ingeborg. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA PRESENTADA MEDIANTE CASOS ILUSTRATIVOS DE LA JURSPRUDENCIA DE LOS ALTOS TRIBUNALES", Traducción de Percy García Cavero, Editorial Comares, Granada – España, 2001.

QUINTERO, María Eloísa. "OMISIÓN VS. ACCIÓN. RESPONSABILIDAD POR LA CONDUCTA OMISIVA". En: ***El pensamiento de Gunther Jakobs. El derecho penal del Siglo XXI,*** **Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza. Argentina, 2001.**

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín / PRATS CANUT, Miguel. "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 2da. Edición, Editorial Aranzadi, Navarra – España, 2000.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. "DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA", Tomo II, 21ava. Edición, Editorial Real Academia Española, Madrid – España, 2001.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "ALGUNAS OBSERVACIONES EN TORNO A LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA". En: ***Diálogo con la Jurisprudencia*****, Tomo 34, Editorial Gaceta Jurídica, Lima – Perú, 2001.**

REÁTEGUI, SÁNCHEZ, James. "EL DELITO DE OMISIÓN IMPROPIA", Jurista Editores, Lima – Perú, 2002.

REATEGUI SANCHEZ, James. " ASPECTOS HISTÓRICO-DOGMÁTICOS, POLÍTICO-CRIMINALES Y DE DERECHO POSITIVO EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN". En: ***XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y XI Nacional de Derecho Penal y Criminología,*** **organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y el INECIP, Ponencia, Córdoba – Argentina, 2003.**

REYES ALVARADO, Yesid. "IMPUTACIÓN OBJETIVA", 2da. Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1996.

RIGHI, Esteban. "DELITOS OMISIVOS EQUIVALENTES A LA COMISIÓN ACTIVA DE UN DELITO". En: ***El derecho penal español de fin de siglo y el derecho penal latinoamericano. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*****, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá – Colombia, 1999.**

RIGHI, Esteban. "DELITOS OMISIVOS EQUIVALENTES A LA COMISIÓN ACTIVA". En: ***Nueva doctrina penal*****, Buenos Aires – Argentina, 2001.**

RODRIGUEZ DEVESA, José María. "DERECHO PENAL ESPAÑOL. PARTE GENERAL", 10ma. Edición, Editorial Dykinson, Madrid – España, 1986.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "EL DELITO DE OMISIÓN DE AUXILIO A VÍCTIMA Y EL PENSAMIENTO DE LA INGERENCIA". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1973.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Civitas, Madrid – España, 1978.

ROLDÁN BARBERO, Horacio. "ADECUACIÓN SOCIAL Y TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO. SOBRE EL CONTENIDO Y LOS LÍMITES DE UNA INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA RESTRICTIVA DE LOS TIPOS PENALES", Universidad de Córdoba, Córdoba – Argentina, 1992.

ROMEO CASABONA, Carlos María. "LÍMITES DE LOS DELITOS DE COMISIÓN POR OMISIÓN". En: *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, Gimbernat / Schunemann / Wolter (Editores), Universidad Complutense de Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid – España, 1994.

ROXIN, Claus. "POLITICA CRIMINAL Y SISTEMA DEL DERECHO PENAL", Traducción de Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona – España, 1972.

ROXIN, Claus. "REFLEXIONES SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL". En: *Problemas básicos del Derecho penal*, Editorial Reus, Madrid – España, 1976.

ROXIN, Claus. "FINALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA". Traducción de Enrique Casas Baquero. En: *Cuadernos de Política Criminal*. Editorial Edersa, Madrid – España, 1990.

ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL. FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTRA DE LA TEORÍA DEL DELITO", Tomo I, Traducción de Luzón / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid – España, 1997.

ROXIN, Claus. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL", Traducción de Abanto, Editorial Idemsa, Lima – Perú, 1997.

ROXIN, Claus. "ACERCA DE LA CONSOLIDACIÓN POLÍTICO CRIMINAL DEL SISTEMA DE DERECHO PENAL". En: *Dogmática penal y política criminal*, Traducción de Abanto, Editorial Idemsa, Lima – Perú, 1998.

ROXIN, Claus. "NORMATIVISMO, POLITICA CRIMINAL Y EMPIRISMO EN LA DOGMATICA PENAL". En: *Problemas actuales de dogmática penal*, traducción de Manuel Abanto Vásquez, ARA Editores, Lima – Perú, 2004.

RUEDA MARTIN, María Ángeles. "LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO EN EL DELITO DOLOSO DE ACCIÓN. UNA INVESTIGACIÓN A LA VEZ SOBRE LOS LÍMITES ONTOLÓGICOS DE LAS VALORACIONES JURÍDICO – PENALES EN EL ÁMBITO DE LO INJUSTO", Editorial Bosch, Barcelona – España, 2001.

SALAZAR SANCHEZ, Nelson. « RESCENSIÓN AL LIRO DE BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ. RESULTADO LESIVO E IMPRUDENCIA». En : *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 13, Editorial Idemsa, Lima– Perú, 2003.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. "EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. GARANTIA DEL CIUDADANO FRENTE A LA ARBITRARIEDAD ESTATAL. En: *Rev. Peruana de Ciencias Penales*, Nº 14, Editorial Idemsa, Lima– Perú, 2004.

SÁNCHEZ VERA – GOMEZ TRELLES, Javier. "INTERVENCIÓN OMISIVA, POSICIÓN DE GARANTE Y PROHIBICIÓN DE SOBREVALORACIÓN DEL APORTE". En: *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1995.

SÁNCHEZ VERA – GOMEZ TRELLES, Javier. "DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER Y PARTICIPACIÓN DELICTIVA", Editorial Pons, Madrid – España, 2002.

SANCINETTI Marcelo. "CASOS DE DERECHO PENAL", 2da. Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires - Argentina, 1986.

SANCINETTI, Marcelo A. "FUNDAMENTACIÓN SUBJETIVA DEL ILÍCITO Y DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA. UNA FUNDAMENTACIÓN DEL ILICITO", Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1995.

SANCINETTI, Marcelo. "SUBJETIVISMO E IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL", Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 1996.

SANCINETTI, Marcelo. "OBSERVACIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Teorías actuales en el derecho penal*, Editorial Ad – Hoc, Buenos Aires – Argentina, 1998.

SAUER, Wilhelm. "FILOSOFIA JURÍDICA Y SOCIAL", Traducción de Luís Legaz y Lacambra, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid – España, 1933.

SCHMIDHAUSER, Eberhard. "SOBRE LA SISTEMÁTICA DE LA TEORIA DEL DELITO. UN TEMA FUNDAMENTAL DE RADBRUCH DESDE PUNTO DE VISTA DE LA NUEVA DOGMÁTICA PENAL". En: *Nuevo Pensamiento Penal*, Año 4, Nº 05, Buenos Aires– Argentina, 1975.

SCHUNEMANN, Bernd (Comp.) "EL SISTEMA MODERNO DEL DERECHO PENAL: CUESTIONES FUNDAMENTALES", traducción de Silva Sánchez,

Editorial Tecnos, Madrid – España, 1991.

SCHUNEMANN, Bernd. "SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA DOGMÁTICA DE LOS DELITOS DE OMISIÓN EN ALEMANIA". En: *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, Gimbernat / Schunemann / Wolter (Editores), Universidad Complutense de Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid – España, 1994.

SCHUNEMANN, Bernd. "LA FUNCIÓN DE LA DELIMITACIÓN DEL INJUSTO Y CULPABILIDAD". En: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Schunemann / De Figueiredo (Coordinadores), Editorial Bosch, Barcelona – España, 1995.

SCHUNEMANN, Bernd. "CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: En: *Teorías actuales en el derecho penal*, Editorial Ad – Hoc, Buenos Aires – Argentina, 1998.

SCHUNEMANN, Bernd. "CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penal*, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2000.

SCHUNEMANN, Bernd. "LA RELACIÓN ENTRE ONTOLOGISMO Y NORMATIVISMO EN LA DOGMATICA JURÍDICO-PENAL". En: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid - España, 2001.

SEARLE, John. "LA CONSTRUCCIÓN DE LA REALIDAD SOCIAL", Presentación y traducción de A. Domènech, Editorial Paidos, Barcelona – España,1997.

SERRANO MAILLO, Alfonso. "ENSAYO SOBRE EL DERECHO PENAL COMO CIENCIA. ACERCA DE SU CONSTRUCCIÓN", Editorial Dykinson, Madrid – España, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "EL DELITO DE OMISIÓN. CONCEPTO Y SISTEMA", Editorial Bosch, Barcelona - España. 1986.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. "APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL CONTEMPORANEO", Editorial Bosch, Barcelona – España, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "POLÍTICA CRIMINAL Y REFORMA LEGISLATIVA EN EL DELITO DE "COMISIÓN POR OMISIÓN" (EL ARTÍCULO 10 DEL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992)". En: *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid - España, 1993.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. "COMISION Y OMISION. CRITERIOS DE DISTINCION". En: *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid – España, 1995.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María / CORCOY BIDASOLO, Mirentxu / BALDÓ LAVILLA, Francisco. "CASOS DE LA JURISPRUDENCIA PENAL CON COMENTARIOS DOCTRINALES. PARTE GENERAL", Editorial Bosch, Barcelona – España, 1996.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "POLÍTICA CRIMINAL EN LA DOGMÁTICA: ALGUNAS CUESTIONES SOBRE SU CONTENIDO Y LÍMITES". En: *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Editorial Bosch, Barcelona – España, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL. ASPECTOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LAS SOCIEDADES POSTINDUSTRIALES", Editorial Civitas, Madrid - España, 1999.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "NORMAS Y ACCIONES EN DERECHO PENAL", Editorial Hammurabi, Buenos Aires – Argentina, 2003

STRATENWERTH, Gunther. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, HECHO PUNIBLE I", Traducción de la edición alemana de Gladys Nancy Romero, Editorial Ederma, Madrid – España, 1982.

STRUENSEE, Eberhard. "ATRIBUCIÓN OBJETIVA E IMPRUDENCIA". Traducción de Serrano González de Murillo. En: *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 44, Editorial Edersa, Madrid– España, 1991.

STRUENSEE, Eberhard. "ACTUAR Y OMITIR, DELITOS DE COMISIÓN Y DE OMISIÓN". En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Nº 03, Editorial Grijley, Lima – Perú, 1994.

STRUENSEE, Eberhard. "ACERCA DE LA LEGITIMACIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO CATEGORÍA COMPLEMENTARIA DEL TIPO OBJETIVO". Traducción de Fabrizio Guariglia. En: *El Derecho penal de hoy. Homenaje al Profesor de David Baigún*, Editorial El Puerto, Buenos Aires – Argentina, 1995.

TERRAGNI, Marco Antonio. "OMISIÓN IMPROPIA". En: *Derecho procesal penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez*, jorge Eduardo Buompadre (Director), Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires – Argentina, 1997.

TERRAGNI, Marco Antonio. "OMISIÓN IMPROPIA Y POSICIÓN DE GARANTE", En: *Derecho procesal penal. Libro homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez* Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires – Argentina, 2000.

TIEDEMANN, Klaus. "REQUISITOS FUNDAMENTALES DE UNA REGULACIÓN DE LA PARTE GENERAL". Traducción de Iván Meini Méndez. En: *Aspectos fundamentales de la Parte General del Código Penal peruano*, *Anuario de Derecho Penal*, PUCP. Lima, 2003.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. "LÍMITES POLÍTICO – CRIMINALES DEL DELITO DE COMISIÓN POR OMISIÓN". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid – España, 1984.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. "NATURALEZA Y ÁMBITO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Ministerio de Justicia, Madrid – España, 1986.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. "FIN DE PROTECCIÓN Y ÁMBITO DE PROHIBICIÓN DE LA NORMA". En: *Estudios Penales y Criminológicos,* Tomo X, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela – España, 1987.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. "RELACIÓN DE CAUSALIDAD: INDICACIONES PARA UNA ACTUALIZACIÓN". En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Nº 02, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2001.

URQUIZO OLAECHEA, José. "EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD", Gráfica Horizonte, Lima – Perú, 2000.

URQUIZO OLAECHEA, José. "RESCENSIÓN AL LIBRO DE MANUEL CANCIO MELIÁ: LÍNEAS BÁSICAS DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: *Rev. Peruana de Ciencias Penales*, Nº 15, Editorial idemsa, Lima – Perú, 2004.

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 3ra. Edición, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 1997.

VILLA STEIN, Javier. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial San Marcos, Lima – Perú, 1998.

VILLAVICENCIO TERREROS, Luís Felipe. "LECCIONES DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Cuzco, Lima – Perú, 1990.

VILLAVICENCIO TERREROS, Luís Felipe. "CÓDIGO PENAL", 3da. Edición, Editorial Grijley, Lima – Perú, 2001.

VON FEURBACH, Paul Joham Anselm Ritter. "TRATADO DE DERECHO PENAL COMÚN VIGENTE EN ALEMANIA", Traducción al castellano de la 14ta. Edición alemana, Buenos Aires - Argentina, 1989.

WELZEL, Hans. "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", traducción de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires - Argentina, 1956.

WELZEL, Hans. "DERECHO PENAL ALEMÁN", traducción de Bustos Ramírez y Sergio Yánez, Ediciones Jurídicas de Santiago de Chile, Santiago - Chile, 1970.

WELZEL, Hans. "EL NUEVO SISTEMA DEL DERECHO PENAL. UNA INTRODUCCIÓN A LA DOCTRINA DE LA ACCIÓN FINALISTA", Editorial B de F, Montevideo – Uruguay, 2002.

WELZEL, Hans. "ESTUDIOS DE DERECHO PENAL. ESTUDIOS SOBRE EL SISTEMA DE DERECHO PENAL. CAUSALIDAD Y ACCIÓN. DERECHO PENAL Y FILOSOFÍA", Editorial B de F, Montevideo – Uruguay, 2003.

WESSELS, Johannes. "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", Traducción de la 6ta. Edición alemana por Conrado Finsi, Ediciones Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1980.

WOLTER, Jurgen. "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y EL SISTEMA MODERNO DEL DERECHO PENAL". En: *Omisión e imputación objetiva en Derecho* penal, Gimbernat / Schunemann / Wolter (Editores), Universidad Complutense de Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid – España, 1994.

WOLTER, Jurgen. "DERECHOS HUMANOS Y PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS EN UN SISTEMA EUROPEO DEL DERECHO PENAL". En: En: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Schunemann / De Figueiredo (Coordinadores), Editorial Bosch, Barcelona – España, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Volumen II, Editorial EDIAR, Buenos Aires – Argentina, 2000.

ZIELINSKY, Diethart. "DISVALOR DE ACCIÓN Y DISVALOR DE RESULTADO EN EL CONCEPTO DE ILICITO", traducción de Sancinetti, Editorial Hammurabi, Buenos Aires – Argentina, 1990.

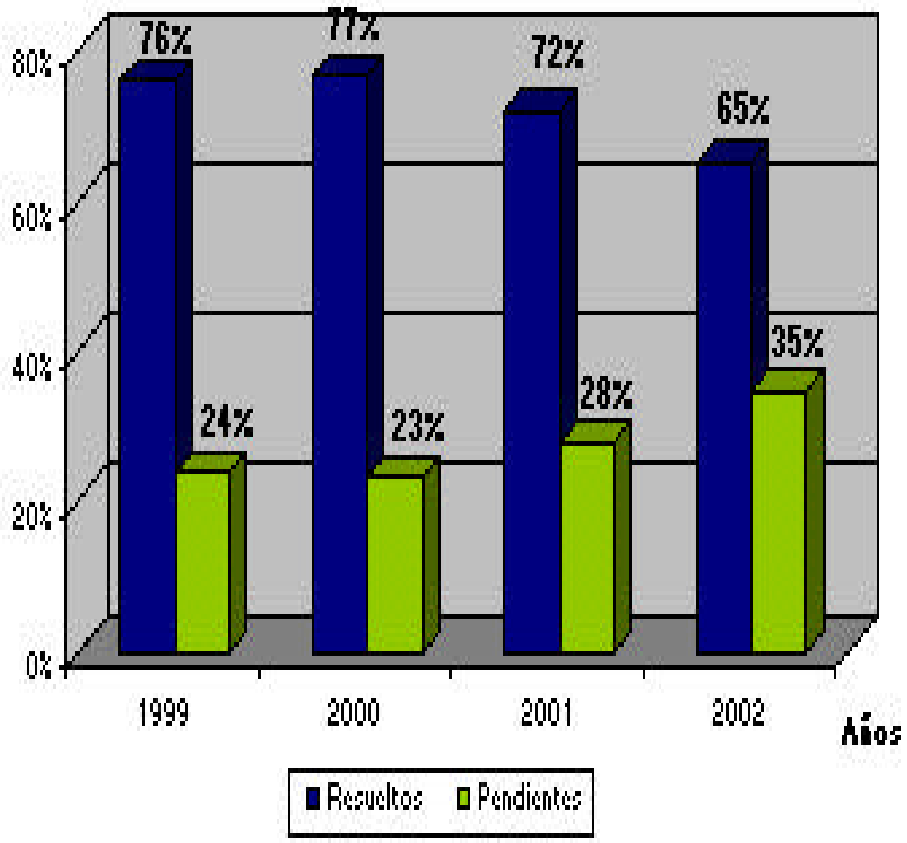
ZÚÑIGA, Laura. "POLÍTICA CRIMINAL", Editorial Colex, Madrid – España, 2001.

ANEXO I
GRÁFICOS COMPLEMENTARIOS SOBRE LA CARGA PROCESAL EN LA CORTE SUPREMA

GRÁFICO Nº 01

INDICADORES DE GESTION

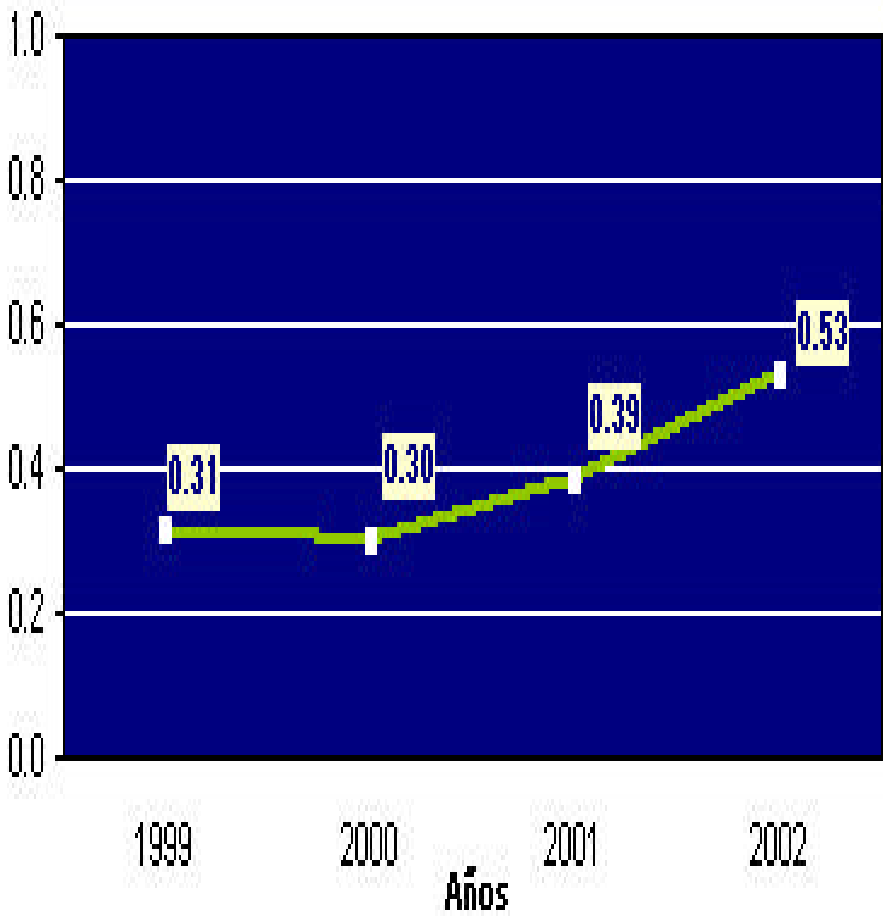
Evolución de la Carga Procesal Total de la Corte Suprema
1999 - 2002



Fuente: Discursos - Memoria de los Presidentes de la Corte Suprema, 1999 - 2002.
Elaboración: Proyecto Justicia Viva.

GRÁFICO Nº 02

ÍNDICE DE CONGESTIONAMIENTO DE LA CARGA PROCESAL EN LA CORTE SUPREMA 1999 - 2002



El índice de congestionamiento es igual al número de procesos pendientes entre los procesos resueltos en el año. Mientras más alto sea el índice, la congestión en la carga procesal será mayor.

Fuente: Discursos - Memoria de los Presidentes de la Corte Suprema, 1999 - 2002. Elaboración: Proyecto Justicia Viva.

ANEXO II
ESTADÍSTICAS SOBRE LA CARGA PROCESAL EN EL SISTEMA JUDICIAL PERUANO

CUADRO Nº 01

POBLACION POR DISTRITOS JUDICIALES (2004 - 2005)

	2004	2005
TOTAL	**27,546,580**	**27,952,470**
AM AZONAS	**443,025**	**450,653**
ANCASH	**623,198**	**631,591**
APURIMAC	**423,781**	**430,731**
AREQUIPA	**1,149,743**	**1,163,161**
AYACUCHO	**551,421**	**561,505**
CAJAMARCA	**1,021,828**	**1,033,288**
CALLAO	**811,874**	**824,461**
CAÑETE	**205,643**	**207,425**
CONO NORTE	**1,886,659**	**1,916,025**
CUSCO	**1,252,468**	**1,267,235**
HUANCAVELICA	**265,813**	**271,455**
HUANUCO-PASCO	**954,336**	**968,600**
HUAURA	**494,115**	**498,617**
ICA	**831,548**	**845,342**
JUNIN	**1,489,695**	**1,508,308**
LA LIBERTAD	**1,530,077**	**1,552,474**
LAMBAYEQUE	**1,672,997**	**1,689,147**
LIMA	**5,425,403**	**5,524,100**
LORETO	**771,564**	**781,404**
MADRE DE DIOS	**104,891**	**107,681**
MOQUEGUA	**140,650**	**143,731**
PIURA	**1,685,972**	**1,711,451**
PUNO	**1,297,103**	**1,313,891**
SAN MARTIN	**937,574**	**949,825**
SANTA	**541,168**	**549,086**
TACNA	**309,765**	**317,804**
TUMBES	**211,089**	**215,705**
UCAYALI	**513,180**	**517,774**

FUENTE: INEI - IX Censo de Población y IV de Vivienda de 1993, Proyección 2000-2004

ELABORACION: Sub Gerencia de Estadística - Gerencia de Planificación, Proyección 2005

CUADRO Nº 02

EXPEDIENTES INGRESADOS EN GIRO POR ORGANO JURISDICCIONAL Y ESPECIALIDAD 1/

(Periodo: Octubre 2004 - Junio 2005)

ORGANO / ESPECIALIDAD	EXPEDIENTES INGRESADOS		
	AÑO 2004	AÑO 2005	
	IV Trimestre	I Trimestre	II Trimestre
SALAS ESPECIALIZADAS Y MIXTAS	**50,054**	**30,141**	**36,844**
CIVIL	19,218	12,211	13,057
PENAL	16,737	8,598	11,437
LABORAL	3,784	2,180	3,432
FAMILIA	1,038	1,019	1,397
MIXTO	9,277	6,133	7,520
JUZGADOS ESPECIALIZADOS Y MIXTOS	**141,493**	**96,007**	**124,902**
CIVIL	35,312	22,025	27,828
PENAL	43,257	30,786	38,121
LABORAL	8,801	6,522	9,074
FAMILIA	23,379	14,802	21,189
MIXTO	30,744	21,872	28,689
JUZGADOS DE PAZ LETRADOS	**116,630**	**98,384**	**112,688**
TOTALES	**308,177**	**224,532**	**274,435**

Fuente: Cortes Superiores de Justicia
Elaboración: Gerencia de Planificación / Sub Gerencia de Estadística

La Cantidad de Expedientes Ingresados está constituido por los expedientes admitidos a una dependencia judicial por primera vez y los que provienen de otra dependencia por transferencia, apelación de instancia inferior, en un período mensual.

CUADRO Nº 03

EXPEDIENTES RESUELTOS EN GIRO POR ORGANO JURISDICCIONAL Y ESPECIALIDAD

(Periodo: Octubre 2004 - Junio 2005)

ORGANO / ESPECIALIDAD	EXPEDIENTES RESUELTOS		
	AÑO 2004	AÑO 2005	
	IV Trimestre	I Trimestre	II Trimestre
SALAS ESPECIALIZADAS Y MIXTAS	**47,448**	**32,154**	**39,653**
CIVIL	18,704	11,644	14,109
PENAL	17,098	9,794	12,407
LABORAL	3,449	2,574	2,539
FAMILIA	1,100	1,119	1,055
MIXTO	7,097	7,023	9,543
JUZGADOS ESPECIALIZADOS Y MIXTOS	**100,190**	**67,426**	**94,590**
CIVIL	24,125	15,091	21,562
PENAL	31,774	23,042	31,601
LABORAL	6,291	4,643	6,092
FAMILIA	17,119	10,171	15,391
MIXTO	20,881	14,479	19,943
JUZGADOS DE PAZ LETRADOS	**104,105**	**75,036**	**88,381**
TOTALES	**251,743**	**174,616**	**222,624**

Fuente: Cortes Superiores de Justicia
Elaboración: Gerencia de Planificación / Sub Gerencia de Estadística
Los Expedientes Resueltos están constituidos por los expedientes que han concluido con todas las etapas del proceso habiéndose dictado Sentencia, Informe Final o Auto Definitivo.

ANEXO III
MODELO DE ENCUESTA

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

ESCUELA DE POST GRADO

UNIDAD DE POST GRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO PENAL

INVESTIGACIÓN ACADÉMICA

ALUMNO:
HESBERT BENAVENTE CHORRES

ENCUESTA

INDICACIONES:

1. La presente "Encuesta" ha sido elaborada con la finalidad de obtener importantes datos, los cuales, están basadas en vuestras opiniones

2. Se ruega, que se responda con la mayor sinceridad, claridad y profundidad cada pregunta que conforma esta encuesta. Desde ya, se expresa los sentimientos de mi mayor gratitud y estima personal.

CUESTIONARIO

1. Considera Ud. que para sancionar a una persona a título de omisión impropia, se requiere:

(Puede marcar más de una alternativa, si así Ud. lo estima conveniente)

La posición de garante ( )
La causalidad hipotética ( )
La imputación objetiva ( )

Por qué

_____
_____
_____
_____

2. ¿Cuando el artículo 13º del Código Penal menciona que el omitente tiene el deber jurídico de impedir el resultado, está haciendo referencia a la posición de garante?

Si ( )

No ( )

Por qué

_____
_____
_____
_____

3. ¿Opina Ud. que el supuesto de creación de un peligro inminente y que fuera propio para producirlo (injerencia) previsto en el artículo 13º del Código Penal, es un supuesto que origina la posición de garante?

Si ( )

No ( )

Por qué

_____
_____
_____
_____

4. **¿Considera Ud. que es suficiente con la posición de garante para justificar la responsabilidad penal por omisión?**

   Si ( )

   No ( )

   Por qué

   _____
   _____
   _____
   _____

5. **¿Opina Ud. que la imputación objetiva presenta una mejor gama de criterios para establecer si una omisión corresponde a la realización de un tipo penal de acción?**

   Si ( )

   No ( )

   Por qué

   _____
   _____
   _____
   _____

6. **¿Estima Ud. que los fallos emitidos por la Corte Suprema sobre la omisión impropia se han basado en criterios lógicos y normativos adecuados?**

   Si ( )

   No ( )

   Por qué

   _____
   _____
   _____
   _____

7. ¿Considera Ud. que los operadores jurídicos cuentan con el aparato conceptual necesario para el análisis de la omisión impropia?

Si ( )

No ( )

Por qué

_____
_____
_____
_____

8. ¿Considera Ud. que está justificada la atenuación facultativa al omiso, establecido en el artículo 13º del Código Penal?

Si ( )

No ( )

Por qué

_____
_____
_____
_____

9. ¿Tiene Ud. alguna recomendación que señalar para mejorar el tema de la omisión impropia en el sistema jurídico peruano?

_____
_____
_____
_____

ANEXO IV
FICHA DE ESTUDIO DOCUMENTAL

FICHA DE ESTUDIO DOCUMENTAL

I. DATOS GENERALES

SALA PENAL **(a) PERMANENTE**
CORTE SUPREMA **(b) TRANSITORIA**

EXPEDIENTE Nº _____

DELITO _____

IMPUTADO _____

AGRAVIADO _____

II. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

_____
_____
_____
_____

III. SENTENCIA

(A) ABSOLUTORIA

(B) CONDENATORIA

(C) RESERVA

IV. COMENTARIOS

_____
_____
_____
_____
_____