



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”**

ESCUELA DE POSTGRADO

**FUNDAMENTOS DEL FUNCIONALISMO PAR
A NO IMPUTAR RESPONSABILIDAD PENAL EN LOS
DELITOS DE ORGANIZACIÓN MEDIANTE CONDUCTAS
EXTERNAMENTE NEUTRALES EN EL PERÚ**

**Tesis para optar el grado de Maestro
en Derecho
Mención: Ciencias Penales**

OLIVARES VELARDE VICTOR ARMANDO

Asesor: Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz – Perú

2018

MIEMBROS DEL JURADO

Doctor Elmer Robles Blácido Presidente

Doctor Ricardo Robinson Sánchez Espinoza Secretario

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo Vocal

ASESOR

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi docente y asesor Dr. Luis Wilfredo Robles Trejo, por su apoyo incondicional y motivación desde el inicio del presente proyecto, por ser mi guía y brindarme su conocimiento para el desarrollo de la presente tesis. Al Dr. Elmer Robles Blácido por ser mi maestro, a quien siempre he recurrido para resolver muchas dudas en mi etapa profesional.

DEDICATORIA

A mis tíos Walter e Ida, por brindarme la oportunidad de realizar no solo mis sueños de ser profesional, sino por mostrarme que en esta vida no existe lo imposible y que los anhelos se pueden hacer realidad.

A mis padres por su apoyo, esposa e hijos por su comprensión y amor incondicional.

ÍNDICE

	Pág.
Resumen	x
Abstract	xi
I. INTRODUCCIÓN	1-5
1.1. Objetivos	4
1.2. Hipótesis	4
1.3. Variables	5
II. MARCO TEÓRICO	6-42
2.1. Antecedentes	6
2.2. Bases teóricas	9
2.2.1. Funcionalismo penal	9
2.2.1.1. El funcionalismo en el sistema penal	9
2.2.1.1.1. Contexto en que nace el funcionalismo sistémico	9
2.2.1.1.2. Diferencia entre el análisis funcional y funcionalismo sistémico	13
2.2.1.2. El funcionalismo penal de Jakobs	13
2.2.1.3. El funcionalismo sistémico y el derecho penal del enemigo	16
2.2.2. Conductas neutrales	18
2.2.2.1. Ubicación del problema en la teoría del delito	19
2.2.2.2. Límites de naturaleza objetiva o subjetiva	20
2.2.3. Los delitos de organización	33
2.2.3.1. Antecedentes	33
2.2.3.2. La internacionalización del derecho penal	34

2.3. Definición de términos	39
III. METODOLOGÍA	43-49
3.1. Tipo y diseño de investigación.....	43
3.1.1. Tipo de investigación	43
3.1.2 Tipo de diseño	43
3.1.3. Diseño General	43
3.1.3.1. Diseño específico	44
3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico	44
3.2.1. Población estadística	45
3.2.2. Muestra	45
3.3. Instrumento(s) de recolección de datos	46
3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información	47
IV. RESULTADOS	50-92
4.1. Resultados teóricos.....	50
4.1.1. El funcionalismo penal.....	50
4.1.1.1. La evolución de un derecho penal funcional.....	50
4.1.1.2. Los dos afrontes de un derecho penal funcional	52
4.1.2. Conductas neutrales	69
4.1.2.1. Ubicación del problema en la teoría del delito	70

4.1.3. Límites de naturaleza objetiva o subjetiva	71
4.2. Resultados empíricos	84
4.2.1. Importancia de la teoría de los roles de Jakobs y su tratamiento jurisprudencial	84
4.2.2. La sentencia del caso del “camionero” (R.N. N° 552-2004, Puno, 25/11/2004)	89
V. DISCUSIÓN.....	93-167
5.1. Discusión teórica	93
5.1.1. Sobre la imputación objetiva	93
5.1.2. Implicancias dogmáticas en el marco de la imputación objetiva	98
5.1.3. Sobre las conductas neutrales	100
5.1.4. Ubicación del problema en la teoría del delito	102
5.1.5.1. Sobre la prohibición de regreso delito	113
5.1.6. Sobre el rol social como presupuesto delimitador de las conductas neutrales	121
5.1.7. Por otro lado, Frisch	126
5.1.8. Sobre la particularidad de Robles Planas	128
5.2. Discusión empírica: Análisis de la sentencia del caso del “camionero” (R.N. N° 552-2004, Puno, 25/11/2004)	142
5.3. Validación de la hipótesis	158
VI. CONCLUSIONES	168

VII. RECOMENDACIONES..... 169-170

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 171-179

ANEXOS 180-181

RESUMEN

El propósito fundamental de la investigación fue analizar los fundamentos del funcionalismo para no imputar responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas extremadamente neutrales en el Perú; para lo cual se realizó una investigación jurídica de tipo dogmático -normativa-teórica- y por su naturaleza fue cualitativa; se empleó la técnica documental y análisis de contenido para la elaboración del marco teórico y en la discusión la teoría de la argumentación jurídica. La investigación demostró que existen argumentos para demostrar que, los planteamientos teóricos de Gunter Jakobs en Alemania; Silva Sánchez José María en España y, García Caveró Percy en el Perú constituyen los fundamentos jurídico penales para no imputar responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas extremadamente neutrales en el Perú, basado en que el cumplimiento de un deber general o especial no genera ninguna responsabilidad penal, sino todo lo contrario.

Palabras claves: Funcionalismo, Responsabilidad penal, Delitos de organización, Conductas extremadamente neutrales.

ABSTRACT

The main purpose of the investigation was to analyze the Fundamentals of Functionalism not to impute criminal responsibility in the crimes of organization through extremely neutral conduct in Peru; For which the following topics will be investigated: criminal legal particulars characterize the crimes of Organization in relation to neutral conduct; The foundations of functionalism, to punish neutral conduct in Peru, and the consequences of imputing criminal responsibility in organizational crimes through externally neutral conduct in Peru; For which a legal investigation of dogmatic type was carried out - normative - theoretical - and by its nature was qualitative; The documentary technique and content analysis were used for the elaboration of the theoretical framework and in the discussion the theory of triangulation of theories and the legal argumentation. The investigation showed that there are arguments to show that the theoretical approaches of Gunter Jakobs in Germany; Silva Sánchez José María in Spain, and García Caveró Percy in Peru constitute the legal basis for not imposing criminal responsibility on organizational crimes through extremely neutral conduct in Peru, based on the fact that the fulfillment of a general or special duty does not generate No criminal responsibility, quite the opposite.

Key words: Functionalism, Criminal responsibility, Organizational offenses, Extremely neutral behaviors.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, la teoría de la intervención en el delito (englobado en sus diversas formas autoría, participación y complicidad), siempre han acaparado la ocupación de los estudiosos, toda vez que en nuestro código penal se viene sancionando a los cómplices y partícipes necesarios, como autores del delito, pero en la realidad resulta poco sencillo el problema de imputación de todos aquellos sujetos que participan en la realización de un delito, es por ello que en esta coyuntura social, es donde ha surgido el tema llamado fundamentos del funcionalismo para imputar responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas externamente neutrales en el Perú, este es el núcleo de nuestra investigación, pero para poder arribar a soluciones dogmáticas y político- criminal es necesario responder a la interrogante de cual debería de ser la razón, o las razones que se deberían de considerar, para imputar una responsabilidad penal a todas aquellas personas que participan en la realización de un hecho delictivo, pero mediante una conducta externamente neutral.

Por su parte, el derecho Penal Peruano, tiene una problemática en cuanto a la aplicación de la responsabilidad penal del autor, e intervención de los cómplices y partícipes por medio de acciones neutrales, por ello estaríamos en dos temas controvertidos que han surgido a través de esta interrogante y a su vez han sido abordados por la doctrina, por una parte, la búsqueda de elementos objetivos que permitan medir la importancia del aporte de cada uno de los sujetos intervinientes en la configuración del delito y en segundo lugar precisar si el juicio de reproche a cada uno de los partícipes debe ser el mismo o en todo caso, cuál es el fundamento

jurídico que permite hacer una distinción en la determinación de la responsabilidad penal, es en este último punto, es donde nos detendremos a revisar los fundamentos del Funcionalismo para imputar una responsabilidad penal en los delitos de Organización mediante las conductas externamente neutrales.

Como se advierte, éste no es un tema teórico sin ninguna importancia práctica, por el contrario, y muy a pesar que nuestra legislación penal sanciona con el mismo marco punitivo del autor a los instigadores y a los partícipes necesarios, es de primerísima importancia pues es práctica común dentro de nuestra comunidad jurídica la falta de motivación y de base conceptual para utilizar cualquier título de imputación e imponerlo arbitrariamente a los intervinientes en un hecho, sin mayor sustento.

En ese sentido, la importancia de la presente investigación radicó en justificar la regulación para no imputar responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas externamente neutrales en el Perú, toda vez que nuestro código penal vigente no lo regula, lo único que se encuentra en dicho código es la sanción penal que se les impone a los cómplices y partícipes necesarios como autores del delito, y para ello se tomara en cuenta la postura de la imputación objetiva en su calificación y cuál es la incidencia de la prohibición de regreso en la teoría de la intervención delictiva, para lo cual se cuestionará el principio de la autorresponsabilidad y los límites de la participación criminal.

En ese sentido, el trabajo de investigación se encuentra estructurado, de la siguiente manera:

Introducción, en el cual se da conocer la importancia de la investigación, es decir sobre los fundamentos del funcionalismo penal para no imputar responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas externamente neutrales en la legislación penal peruana y se plantean los objetivos e hipótesis de la investigación.

El marco teórico, que comprende el estudio de los antecedentes de la investigación y las bases teóricas jurídicas que justifican nuestro problema de investigación y por otro lado dan sustento al trabajo de investigación en general. Se han desarrollado los fundamentos doctrinales sobre el funcionalismo penal, las conductas neutrales, imputación, responsabilidad penal, los delitos de organización.

Asimismo, **la metodología**, que involucra: el tipo y diseño de investigación, el plan de recolección de la información y/o diseño estadístico, instrumentos de recolección de la información, y el plan de procesamiento y análisis de la información y datos obtenidos en el trabajo de campo.

Luego se procedió a **la discusión**, que consistió en determinar, a través de una apreciación crítica, si las bases teóricas, concuerdan o no con la realidad o aspecto práctico; es decir si la teoría está o no funcionando convenientemente. Se incluye, finalmente, las **conclusiones** al que se han arribado en el proceso de la presente investigación, las **recomendaciones** del caso, y las **referencias bibliográficas** citadas y consultadas en el proceso de investigación.

De acuerdo al Reglamento de Grados de la Escuela de Postgrado, se procede a mencionar los ítems respecto a los objetivos e hipótesis, en los términos siguientes:

1.1. Objetivos

Objetivo general

Analizar los fundamentos del funcionalismo penal para no imputar responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas externamente neutrales en la legislación penal peruana.

Objetivos específicos

- a) Describir los fundamentos dogmáticos y normativos del funcionalismo penal para no imputar responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas externamente neutrales en la legislación penal peruana.
- b) Explicar las particularidades jurídicas penales caracterizan a los delitos de Organización en relación con las conductas neutrales en la legislación penal peruana.
- c) Analizar las consecuencias jurídicas de no imputar responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas externamente neutrales en la legislación penal peruana.

1.2. Formulación de Hipótesis

Zelayarán (2000) al referirse al empleo de la Hipótesis en las investigaciones Dogmáticas indica que éstas son “opcionales”, y si se plantean son solo

descriptivas; constituyendo una hipótesis de trabajo, que nos servirá de guía en la investigación (p. 239). Es así que la hipótesis que planteamos en nuestra investigación es:

Los planteamientos teóricos de Gunter Jakobs en Alemania; Silva Sánchez José María en España y, García Caveró Percy en el Perú constituyen los fundamentos jurídico penales para no imputar responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas extremadamente neutrales en el Perú, basado en que el cumplimiento de un deber general o especial no genera ninguna responsabilidad penal, sino todo lo contrario.

1.3. Variables

- **Variable Independiente:**

Los fundamentos del funcionalismo penal para no imputar responsabilidad penal.

- **Variable Dependiente:**

Delitos de organización mediante conductas extremadamente neutrales.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Revisado los antecedentes de investigación se han podido encontrar los siguientes trabajos relacionados con la presente investigación:

Rosales (2008) en su tesis titulada “La complicidad en los delitos de organización personal mediante conductas externamente neutrales: Una solución desde la prohibición de regreso”. Tesis para optar el título profesional de Abogado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima. En la presente tesis, he considerado conveniente -como lo muestra el título del mismo- centrarnos en los problemas de complicidad dejando de lado la importancia que puede presentar el problema en las otras formas de intervención en el delito.

Asimismo, pretendo demostrar que las soluciones que se han ido elaborando en aras de dar una respuesta satisfactoria al problema de las conductas neutras, cotidianas o habituales, muchas veces han partido de casos particulares que se presentan en la realidad, y a partir de ello han intentado arribar a soluciones generales. En este trabajo, el método que se propone es inverso. Para nosotros, arribar a la que creemos la solución adecuada, implicará elaborar una fundamentación idónea para la intervención o participación en el delito (esto es, los supuestos de complicidad), lo que significa, inicialmente, que hay que dejar en claro cuál es la razón por la cual debe responder jurídicamente todo partícipe, y a partir de ella abordar el tópico de la neutralidad de las conductas. En este sentido, tendrá mucha importancia el análisis que sobre el sinalagma: autodeterminación / responsabilidad por las consecuencias del actuar, se desarrolle. De tal forma, el

cómplice, responderá no porque participe en el injusto de otro (el autor), sino porque el hecho típico también le pertenece y por ende se le imputa.

Arequipeño (2017) en su tesis titulada: “La imputación penal en la coautoría y la aplicación de la teoría del dominio del hecho en el código penal peruano”- Tesis para optar el grado de Maestro en Derecho, Mención en Ciencias Penales. Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”, Huaraz. La aplicación en nuestro país de los fundamentos de la imputación objetiva, para determinar la responsabilidad penal en caso de coautoría, manifiesta serios defectos de técnica jurídica. No es posible suplir el déficit del elemento objetivo que presenta el coautor, a su modo de actuación en el delito, mediante el recurso a un elemento subjetivo denominado “acuerdo común”. Concluyendo que la imputación penal en la coautoría no se soluciona necesariamente mediante la aplicación de la teoría del dominio del hecho, sino a través de la aplicación de los fundamentos de la imputación objetiva asociados a la prohibición de regreso; fundamentándose en que el criterio del dominio resulta siendo insuficiente, puesto que el hecho no puede proclamarse solamente para los autores, sino que todos los intervinientes punibles han sido competentes por el dominio del riesgo. Por ello la imputación penal en la coautoría no se soluciona necesariamente mediante la aplicación de la teoría del dominio del hecho, para ello es necesario aplicar los fundamentos de la imputación objetiva asociados a la prohibición de regreso.

Granados (2017) en su investigación denominada: “Fundamentos jurídicos doctrinales del funcionalismo penal que justifican la punibilización de la tentativa inidónea en el Perú”. Tesis para optar el Título profesional de Abogado.

Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo”, Huaraz. La presente investigación poseyó como objetivo general, determinar cuáles son los fundamentos jurídicos del funcionalismo penal, para punibilizar la tentativa en el Perú. El tipo de investigación empleado fue el dogmático–normativo, aplicando el tipo de diseño no experimental, con diseño general transeccional o transversal y de diseño específico descriptivo-explicativo; la metodología de investigación se basó en el empleo de modo específico del método dogmático, hermenéutico o interpretación jurídica, exegético y de argumentación jurídica. Los resultados de la investigación revelaron la existencia de fundamentos jurídicos que propone el funcionalismo penal para punibilizar la Tentativa en el Perú, generando con ello mayor drasticidad de la pena al momento de criminalizar la tentativa, una incongruencia en el tratamiento normativo y jurisprudencial de la Tentativa en nuestro ordenamiento jurídico, y que la punibilización de la Tentativa, bajo los fundamentos jurídicos del funcionalismo penal, devendrá en una reducción de la impunidad.

Jaramillo (2016) en su investigación titulada: “La influencia del funcionalismo en las decisiones judiciales por las muertes en combate ocasionadas por miembros de las fuerzas militares colombianas a partícipes en la conducción de hostilidades en desarrollo de operaciones militares en contexto del DIH”. Tesis para optar el grado en la maestría en Derecho Público Militar. Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá. este trabajo de investigación ha planteado como objetivo principal identificar la dogmática funcionalista del delito en Colombia, con el fin de establecer cuál es la influencia de ésta en las muertes en combate que causan miembros de las Fuerzas Militares a personas que participan directamente en las

hostilidades en desarrollo de operaciones militares en el contexto de conflicto armado interno y las decisiones judiciales al respecto, revisando las teorías y sistemas precedentes, para así entender el sentido práctico de su aplicación. Para ello, se identificarán las características del sistema funcionalista del delito, realizando una descripción respecto de las anteriores concepciones a fin de esclarecer sus cambios. En ese camino, se identificarán en el código penal los presupuestos o elementos que demuestren la teoría que influencia el código, para así analizar el impacto del funcionalismo del delito en las muertes en combate de personas que participan directamente en las hostilidades en desarrollo de operaciones militares en contexto de conflicto armado interno y las decisiones que pueden tomarse en torno a tales conductas.

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. Funcionalismo penal

2.2.1.1. El funcionalismo en el sistema penal

2.2.1.1.1. Contexto en que nace el funcionalismo sistémico

El análisis de las distintas teorías del pensamiento funcional sociológico ha repercutido en las diferentes ramas de las distintas áreas; hoy en día, se habla de la influencia del funcionalismo como sistema en la Educación, en la Administración, en la Economía, en el Derecho, entre otros.

“...Dentro del Derecho y para ser más específicos aún dentro del Derecho penal, las diferentes direcciones del funcionalismo estructural de Parsons y del funcionalismo sistémico de Luhmann han desarrollado sorprendentemente el

Derecho penal...” (Montero, s/f). El pensamiento penal en los últimos tiempos supone el principio de una tendencia funcionalista muy marcada y contraria a la tendencia finalista.

En un inicio el pensamiento penal dentro de esta corriente fue desarrollado por Claus Roxin (funcionalismo moderado) influido por el funcionalismo de Parsons; ahora, el responsable de los últimos debates se debe en gran medida a la obra de Günther Jakobs (funcionalismo radical, influido por Luhmann), discípulo de Hans Welzel; sin duda Jakobs representa un cambio de paradigma al establecer que las categorías dogmáticas no pueden hacerse con base a una fundamentación ontológica del derecho.

A) El Funcionalismo con referencia al Estructural-Funcionalismo (Parsons)

Parsons pertenece al paradigma funcionalista, por lo tanto, su interés es técnico para predecir y controlar. En contraposición a Marx Weber y Durkheim él no es considerado fundador de ningún paradigma, pero lo ubicamos junto a Durkheim en el paradigma funcionalista, donde elabora una teoría que recicla el funcionalismo, trabaja la tesis de la acción social. “...En los libros de sociología de Parsons es perceptible la influencia de Hegel, en el que se inspira para solucionar el problema que plantea en la dinámica sociológica la libertad individual...” (Arnoletto, 2007, p. 2).

Para Montero (s/f) el concepto de acción social es un tema de vital importancia en la teoría de Talcott Parsons, por que surge del actor que interactúa en el escenario con otros actores. “...El titular de la acción social es el actor, el cual

cumple un rol, que es el papel que juega en la sociedad en relación a otros. Por tanto, cada actor cumple varios roles dependiendo del escenario en el que esté” (p.2).

Encuadrado inicialmente dentro de la teoría de la acción social, adoptó el funcionalismo desarrollando una teoría sistemática del comportamiento humano basado en el principio de la voluntariedad. Para Parsons la acción social debe ser estudiada en sus dos dimensiones: la estructura y el funcionamiento. La estructura tiene cuatro objetos.

- Sicológicos: acciones imprescindibles o afectivas (llorar, comer, reír)
- Físicos: objetos materiales, no interactúan, pero son imprescindibles como medios.
- Culturales: Regulan y le dan significado a la acción como los valores y las normas.
- Sociales: otros individuos con quien se interactúa.

El funcionamiento tiene tres modos de ser:

- Catético: relacionado al amor o al afecto, los actores se relacionan a través de estos valores.
- Cognitivo: relacionado al conocimiento, merced al cual se investiga o se deja conocer.
- Evaluativo: relacionado al valor, que en realidad se presenta como metacognitivo y se relaciona con algo por cuán correcto es.

B). Luhmann y su funcionalismo sistémico

Luhmann (2002) es uno de los que más ha influido al derecho penal, con el tema del funcionalismo y su relación con la sociedad. El Profesor de la Universidad de Bielefeld, fundó la teoría de los sistemas sociales autopoieticos pero su pretensión intenta abarcar una teoría social universal. Es decir, una teoría que abarcara todo lo social y nada más que lo social. “Todos los esfuerzos del derecho por conocer y reconocer tienen lugar en la sociedad. Estos esfuerzos se encuentran y mantienen ligados a la comunicación y, en consecuencia, también, al lenguaje...” (p. 359).

Dicho esto, es por ello que Luhmann determinó que la sociedad es un sistema que se compone de comunicaciones y no de seres humanos. Luhmann entiende que es importante el papel de los seres humanos, pero que ellos no componen el sistema, pero insiste que—éstos son partícipes y ejecutores de una comunicación que los trasciende, sus actos son expresión de un sentido social, más que plasmación de una psicología o una conciencia individual independiente.

Para Bernaate (s/f) el derecho penal encuentra su justificación según Luhmann a partir de la “...solución de la doble contingencia y que a medida que va avanzado, la complejidad que ello supone torna en imperativa la necesidad de contar con un mecanismo que permita que las comunicaciones...se desenvuelvan de una manera adecuada, previsible, y allí la deviene la necesidad del derecho como mecanismo que permite lo anterior...” (p. 14).

Además, Luhmann afirma que, el derecho reduce el caos en la comunicación entre seres humanos estabilizando unos mínimos y excluyendo ciertas posibilidades de comportamiento las que no se debe contra en la interacción social.

2.2.1.1.2. Diferencia entre el análisis funcional y funcionalismo sistémico

Según Barquin (s/f) “En el primero se explica una institución o modelo de conducta en razón de si sus consecuencias son positivas o no (funcionales) para una estructura o para una dominación; es un método paralelo a las explicaciones causales e intencionales en las ciencias sociales...” (p. 2).

En cambio, toda concepción orgánica de la sociedad tiene a ser antidemocrática y reaccionaria, no puede decirse lo mismo de los análisis funcionales.

2.2.1.2. El funcionalismo penal de Jakobs

“El profesor alemán de la universidad de Boon, Günther Jakobs, formula su pensamiento, partiendo de la idea del funcionalismo jurídico penal, concebido como aquella teoría conforme a la cual el derecho penal está encausado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad...”(Marquez, s/f, pp. 105-106). Esto se debe en gran parte porque cimienta sus postulados en la teoría de sistemas de Luhmann, citado por Márquez (s/f). “...La sociedad dentro de este razonamiento no es entendida en consideración la punto de vista de conciencia individual y en tal sentido como un sistema que puede componerse de sujetos que realizan contratos, producen imperativos categóricos y o se entiendo tareas similares...”(pp. 105-106).

Para Jakobs (2003) las normas y las consecuencias jurídicas a su trasgresión orientan al ciudadano y se corresponden a la norma social en el mundo social de contactos interpersonales, a las regularidades la naturaleza que orientan a los seres vivos en general. La pena por consecuencia jurídica por transgredir a la norma jurídica de convivencia se asemeja a la pena naturales que sufre el trasgresor de las normas vitales o simplemente sociales. En este sentido para Jakobs la "...misión de la pena es el mantenimiento de las normas como modelo de orientación para los contactos sociales, contenido de la pena es una que tienen lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma" (p.14).

En esta línea de ideas se puede verificar que la teoría de Jakobs gira en torno a tres elementos esenciales, la sociedad, norma y persona; y explica a la pena en cuanto significado y fin en la sociedad, desde la perspectiva funcional.

Sociedad (Gesellschaft).- La sociedad es el sistema social global que se integra de diversos sistemas parciales y se basa en comunicaciones. "...Siendo así que a través de esas comunicaciones es posible la sociedad; y esta es la que así está funcionando por intermedio de las personas que son las únicas que proporcionan una comunicación correcta, sus actos son expresión de un sentido social..." (Montero, p. 35).

Según Jakobs (2000) "...Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo... En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo" (p. 18).

Norma.- Siguiendo a Mir Puig, citado por Muñoz (1985) “...norma es toda regulación de conductas humanas que se pretende regular... La norma tiene por base la conducta humana que pretende regular y su misión es la de posibilitar la convivencia entre las distintas personas que componen la sociedad...” (p. 39)

Para Muñoz (1985) “La comunicación es lo que posibilita la existencia de expectativas. Las normas son expectativas de expectativas, pues no solo se espera algo del otro, sino que también se valora lo que la propia conducta significa para el esperar ajeno...” (p. 39). Ahora bien, la norma en sentido jurídico-penal es la expectativa normativa, esto es, una expectativa que incluye su confirmación en caso de que sea frustrada.

Persona. - Muñoz (1985) “...reconoce como suya la definición de Luhmann, al considerar que la persona no es algo natural sino una construcción social, muy distinto al individuo, es un concepto autorreferente, autopoietico y funcional, no olvidando que es también un sistema psico-físico y constitutivo de la Sociedad, que expresa un sentido comunicativamente relevante...” (p. 39).

En este sentido, no basta para la constitución de una persona en el derecho, de un ciudadano, solamente postular un destinatario para deberes y derechos o, incluso limitarse a pensarlo; por el contrario, es necesario que ese destinatario realmente posibilite orientarse con él como persona en derecho.

Así Jakobs concluye que, la correcta proposición es que todo aquel que presta fidelidad al ordenamiento jurídico con cierta fiabilidad tiene derecho a ser tratado como persona”, y quien no lleve a cabo esta prestación, pues será

heteroadministrado, lo que significa que no será tratado como persona y será tratado de forma diferente.

2.2.1.3. El funcionalismo sistémico y el derecho penal del enemigo

El funcionalismo penal se encuentra vinculado de manera muy estrecha al derecho penal del enemigo, pues la primera otorga fundamento para a la construcción de la segunda teoría. Una primera velocidad, representada por el derecho penal de la cárcel, en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. “La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una «tercera velocidad» del derecho penal, en la que el derecho penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales...” (Silva, 2012, p. 163).

Según Nuñez (2009), el concepto de derecho penal del enemigo fue introducido en el debate por Günther Jakobs a partir de un congreso celebrado en Frankfurt en el año 1985, en el contexto de una reflexión sobre la tendencia alemana hacia la criminalización en el estadio previo a una lesión del bien jurídico.

Jakobs (2003) parte de un supuesto muy peculiar, establece que el “Estado puede proceder de dos formas con los delincuentes: puede ver en ellos personas que

delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico...” (p. 47).

Esto quiere decir que clasifica a los delincuentes dependiendo de su grado de reincidencia o habitualidad ,y con razón ponen algunos tratadistas que: “...Según este autor, el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento individual o como parte de una organización, ha abandonado el derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental; es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta ese déficit a través de su conducta” (Sánchez, 2007, p.8).

Para Sánchez (2007) las características de este derecho sería, según Jakobs, la amplia anticipación de la protección penal (lo que representa el cambio de perspectiva del hecho pasado al futuro; “...el aumento sensible de las escalas penales; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y el socavamiento de garantías procesales...” (p. 8).

Otros autores ven en este derecho otras características. “...Los rasgos centrales de dicha inclinación serían entre otros: la administrativización del derecho penal, esto es la reglamentación de nuevos sectores de la vida social eludiendo flagrantemente el principio de legalidad a través de la creación de delitos y penas por vía administrativa, la globalización del derecho penal, en tanto genera la intención de una persecución supranacional de la criminalidad de igual alcance, y la progresiva deconstrucción del paradigma liberal del Derecho Penal...” (Nuñez, 2009, p. 5).

La aplicación práctica de esta tendencia, a veces, se distingue mediante las elocuentes denominaciones de algunas leyes: Leyes de combate contra el terrorismo, Leyes de lucha contra el tráfico de drogas. En otros casos, es el propio contenido de las normas lo que muestra su filiación al Derecho Penal del Enemigo. En el Perú se ha dado leyes como la 27557 ley contra el terrorismo, que incorporaba normas especiales para su juzgamiento.

2.2.2. Conductas neutrales

Las conductas neutrales son aquellas que, si bien no son inequívocamente delictivas, acaban favoreciendo conscientemente en la comisión de un delito. Es decir, se tratan de comportamientos que, conformes en sí mismas al ordenamiento jurídico (Generalmente conductas lícitas, inocuas e intercambiables), son aprovechadas por terceras personas –autorresponsables– para llevar adelante un ilícito penal.

Robles (2003), partiendo de esta primera aproximación, estamos en condiciones de extraer cuáles serían dos de los elementos más característicos de este tipo de conductas. En primer lugar, son conductas que se realizan de manera adecuada a un rol, estándar o estereotipo (p. 33), es decir, son conductas que, *per se*, son lícitas o inocuas; en segundo lugar, existe un conocimiento cierto o probable, por parte de quien realiza la conducta de favorecimiento, sobre la idoneidad de una acción, directa o indirectamente (p. 33), para producir un resultado delictivo (Ambos, 2001, p. 196).

Como se puede apreciar, en este tipo de comportamientos se genera una delgada línea roja entre lo que sería una conducta socialmente adecuada (impune) y lo que podría configurar una participación delictiva (punible) y es, específicamente, éste el núcleo del problema que motiva el presente trabajo.

Jakobs (2006) con la finalidad de graficar brevemente cuál sería el ámbito de las conductas neutrales, se exponen algunos ejemplos: el panadero que vende una barra de pan a X sabiendo que éste la utilizará para matar a su propia esposa; un taxista transporta a un cliente, de Z a Y, sabiendo que éste último pretenderá cometer en Y un asesinato (p. 216).

2.2.2.1. Ubicación del problema en la teoría del delito

Las opiniones que se han dado sobre la ubicación de las conductas neutrales en la teoría del delito han sido, *grosso modo*, tres:

- a) la que niega toda relevancia de análisis de dichos casos en cualquier nivel de la teoría del delito. Desde esta perspectiva, cualquier conducta de cooperación o de prestación de ayuda causal para el resultado debe ser considerada complicidad punible; y en última instancia, sea acorde a la teoría de la pena para graduarse castigo (Robles, 2003, pp. 51-52) ;
- b) la que sí admite la relevancia penal de estas conductas, pero considera que el marco de análisis es el de la justificación (Robles, 2003, pp. 51-52);
- c) la que también admite la relevancia penal de estas acciones, pero ubica el problema en el tipo penal.

Ambos (2001), señala que en la actualidad, es ampliamente mayoritaria la doctrina que ubica la problemática de las conductas neutrales en el *tipo penal*, v.gr., Roxin, Otto, Ambos, Frisch, Jakobs, Weigend, Schünemann, Schumann, Silva Sánchez, Robles Planas, Feijoo Sánchez. No obstante, la gran diferencia que debe destacarse entre ellos es la siguiente: algunos autores brindan la solución en el tipo *subjetivo*, es decir, hacen depender la existencia del riesgo penalmente desaprobado del conocimiento o la posibilidad de conocer del primer interviniente, mientras que otros ubican el tema en un nivel de análisis anterior, vale decir, en el tipo *objetivo* (pp. 199-205).

2.2.2.2. Límites de naturaleza objetiva o subjetiva

Para Roxin (2000), hay un dato importante que debe ser tenido en cuenta y es el siguiente: es verdad que las teorías objetivas difieren sustancialmente de las subjetivas, y viceversa, pero hay un punto importante en común entre ambas doctrinas; las dos pretenden *establecer criterios de aplicación restrictiva* (pp. 177-178) de la responsabilidad del cómplice por acciones neutrales.

a) Límites Subjetivos. Los partidarios de esta corriente definen si una conducta, objetivamente neutral, es punible atendiendo al *grado de conocimiento* que tiene el primer interviniente con respecto al fin delictivo del autor del delito.

Uno de los máximos defensores de esta corriente de pensamiento es ROXIN (2000). Este autor distingue, en primer lugar, si el primer sujeto actúa con dolo directo o eventual (p. 205).

Ambos (2001) señala que si actúa con dolo directo en relación al fin delictivo del autor (segundo sujeto), además, deberá demostrarse si el aporte al hecho tiene un significado delictivo, es decir, si tiene un valor para el hecho principal y el partícipe lo sabe; entonces por lo general entraría en consideración la complicidad punible. (p. 203).

Por el contrario, se excluye la punibilidad si, a pesar de conocer el fin delictivo del autor, el aporte tiene un sentido *legal*, es decir, tiene sentido con independencia del hecho principal (Ambos, 2001, p. 203). Si el primer sujeto obra con dolo eventual, como regla general, debería *excluirse la punibilidad* porque, según ROXIN, le está permitido confiar (principio de confianza) en que otros no cometerán hechos punibles salvo que dicha suposición sea desvirtuada por una *reconocible propensión al hecho* del tercero (Weigend, 2006, p. 65).

Muy críticos con el criterio de la referencia de sentido delictivo de Roxin, entre otros, Silva Sánchez, (2000) Jakobs (Roxin, 2000), Weigend (2006) Y Schünemann (Roxin, 2000).

OTTO, en términos similares a ROXIN, también es partidario de darle una relevancia decisiva al elemento subjetivo. Sin embargo, OTTO distingue las acciones neutrales según se realicen en el ámbito laboral o en el privado. En el primero, pretenden castigar cuando el interviniente no conoce positivamente que su conducta puede ser utilizada para un fin delictivo. En cambio, en las acciones neutrales de carácter privado considera suficiente que el interviniente «crea reconocer el peligro concreto de que se cometa el peligro» (Ambos, 2001, p. 203).

De igual modo, es partidario de límite subjetivo el *BGH* (Tribunal Supremo Federal de la República Federal de Alemania). Su posición queda enmarcada en el siguiente párrafo: « Si la acción del autor principal va dirigida exclusivamente a la comisión de una acción punible y si el que presta ayuda lo sabe, entonces su aporte al hecho debe considerarse como conducta de complicidad. En este caso su actuar pierde siempre el carácter de “ cotidiano”; ha de definirse como “solidarización” con el autor y, por tanto, ya no puede considerarse como “socialmente adecuado”...Por el contrario, si el que presta ayuda no sabe cómo será empleada su aportación por parte del autor principal, y sólo lo considera posible entonces su actuar por lo general todavía no debe considerarse como una acción punible de complicidad, salvo el caso de que el riesgo por él reconocido de que hubiese un comportamiento punible por parte de la persona a quien ayudó fuera tan alto, que con su prestación auxiliar fue su empeño favorecerá un autor reconociblemente propenso al hecho» (Ambos, 2001, pp. 203-204).

b) Límites Objetivos. Se considera, por un importante sector de la doctrina, que el análisis correcto de la situación debe llevarse a cabo en sede del tipo objetivo. En general, los autores que niegan el castigo de las conductas neutrales en el tipo objetivo argumentan en base a razones de carácter pragmáticas y sistemáticas (Robles, 2003, p. 72).

En nuestros tiempos es claramente minoritario el sector de la doctrina que defiende, conjuntamente con una discutida concepción que fundamenta el castigo de la participación, la exclusiva necesidad de la presencia de causalidad

y dolo para comprender que una conducta de favorecimiento a un hecho principal es antijurídica.

En este sentido, como indica Robles (2003) es ampliamente reconocido que, a la hora de analizar cualquier forma de intervención en el delito, la mera causalidad no es suficiente para afirmar la imputación de la conducta. Además, hay un importante consenso en considerar que el mismo tipo objetivo de la complicidad necesita de restricciones (pp. 79-80).

Estas restricciones se han ido trazando de la mano de las siguientes teorías: a) prohibición de regreso; b) adecuación social; c) adecuación profesional; d) solidarización con el injusto ajeno; e) incremento del riesgo; f) principio de confianza y autorresponsabilidad (Roxin, 2000).

En forma breve, se tratarán de describir las características principales de las distintas teorías previamente descritas:

- a) Es importante distinguir a qué teoría de la prohibición de regreso nos estamos refiriendo. A grandes rasgos podemos hablar de tres: teoría clásica de FRANK; la nueva teoría de la prohibición de regreso; y la diseñada por JAKOBS. Las diferencias entre una u otra teoría son relevantes. Mientras que la teoría clásica se desarrolla sobre una comprensión causal del tipo objetivo; la nueva teoría parte, en términos generales, de un concepto de imputación desligado de la causalidad, pero vinculado a referentes pres jurídicos (dominabilidad, controlabilidad y autorresponsabilidad); por último, la teoría de JAKOBS se confecciona de forma exclusivamente normativa, esto es, desprovista de todo aspecto meramente naturalístico.

- b) La teoría de la adecuación social ha sido ideada y creada por WELZEL. Según este autor, «...las acciones que se mueven dentro del orden ético-social históricamente establecido de la vida en sociedad deben quedar fuera del ámbito del injusto», incluso cuando caen dentro del tenor literal de un tipo penal; (Robles, 2003, p. 93).
- c) En general, las distintas contribuciones de la doctrina han tenido como epicentro la actividad bancaria con respecto a los hechos delictivos cometidos por sus clientes. Se constata, de tal forma, la aplicación de la teoría de la adecuación social de WELZEL pero supeditada siempre a contextos y actividades profesionales determinados y expresamente regulados. Se considera socialmente adecuada la conducta de aquel individuo que se comporta conforme a las normas o usos habituales de la actividad profesional que desempeña y, a pesar de ello, favorece, conscientemente, un delito ajeno. Uno de los principales defensores de esta posición es HASSEMER;
- d) SCHUMANN es quien elabora la teoría relativa a la solidarización con el injusto del autor. El autor parte de una concepción distinta sobre el injusto de la participación delictiva, criticando la teoría de la causación al considerar que sus soluciones son incompatibles con el principio de autorresponsabilidad (Robles, 2003, pp. 101- 102). Para SCHUMANN la razón por la que se puede hacer responsable a un partícipe reside únicamente en su particular *desvalor del acto*, consistente en la solidarización con el injusto del autor. «La participación exterioriza un *desvalor socialmente insoportable* en tanto que el partícipe se solidariza a través de su aportación con el injusto doloso ajeno, esto es, se “coloca de manera identificable de parte del injusto”», (Robles, 2003, p. 103).

- e) ROXIN es, precisamente, uno de los defensores de esta teoría. Básicamente, se afirma que la creación de un riesgo por parte del cómplice consiste en un incremento del riesgo penalmente desaprobado para el bien jurídico protegido;
- f) El principio de confianza puede ser, también, utilizado para establecer los límites de la participación punible. Se opina que «quien realiza una aportación que en sí misma es conforme a Derecho, no tiene por qué contar con el uso incorrecto (delictivo) que un tercero haga, a pesar de que ello sea previsible o probable»; (Jakobs, 2006, pp. 253-255).
- g) Se considera que en la base del principio de confianza se encuentra el de autorresponsabilidad, mediante el cual «...no sólo se reconoce que todo individuo debe responder por las consecuencias del ejercicio de su libertad, sino también se garantiza no hacer responsable a alguien por un hecho que no es consecuencia del ejercicio de su autonomía individual, sino de la del otro. En este sentido, no forma parte del ámbito de responsabilidad de quien se comporta cuidadosamente impedir las consecuencias que resulten de la conducta descuidada de otro individuo. La autorización para confiar en el comportamiento correcto de los terceros se da en tanto los terceros sean sujetos responsables y a cuya propia esfera de responsabilidad se le deban imputar sus propias infracciones» (Robles, 2007, p. 109).

En el ámbito de los límites de naturaleza objetiva (Silva, 2005, pp. 90-92) me detendré brevemente en el análisis de las teorías propuestas por Jakobs, Frisch y Robles Planas.

JAKOBS (2006) fundamenta la exclusión de la punibilidad del cómplice sobre la base de dos ejes fundamentales de su teoría: en primer lugar, su concepción de la prohibición de regreso (Jakobs, 2006, p. 216); y en segundo lugar, su tesis de los roles. A los fines de poder determinar el carácter dominante –o no- del fin delictivo, se debe acudir al sentido objetivo de la acción, lo que coincide, según Jakobs, con *laideadero* (Jakobs, 2006, p. 203).

Para Jakobs (2006), en un primer momento de su estudio, lo importante es determinar «en qué supuestos quien origina un curso causal dañoso ya no se puede distanciar de las consecuencias» (p. 203). De esta forma, considera que es posible excluir la responsabilidad del primer interviniente, en el ámbito de la prohibición de regreso, en aquellos casos en donde sea dable un distanciamiento de aquél. Es decir, la cuestión decisiva es determinar si una conducta debe anexarse al plan delictivo del autor o si, por el contrario, se puede distanciar de dicho plan (Jakobs, 2006, p. 370).

Ahora bien, ¿cuándo se daría este distanciamiento? Cuando «su comportamiento en el momento de su ejecución no depende en absoluto de que lo continúe la acción...del ejecutor, pues entonces el “interviniente” ha creado una situación que, si bien otras personas puede que continúen hasta realizar el tipo, sin embargo precisamente de él no ha recibido un sentido de realización de tipo y no puede resultar teñida retroactivamente por dicha realización. El “interviniente” no ha pretendido ningún riesgo especial» (Jakobs, 1995, p. 844).

De acuerdo Jakobs (1995), la «causación fuera de un contexto delictivo no es más que la creación de una situación en la que otro cometerá un delito, y esto

significa...actuar sin responder por la causalidad por el mero hecho de conocerla» (p. 845). Por el contrario, afirma la responsabilidad del primer interviniente cuando éste define «su actuación como parte de un plan delictivo, esto es, [cuando] sólo puede motivarse por el plan delictivo». (Jakobs, 2006, p. 374).

En un segundo momento de análisis, Jakobs relativiza su criterio inicial. Lo reformula hacia la idea de configuración de la prestación de forma que se adapte al contexto delictivo. Esto es, el partícipe «específicamente configura su prestación de tal modo que encaje dentro del contexto delictivo de comportamiento» (Jakobs, 2006, p. 253). Con la idea de concretar el sentido objetivo del comportamiento, Jakobs (2006) acude, por un lado, a la configuración específica de la conducta; y por el otro, al *contexto* en el que ésta se enmarca (p. 253). Por último, se debe resaltar que, en la teoría de este autor, los conocimientos especiales son irrelevantes (p. 254).

Una clara aplicación de la doctrina de JAKOBS en la jurisprudencia española, es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, N° 95/2002 (sección 15ª), del 09 de abril del 2002, ponente: Alberto Jorge Barreiro, en donde se resuelve la impunidad de la causada a título de cooperador necesario en un delito contra la hacienda pública.

Por otro lado, Frisch parte de una idea central en su análisis, a saber: la ponderación entre la libertad general de actuar y la protección de bienes jurídicos. Frisch opina que «la sanción por un delito de comisión activa requiere que se haya producido por exceso en el uso de la libertad. Así, la fundamentación de la sanción en estos casos debería partir de acreditar que el sujeto ha cometido un exceso en su

libertad jurídicamente definida. Para ello deben utilizarse criterios objetivos; los subjetivos—la mala voluntad—, si el sujeto se mueve en el marco de lo jurídicamente permitido, son insuficientes. Pues bien, en el caso de las acciones cotidianas se trata de conductas que, al menos en los ejemplos normales, pertenecen a la libertad jurídica; así la cuestión es cuándo podemos decir que el sujeto ya no se mueve en el marco de su libertad. Ello tiene lugar cuando la conducta tiene la función de hacer posible el comportamiento delictivo. En los casos en que no es así, para el Derecho se trata básicamente de la toma en consideración del sujeto por razones de solidaridad para conjurar determinados peligros». (Frish, 2004, pp. 203-204).

Para el autor, «debe hablarse de una conducta consentido delictivo siempre que en todo o en parte presente una configuración tal que desde el punto de vista general o bajo la consideración de las circunstancias del caso sólo pueda ser explicada delictivamente, esto es, que globalmente o en referencia a las partes correspondientes no tenga otro sentido más que como posibilitarían o facilitación de una conducta delictiva ajena» (Frish, 2004, pp. 285-286). Sólo será ilícita aquella conducta común *indudable* significado delictivo, esto es, cuando la conducta sea cómoda de tal manera a la posibilitación o facilitación de la conducta delictiva del ejecutor que, su propio contenido de sentido, sea gota en dicho favorecimiento o posibilitación.

Frish busca concretar su principio atendiendo a los siguientes criterios: la cercanía al hecho principal de la acción del cómplice; que éste actúe a petición expresa del autor o que exista una especial posición de deber (Weigend, 2006, p. 70).

Por último, analizar la posición de Robles Planas. Para él, no se tiene, con carácter general, la obligación de velar por las consecuencias de la propia conducta cuando aún falta por actuar un sujeto autorresponsables. Es una excepción a dicha regla, cuando de la propia conducta se desprende la obligación de velar por las consecuencias. Según el autor, esto se origina, bien porque se tiene una determinada posición jurídica, o bien porque la conducta muestra una configuración tal que se adapta al comportamiento delictivo ajeno. También, en los supuestos de lesión inminente de un bien fundamental, si existe una posición jurídica, conforme las reglas generales, ésta va a determinar la imputación por intervención (Robles, 2007, p. 310).

Robles (2007), considera como criterios de imputación: a) la infracción de los deberes especiales que el ordenamiento jurídico impone; b) en los ámbitos que no existen deberes especiales, adopta un criterio restrictivo de punibilidad consistente en la adaptación de la conducta al hecho.

a) En relación al primer criterio de imputación, la presencia de deberes especiales fundadores de posiciones de garante es un factor que, ante el incumplimiento del mismo, puede conducir a la imputación del resultado siempre y cuando dicho incumplimiento adquiera objetivamente un sentido de cooperación delictiva (Robles, 2007, p. 293). Asimismo, considera preferible utilizar el término *posición jurídica*, en vez de posición de garantía. Se quiere destacar que el ordenamiento jurídico atribuye deberes que obligan a quien ocupe una determinada posición a tener en consideración la posterior actuación del tercero a los fines de la propia conducta (p. 294)

Robles (2007) opina, también, que las posiciones jurídicas, según su terminología, pueden tener un significado y alcance distinto atendiendo si se trata del *control o vigilancia de conductas de terceros sobre ciertos bienes o del aseguramiento de determinados objetos peligrosos*. En relación al primer supuesto, sea firma que únicamente a partir del momento en que el sujeto ha asumido, efectivamente, el control o vigilancia de ciertas conductas, colocándose desde ese momento en una posición de especial relevancia para la evitación de conductas delictivas de terceros, será posible determinar la intervención en el delito posterior para el caso que incumpla los deberes previamente asumidos (pp. 295-296).

En igual modo, en lo atinente a los deberes de *aseguramiento de objetos*, (pp. 295-296) la creación de un riesgo desaprobado sólo puede afirmarse en tanto en cuanto exista un deber especial. Tal deber de aseguramiento sólo nace cuando al ámbito de organización pertenecen objetos que, por su especial peligrosidad, quedan excluidos del ámbito de disponibilidad general. Se trata siempre de riesgos especiales porque dichos objetos tienen una aptitud especial para lesionar bienes ajenos, pero por su utilidad se permite su tráfico, posesión o uso siempre que se respete la *normativa sectorial* (v.gr., otorgamiento de autorizaciones o licencias) (pp. 295-296).

Esta normativa sectorial es esencial para la constitución de los deberes de aseguramiento de objetos peligrosos (p.ej. armas de fuego, explosivos, sustancias nocivas) (pp. 298-299). Si no existe ninguna regulación específica que establezca el marco de los deberes específicos de aseguramiento, los criterios

de imputación sobre la existencia de intervención en el delito serán otros (adaptación de la conducta del interviniente al hecho delictivo).

- c) La infracción de los deberes derivados de la posición jurídica que ocupa el sujeto configura sólo el primer criterio de imputación de las conductas de intervención en el delito. En este acápite, estamos en presencia de supuestos en donde *no* existen deberes especiales, es decir, objetos y prestaciones disponibles por cualquiera. Lo importante será, para la imputación al primer interviniente, el *contexto*. Entendido éste como «su configuración para la comprobación de que el primer sujeto ha recortado su conducta de tal manera que encaje en el hecho del segundo, por un lado, y la situación (normativa) de la víctima, por otro lado» (p. 304). La configuración de la conducta debe crear las *condiciones específicas* de la comisión del hecho delictivo, es decir, debe crear con su conducta un riesgo especial de que ésta sea continuada hasta el delito (p. 304).

De lo dicho, en contextos de venta de objetos que pueden adquirirse libremente así como de prestaciones profesionales estandarizadas, no habrá, en general, razones para afirmar que la conducta de quien vende o transmite el bien o de quien realiza la prestación contiene un riesgo especial de continuación delictiva. «La propia *ubicuidad* de los bienes o la *fungibilidad* de las prestaciones impiden hablar de la existencia de una configuración especial de la conducta para el hecho finalmente acaecido. Cuanto más ubicua o cotidiana sea una determinada acción, mas con cernirá su aplicación delictiva al autor autorresponsable...» (Robles, 2007, 305).

Para poder afirmar la imputación del interviniente, es decir, para poder determinar la creación de un riesgo penalmente desaprobado será necesario exigir que el sujeto configure su conducta de forma tal que ésta pase a formar parte inequívoca del hecho delictivo (adaptación al hecho delictivo posterior).

Lo fundamental, en esta concepción, es si la conducta previa realmente está configurada delictivamente. Como ya se ha manifestado con anterioridad, el contexto juega un papel superlativo en la teoría que se analiza. No es tanto la obtención de un criterio general válido para todos los casos lo que se pretende, si no de hallar aquellas circunstancias o datos que pueden tener una cierta relevancia para interpretar la existencia de una conducta de intervención. Robles Planas, destaca, por una parte, el *inicio de la tentativa* como medio de ayuda para interpretar el sentido de la conducta del sujeto (Robles, 2007, p. 306); y por la otra, la *clase de bien (ubicuidad o fungibilidad)* que tiene por objeto la aportación (p. 307).

Por todo lo expuesto hasta el momento se desprende, a criterio de Robles (2007), una regla general que dice: «no se tiene el deber de prever qué es lo que otro va a realizar con las propias aportaciones a no ser que exista una posición jurídica específica o bien que el sujeto actué adaptando su conducta a un plan ajeno» (p. 82). No obstante, queda pendiente de estudiar un grupo de casos en donde no hay posiciones jurídicas especiales ni adaptación de la conducta del interviniente al plan delictivo del autor. Simplemente, el primer interviniente favorece un hecho delictivo ajeno que está teniendo lugar o va a tener lugar de forma *inmediata* (Robles, 2007, 308). A la pregunta de si, ¿se tiene la obligación de evitar que una aportación favorezca un hecho delictivo inminente?, el autor responde

negativamente. La solución, según esta posición, es la imputación al primer interviniente por la *infracción de un deber general de solidaridad*. Sin embargo, se reconoce expresamente que la infracción de un deber de solidaridad mínimo *no* recogería todo el desvalor que representa la prestación activa del favorecimiento al hecho (p. 313). Por tal motivo, el autor considera que estaríamos ante supuestos de infracciones *agravadas* de deberes de solidaridad, donde la agravación se fundamenta en la presencia de una conducta causal y consciente de la infracción del deber de solidaridad (pp. 100-101).

La propuesta, *de lege ferenda*, de Robles Planas es la creación de una figura delictiva que prevé a la infracción de un deber de solidaridad agravado con una pena acorde al desvalor del hecho, específicamente, un ilícito penal de omisión del deber de impedir determinados delitos (Lesch, 2003).

Sobre la base de los criterios desarrollados, Robles (2007) considera que la mayoría de los casos de conductas neutrales quedan fuera de la complicidad en el delito (p. 318).

2.2.3. Los delitos de organización

2.2.3.1. Antecedentes

La existencia de figuras delictivas que se configuran a través del actuar concertado de varias personas no conlleva ninguna novedad para el Derecho penal. Así, los clásicos delitos de pertenencia a una asociación criminal o bien la existencia de agravantes de delitos clásicos, como es el caso del hurto cuando es cometido en “banda”, requirieron de argumentos, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia,

ya sea para fundamentar su constitucionalidad, en el primero de los casos, o bien para establecer la diferencia entre el grupo (banda) y la participación en sentido estricto, en el segundo caso. Lo que resulta novedoso para el derecho penal clásico –si es posible seguir utilizando dicha categoría– es el incremento del elemento organización al interior de las legislaciones penales (Romero, 2015).

Este incremento es la resultante de varios factores, entre ellos, un proceso de aceleración social (Hartmut, 2005), la aparición de nuevas formas de criminalidad, propias de la modernidad tardía (v.gr. delitos tales como el tráfico de estupefacientes o la trata de personas), el impacto en la legislación local del proceso de internalización del Derecho penal, etc., que pueden ser resumidos bajo el concepto, desarrollado por Silva, expansión del Derecho penal (2001).

En otros términos, como señala Cancio (2008) “... las infracciones relacionadas con una asociación penalmente ilícita forman parte, de modo destacado, del marco político-criminal general de la expansión cuantitativa y cualitativa del sistema jurídico-penal”. (p. 27)

2.2.3.2. La internacionalización del derecho penal

El Derecho penal clásico es producto de ordenamientos jurídicos nacionales, unitarios y cerrados. El derecho penal de la globalización económica y de la integración supranacional es, en cambio, un Derecho crecientemente unificado, pero, al mismo tiempo, menos garantista, en el que se flexibilizan las reglas de imputación y en el que se relativizan las garantías político-criminales sustantivas y procesales (Silva, 2001, p. 81).

Las notas distintivas de este nuevo modelo de derecho penal son las siguientes (Santiago, 2017, pp. 75-120):

1. la internacionalización del derecho penal se realiza a partir de instrumentos de derecho internacional. En un primer momento, se desarrolló a partir del Derecho internacional consuetudinario, principios que fueron posteriormente codificados en el Estatuto de Roma, que creó la Corte Penal Internacional. Aunque son, principalmente, los tratados bi y multilaterales los que realizan el mencionado proceso de internacionalización. Estos convenios afectan a gran número de delitos tales como el terrorismo, el tráfico de armas y de drogas, la trata de personas, la prostitución y la pornografía infantil, la criminalidad organizada, el lavado de dinero, etc.
2. El derecho penal resultante del proceso de internacionalización es un derecho orientado a dar respuesta a demandas fundamentalmente prácticas. el estilo de argumentación utilizado es más bien pragmático y, en primera línea, orientado a argumentos fácticos. El pragmatismo que caracteriza a este modelo se visualiza en que los actores –fundamentalmente los estados– no discuten acerca de la creación de un nuevo Derecho penal basado en la redefinición de sus principios, sino que, ante una determinada problemática, por ejemplo, el narcotráfico o la criminalidad organizada, la respuesta es punitiva, plasmada en una convención internacional.

En este proceso de codificación de los llamados treaty crimes han retrocedido las discusiones dogmáticas, categoriales o sistemáticas¹⁸. la exigencia de dar respuesta a la delincuencia de la globalización se concibe, en general, en

términos punitivistas. a partir de acuerdos internacionales se intenta armonizar las legislaciones penales en aras de evitar que determinadas conductas permanezcan impunes en algunos territorios (“paraísos jurídico-penales”).

3. El legislador nacional y los jueces nacionales no son más, desde hace tiempo, soberanos de la promulgación y de la aplicación de las leyes penales, sino que están extensamente ligados a obligaciones internacionales. Siguiendo a Vogel, la internacionalización del derecho penal y del proceso penal es una forma de aparición de la interlegalidad (Vogel, 2008, p. 161). Los sistemas jurídicos inter y supranacionales influyen en los ordenamientos jurídico penales nacionales y provocan su resistencia. El hecho de que la criminalidad actúe, a causa de la globalización, de forma cada vez más transnacional, como en el caso del terrorismo internacional, la criminalidad organizada internacional o el tráfico ilegal de drogas o de personas, hace de motor de la internacionalización.
4. Ante la necesidad de dar una respuesta (punitiva) a la delincuencia transnacional no resulta posible que el derecho penal de base germánica prescindiera de la tradición jurídico-penal anglosajona (Common Law). Se percibe, en los últimos años, una pérdida ininterrumpida de significado internacional de la ciencia jurídico-penal alemana en todos los niveles. A pesar de que ella todavía conserva, de todas formas, influencia en numerosos Estados llamado sistema del Civil Law. Sin embargo, los conceptos básicos de la dogmática jurídico-penal alemana tales como bien jurídico o la división entre injusto y culpabilidad no son tenidos en cuenta en el patrimonio penal común internacional o europeo.

Cuánto ha invertido la dogmática jurídico- penal alemana en el intento de zanjar la división entre injusto (Unrecht) y culpabilidad (Schuld). Algo que en otros sistemas jurídicos resulta, aún hoy, totalmente desconocido. El “encuentro de culturas jurídicas” resulta confuso, la receptación de conceptos y categorías teóricas provenientes de otras tradiciones jurídicas es, muchas veces, ignorado por el legislador; es la dogmática jurídico-penal la que, en una suerte de defensa de trincheras, denuncia la proliferación de este fenómeno.

Ante esta situación, una de las pocas conclusiones que pueden extraerse es que el intento de universalizar la dogmática jurídico-penal alemana resulta una quimera. Ya a inicios del nuevo milenio Roxin, citado por Silva (2012), anunciaba que “la ciencia del derecho penal deberá fortalecer los fundamentos penales para un derecho penal supranacional, esto es en un tiempo previsible: el derecho penal europeo y un derecho penal internacional”. Sin embargo, la ciencia jurídico-penal alemana, salvo raras excepciones, no ha tenido influencia en el desarrollo de la legislación penal internacional (pp. 15-16).

En referencia a la criminalidad organizada, no debe perderse de vista el rol dominante que tuvo la política criminal de EEUU en materia de lucha contra el narcotráfico desde los años 1960 en la legislación internacional. Hubo una “americanización” de la respuesta de la comunidad internacional a problemática del narcotráfico, construida a partir del marco teórico establecido en las convenciones de naciones unidas. Estas convenciones fueron establecidas como resultado de una intensa y continua presión de los EE.UU, para liderar la política criminal en la materia.

La convención de Viena de 1988: Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sico-trópicas está en línea con los objetivos de la diplomacia americana como se indica en las recomendaciones “Foreign Assistance” de la Reagan organized Crime Commission.

Al mismo tiempo que la política criminal contra las drogas mostraba signos de ineficacia para combatir el flagelo, se estableció en la agenda internacional la necesidad de combatir un fenómeno más amplio, el propio de las organizaciones criminales. En la década del noventa el concepto “crimen organizado transnacional” emergió como un nuevo concepto en la academia y en el discurso popular. Esta categoría teórica surgió en una coyuntura histórica específica, cuando confluyeron factores sobresalientes, entre los cuales el más importante fue el fin de la guerra fría y su reemplazo por un nuevo orden mundial, que dio lugar a un nuevo discurso en materia de seguridad predicando el “combate contra el crimen organizado”. a partir del último decenio del siglo XX, diversos actores (políticos de diversos países, organizaciones internacionales, sector académico, etc.) fueron delineando el concepto “organización criminal transnacional” que tendrá su corolario en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia organizada Transnacional y sus Protocolos (UNTOC) (Palermo, 2000).

De especial interés resultan las convenciones de Viena de 1988 y la de Palermo de 2000, pues en ellas aparecen los delitos de organización, tanto en la forma de conspiracy (conspiración o confabulación) como de “participación en una asociación criminal” (“grupo delictivo organizado”). En el rumbo de la lucha contra las organizaciones criminales en el Derecho internacional, y con la finalidad de

armonizar las legislaciones nacionales dirigidas a dichos colectivos, elementos los dos modelos tradicionales (“participación en una organización criminal” y “conspiracy”) han sido introducidos en instrumentos jurídicos internacionales. Se asume frecuentemente que los modelos internacionales combinan elementos de los modelos tradicionales y, de este modo, cumplen con los mínimos requerimientos para la criminalización de la participación en una organización criminal y la conspiracy en todos los países que todavía no han introducido tal o similares provisiones. Desde que los modelos internacionales desarrollados en la ONU son un tanto diversos de los modelos tradicionales, presentes en el Derecho interno, requieren ser analizados.

2.3. Definición de términos

Los conceptos señalados fueron extraídos en su totalidad de la Enciclopedia Jurídica Omeba (2008).

- **Imputación.** -Es un término con origen en el vocablo latino imputatĭo. El concepto se utiliza para nombrar la acción y efecto de imputar (atribuir la responsabilidad de un hecho reprobable a una persona; señalar la aplicación de una cantidad para que sea tomada en cuenta en un registro), Por ejemplo: “La imputación del delito sorprendió al empresario, quien asegura que no tiene nada que ver con el hecho”, “Rupertson demostró ser un juez muy valiente al anunciar la imputación del diputado”, “El contador olvidó la imputación de los nuevos impuestos”, “Con la imputación de las ventas del último mes, el año arroja un saldo positivo”.

- **Imputación objetiva.-** Con ocasión del estudio del concepto e implicaciones de la imputación objetiva en la teoría jurídica del delito, el autor establece asimismo el alcance de los otros dos niveles de imputación (entendida como adscripción, no como descripción) penalmente relevantes: imputación subjetiva e imputación personal. Dentro de la imputación objetiva propiamente dicha, distingue asimismo entre un primer nivel, determinado por el riesgo o por la evitabilidad, según los casos, y un segundo nivel, relativo a la distribución de la imputación entre los diversos intervinientes en el hecho delictivo, incluida la propia víctima.
- **Responsabilidad penal.-** Es la consecuencia jurídica cuando existe una violación de la ley, realizada por un sujeto imputable o inimputable que lleva a término actos previstos como ilícitos, lesionando o poniendo en peligro un bien material o la integridad física de las personas. En Derecho significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto por el Derecho penal al deber de afrontar las consecuencias que impone la ley. Dichas consecuencias se imponen a la persona cuando se le encuentra culpable de haber cometido un delito como autor del mismo, o de haber participado en éste. La responsabilidad penal la impone el Estado, y consiste en una pena que busca castigar al delincuente e intentar su reinserción para evitar que vuelva a delinquir.
- **Delito.-** En sentido dogmático, es definido como una conducta, acción u omisión típica (descrita por la ley), antijurídica (contraria a Derecho) y culpable a la que corresponde una sanción denominada pena. con condiciones objetivas de punibilidad. Supone una conducta infracción al del Derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley. En sentido legal, los códigos

penales y la doctrina definen al "delito" como toda aquella conducta (acción u omisión) contraria al ordenamiento jurídico del país donde se produce. La doctrina siempre ha reprochado al legislador debe siempre abstenerse de introducir definiciones en los códigos, pues es trabajo de la dogmática. La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. La definición de delito ha diferido y difiere todavía hoy entre escuelas criminológicas. Alguna vez, especialmente en la tradición, se intentó establecer a través del concepto de Derecho natural, creando por tanto el delito natural. Hoy esa acepción se ha dejado de lado, y se acepta más una reducción a ciertos tipos de comportamiento que una sociedad, en un determinado momento, decide punir. Así se pretende liberar de paradojas y diferencias culturales que dificultan una definición universal.

- **Delitos de organización.-** Los delitos que se cometen a través de los sistemas sociales diseñados para lograr metas y objetivos por medio de los recursos humanos o de la gestión del talento humano y de otro tipo. Están compuestas por subsistemas interrelacionados que cumplen funciones especializadas. Convenio sistemático entre personas para lograr algún propósito específico. Las Organizaciones son el objeto de estudio de la Ciencia de la Administración, a su vez de otras disciplinas como la Sociología, la Economía y la Psicología, asimismo es un sistema de actividades conscientemente coordinadas formado por dos o más personas; la cooperación entre ellas es esencial para la existencia de la organización. Una organización solo existe cuando hay personas capaces

de comunicarse y que están dispuestas a actuar conjuntamente para obtener un objetivo común.

- **Conductas externamente neutrales.-** Son aquellas que, si bien no son inequívocamente delictivas, acaban favoreciendo conscientemente la comisión de un delito. Es decir, se tratan de comportamientos que, conformes en sí mismas al ordenamiento jurídico, son aprovechadas por terceras personas autorresponsables– para llevar adelante un ilícito penal.
- **Funcionalismo penal.-** Günther Jakobs desarrolla su teoría (Normativista) de una forma esquemática funcional de la teoría del delito, en él ve el derecho como la estabilización social, como medio de instrumentalización en la sociedad para formar así una integración social entre los ciudadanos; justifica su teoría dentro de su esquema de un planteamiento denominado TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA (todo se reduce a ello), se entiende por dicho concepto como conjunto de hipótesis que permiten concluir si la conducta crea o no un riesgo para el bien jurídico; todo ello orientado a corregir o complementar las diversas teorías sobre la relación de causalidad material.
- **El Derecho Penal del Enemigo.-** Parte de un supuesto muy peculiar, establece que el “Estado puede proceder de dos formas con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico. El concepto de derecho penal del enemigo fue introducido en el debate por Günther Jakobs en el año 1985, en el contexto de una reflexión sobre la tendencia alemana hacia la criminalización en el estadio previo a una lesión del bien jurídico.

III. METODOLOGÍA

3.1. Tipo y diseño de investigación

3.1.1. Tipo de investigación

Corresponde a una Teórica, desde el punto de vista de la investigación jurídica denominada Investigación Dogmática, cuya finalidad fue ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado sobre los fundamentos del funcionalismo penal para no imputar responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas externamente neutrales en la legislación penal peruana.

3.1.2 Tipo de diseño

Corresponde a la denominada No Experimental, debido a que carece de manipulación intencional de la variable independiente, además no posee grupo de control ni experimental; su finalidad fue estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

3.1.3. Diseño General

Se empleó el diseño Transversal, toda vez que se realizó el estudio del hecho jurídico en un momento determinado de tiempo, es decir, está delimitado temporalmente para el periodo 2017, donde en dicho periodo se recogió la información para poder construir el marco teórico y los resultados.

3.1.3.1. Diseño específico

Se empleó el diseño explicativo, toda vez que se estudió las características y los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio sobre los fundamentos del funcionalismo penal para no imputar responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas externamente neutrales en la legislación penal peruana.

3.2. Plan de recolección de la información y/o diseño estadístico

Las actividades que se realizaron en el proceso de ejecución de la investigación, por la naturaleza de la investigación que fue cualitativa, se buscó la construcción de la información y/o conocimiento de la siguiente manera:

- a) Determinación de la población y muestra de estudio, compuesto por la identificación de los autores a nivel nacional e internacional, para construir el marco teórico y discusión.
- b) Diseño del instrumento, para la recolección de los datos y sistematización de forma coherente, a través de la técnica documental.
- c) Definición de la unidad de análisis. La unidad de análisis estuvo conformada por las fuentes documentales: Doctrina, Jurisprudencia, normatividad. Además, la unidad de análisis estuvo compuesta por:
 - Unidad temática: Constituido por las variables de estudio sobre el reconocimiento de la presunción de paternidad en la unión de hecho.

- **Categorización del tema:** En base a los indicadores se estableció las categorías de análisis basados en la racionalidad jurídica de los fundamentos jurídicos que justifican la hipótesis.
- **Unidad de registro:** Documental en base al análisis de categorías e información en las fuentes del derecho, obtenido mediante los IRI, que fueron las técnicas documentales.

3.2.1. Población

Zelayarán (2000) conceptualiza la terminología de la población del siguiente modo (p. 251-258):

- **Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió a los juristas que han desarrollado la dogmática jurídica y a los operadores jurídicos que genero la jurisprudencia correspondiente.
- **Universo temporal:** El período de estudio correspondió al año 2017.

3.2.2. Muestra

Zelayarán (2000) conceptualiza la terminología de la muestra del siguiente modo (p. 127-132):

- a) **Tipo:** No Probabilística.
- b) **Técnica muestral:** Intencional.
- c) **Marco muestral:** Doctrina, Jurisprudencia, Normatividad.
- d) **Unidad de análisis:** Elementos documentales.

3.3. Instrumentos(s) de recolección de la información.

La técnica que se siguió en el presente estudio fue la técnica documental, que implica la localización de la información y su fichaje textual o de contenido, que sirve para fundamentar las partes subjetivas o conjeturas propias de las respectivas hipótesis de trabajo, empleándose como su instrumento las fichas (Vilcapoma, 2013, p. 81), especialmente las literales y de resumen, en base al cual recogeremos la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.

También se aplicó la ficha de análisis de documentos o contenido (Giraldo, 2002, p. 111) la misma que sirvió para poder recoger información de la doctrina y jurisprudencia sobre nuestro problema de estudio y poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que tiene la institución objeto de la presente investigación, para lo cual se delimitó las áreas para la recopilación de información que reflejen la situación actual de discusión, es decir sobre el estado de cuestión del problema planteado.

Para el estudio de la normatividad empleamos principalmente de los métodos exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio. En ese sentido también se emplearon otros métodos de interpretación de la norma jurídica, tales como los métodos sistemático, literal, teleológico (Torres, 1999, p. 617-647).

En consecuencia, se aplicaron los siguientes instrumentos:

- a) Para recoger la información para validar, cuestionar y alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos fueron

las fichas textuales, resumen y comentario, a través del cual se obtuvo información de la doctrina.

- b) También se empleó la técnica de Análisis de contenido, cuyo instrumento fue la ficha de análisis de contenido, con el cual se obtuvo información de la jurisprudencia.
- c) Para obtener datos y/o información de las normas jurídicas se empleó la técnica exegética, hermenéuticas, teleológica, con el cual se pudo determinar el contenido de las mismas.
- d) Para sistematizar la información en un todo coherente y lógico, es decir, ideando una estructura lógica, un modelo o una teoría que integre esa información, se empleó el Método de la Argumentación Jurídica.

3.4. Plan de procesamiento y análisis estadístico de la información

Para el procesamiento y análisis de la información, por la naturaleza de la presente investigación se empleó la técnica del análisis cualitativo, como señala Briones (1986, p. 43), toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo. Así mismo tratándose de una investigación cualitativa (dogmática jurídicamente) se empleará la técnica de la triangulación de teorías (Denzin, 1970) para demostrar o conseguir la validez, esto es, cotejar los

datos desde diferentes puntos de vista, lo cual ayuda además a profundizar en la interpretación de los mismos (Cantor, 2002).

El análisis cualitativo busca la aprehensión de particularidades y significados aportados en la jurisprudencia y doctrina a través del dato. Un dato cualitativo es definido como un “no cuantitativo”, es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística (Robles, 2014, p. 74). Está orientado a revelar cuáles son las características del hecho o fenómeno jurídico de estudio. Todos ellos tienen en común que se basan en el análisis textual, por ello cualquier tipo de material tiene que estar preparado para poder ser analizado de esa forma.

Los criterios empleados serán:

- Identificación del lugar donde se buscará la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información en función a los objetivos y las categorías.
- Análisis y evaluación de la información.
- Sistematización de la información

Como señala Rodríguez (2005) cabe precisar que durante la conceptualización del trabajo de investigación cualitativa suele definirse de antemano la teoría con la cual se analizaron e interpretarán los hallazgos. En este tipo de triangulación se establecen diferentes teorías para observar un fenómeno con el fin de producir un entendimiento de cómo diferentes suposiciones y premisas

afectan los hallazgos e interpretaciones de un mismo grupo de datos o información. Las diferentes perspectivas se utilizan para analizar la misma información y, por ende, poder confrontar teorías.

IV. RESULTADOS

4.1. Resultados teóricos

4.1.1. El funcionalismo penal

4.1.1.1. La evolución de un derecho penal funcional

El funcionalismo como aparato epistémico informa de las relaciones internas entre los elementos del sistema funcionalmente diferenciado de cara a propósitos. En el ámbito penal, el funcionalismo o teleologismo se orienta por los aspectos político criminal que demanda la sociedad como agregado humano plural, en movimiento, en devenir, en permanente proceso de diferenciación, rico en sub sistemas.

Como señala Silva (1992) la orientación pre-funcional en el ámbito penal comprende el iluminismo (Beccaria, Bentham, Filangieri, Romagnosi), el racionalismo intuitivista (Carrara, Hegel, Kant, Binding); el positivismo etiologicista (Carnevale, Lombroso, Garófalo, Rocco y Alimena); el causalismo (V. Liszt, Beling, Radbruch) el neo-causalismo o causalismo valorativo (Mezger); el irracionalismo nazi (Schaffstein y Dahn) y el finalismo (Hans Welzel, A. Kaufman, Maurach, Hirsch, Cerezo Mir). Todas estas direcciones compartieron un ontologismo radical, un enfoque metafísico que “al excluir de antemano toda constatación empírica, mantenía la incolumidad del mecanismo punitivo, aislándolo del devenir social”.

Como quiera que el derecho penal o la dogmática jurídico penal para ser más preciso, entendida como disciplina que se ocupa de la interpretación,

sistematización y elaboración de las disposiciones legales(Roxin, 1997, p. 192), se organiza como un sistema, y por sistema se entiende lo que Kant formula, es decir, una pluralidad de conocimientos bajo una idea que le dé dirección y consistencia interna (p. 192), entonces, cada uno de los elementos constitutivos del delito deben ser vistos en esa o con esa cobertura.

En virtud de ello, Roxin realiza el planteamiento crítico del funcionalismo en los siguientes términos: “la formación del sistema jurídico penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas (acción causalidad, estructura lógico real) sino que única y exclusivamente puede guiarse por las finalidades del derecho penal”.

Como es de verse, se sustituye la vaga orientación neokantiana a los valores culturales, por un criterio de sistematización específicamente jurídico penal: las bases político criminales de la moderna teoría de los fines de la pena. Las consecuencias del modelo se dejan ver de inmediato en el campo del *tipo*, específicamente en la teoría de la imputación del tipo objetivo. Así, mientras en las teorías precedentes se tiene un tipo cargado de elementos objetivos conductuales (teoría clásica); o un tipo objetivo entintado de elementos subjetivos (teoría neoclásica); o un tipo objetivo independiente del subjetivo representativo del dolo (teoría final de acción); recién ahora, con el funcionalismo, el tipo es visto o tiene que ser visto de cara a la finalidad político criminal.

Con el funcionalismo se acaba la burbuja en la que se aislaba el derecho penal y socorre recién ahora a la sociedad, se le vincula, le es funcional. La solución de continuidad lo dio el Proyecto Alternativo al Código Penal Alemán en la parte

General (*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*) de 1966, el mismo que se alza junto al denominado Proyecto Oficial Alemán de 1962 y tiene entre sus autores a 14 destacados profesores alemanes y suizos: Jürgen Baumann, Anne Eva Brauneck, Ernst Walter Hanack, Arthur Kaufman, Ulrich Klug, Ernst Joachim Lampe, Theodor Lenckner, Werner Maihofer, Peter Noll, Claus Roxin, Rudolf Schmitt, Hans Schultz, Günter Stratenwerth y Walter Stree.

En el preámbulo de este proyecto quedó plasmado la siguiente sentencia: “una amarga necesidad en la comunidad de seres imperfectos que son los hombres” hace que el derecho penal “resulte inminente a la sociedad y no trascendente a la misma”, de modo que la aplicación del derecho penal objetivo, por aproximar esquemas explicativos distintos del racional intuitivo precedente, se torna más confiable por su consistencia interna y mayor coherencia con el entorno.

4.1.1.2. Los dos afrontes de un derecho penal funcional.

El funcionalismo modernamente se divide en dos grandes afrontes: el funcionalismo post finalista político criminal y avanzado o postmoderno.

a) El funcionalismo post finalista político criminal

Destacando la discusión entre los esquemas anteriormente mencionados Roxin (2002) aprovecha e implementa sus ideas en Múnich; y se pregunta: *¿Hacia dónde va orientado el derecho penal ¿Para qué sirve? y ¿Qué función cumple el Derecho Penal?*.

El Derecho Penal había perdido su autodefinición, tampoco se sabía para qué servía la pena y el por qué servía la pena; aún menos se concebía de la orientación de esta, o que destino y finalidad cumplía la política criminal (Superando así las orientaciones ontológicas que le había dado Welzel).

Es por eso que el emérito profesor ROXIN toma sus criterios desde una perspectiva valorativista, neokantiana y de un sistema abierto, trata de modificar las estructuras del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) retomando cada estructura para que vaya orientada hacia los nuevos desafíos del Derecho Penal; hacia una política de Estado coherente a las necesidades del presente. Por cierto ese Estado que mencionaba ROXIN debe ser un Estado de derecho, basado en principios constitucionales (de allí su limitación). De aquí surge la idea del “*funcionalismo moderado*”, en que toda estructura del delito debe ir encaminado hacia un propósito, en el que no puede separarse de la política criminal (Roxin, 2002), del Estado con la Constitución y el bloque de constitucionalidad que ella integra y en tal caso ningún principio debería ir en contra de esta.

Surge posteriormente el concepto del bien jurídico tutelado concepto ligado a la política criminal y a la Constitución, que como hemos dicho, ese bien jurídico tutelado ROXIN lo asemeja a los derechos fundamentales creados en la Constitución, por eso podemos decir que nuestro Código Penal del 2000, está relacionado con las ideas proferidas por ROXIN.

Otra de las ideas preconizadas por ROXIN es el concepto de la imputación *objetiva*, que originó una gran discusión en torno a los conceptos de causalidad e imputación en el Derecho Penal. La estructura planteada por ROXIN complementa

de cierta forma el tipo objetivo; otra idea que organiza este y que de cierta medida también será idea de JAKOBS es el binomio *culpabilidad-prevención*.

La culpabilidad como máxima exigencia del estado ciudadano que solo se puede desarrollar como se dijo anteriormente desde la óptica política criminal basada en la *función* preventiva de la pena.

De este modo la *responsabilidad o culpabilidad* lleva consigo la *necesidad preventiva de la pena general y especial*, que es indispensable para imponer la pena no como fundamento sino como límite de ahí el FUNCIONALISMO LIMITADOR, que se puede dar la no exigibilidad de otra conducta (excluya); ahora, lo importante no es actuar de otro modo, sino la *necesidad preventiva de pena* que es lo más importante en el esquema de ROXIN, que es necesario imponerse al procesado. Así que responsabilidad (necesidad de pena) y culpabilidad debe ser tomado en sentido material y no solamente la culpabilidad que se deduce de la Ley (Fernández, 1986, p. 362).

En suma, se es RESPONSABLE, si y solo si: Hay INJUSTO y CULPABILIDAD (entendida esta como auto control, donde tenía una conducta alternativa conforme a derecho y no lo hizo) y si por razones preventivas de pena se toma evitable el castigo, que es llamada *necesidad de pena* (Fernández, 1986, p. 296).

El esquema funcionalista del delito en ROXIN sería:

$$(R = [IJ (ac + t) + AJ + C + NP])$$

(R) RESPONSABILIDAD = (IJ) INJUSTO (anua acción y tipo) + mientras que no se demuestre *la causal de justificación* es (AJ) ANTIJURÍDICO, (tomándolo dentro del concepto de injusto, pero teniendo en cuenta también, que esta no hace parte de la estructura del delito, pero sí de todo el ordenamiento jurídico) + (C) CULPABILIDAD + (NP) NECESIDAD DE PENA.

Así para ROXIN la acción es entendida como psíquico-espiritual, como centro anímico espiritual de la acción; en sencillas palabras se habla de una manifestación de la personalidad.

Como se ha dicho ut supra, lo principal de este esquema es que debe estar relacionado a pautas políticas criminales; *así la tipicidad recoge la acción, también la imputación objetiva dentro del tipo, como la antijuridicidad (tipo total) y se habla además de necesidad de pena*, así sólo las acciones pueden ser típicas, complementándose; sin restar con el principio de la culpabilidad. De esta manera coincide el injusto con el tipo y los efectos de punibilidad orientados con la prevención general positiva y preventiva especial, que es la función del Derecho Penal.

Cuando se habla de INJUSTO no se habla de antijuridicidad propiamente dicho, aunque se integre en tipo sistemático o total de la teoría del delito de ROXIN, porque bien este último se predica de todo el ordenamiento jurídico y no del Derecho Penal (Velásquez, 2010, pp. 295-296), así el INJUSTO (contiene acción y tipo), solo de acciones típicas pueden ser injusto penal, desde aquí se mira las permisiones y las prohibiciones.

Lo importante de resaltar el injusto desde la política criminal es porque soluciona colisiones de los intervinientes, sirve de enlace de las medidas de seguridad y otras consecuencias jurídicas; entrelaza el Derecho Penal con todo el ordenamiento jurídico e integra las valoraciones decisivas lo que permite recoger todas las causales de justificación del ordenamiento jurídico (pp. 295-296).

Como indica Villa Stein (2008) el funcionalismo post finalista representado principalmente entre otros importantes juristas alemanes, por Claus Roxin, busca como primer punto adecuar la dogmática en general y los fines del derecho penal y de la pena a las necesidades sociales de su empleo, procurando con criterio dogmático cerrar la brecha entre el derecho penal y la política criminal, subordinando la construcción dogmática a la política criminal, a partir de lo cual, cada categoría del delito —tipicidad, antijuricidad, culpabilidad— debe tratarse de cara a los fines político criminales del derecho, de modo que la tipicidad *v.g.* deberá orientarse hacia la solución de conflictos sociales y garantistas, y la culpabilidad, por su parte, deberá orientarse según criterio de necesidad y propósitos de la pena (p. 43).

Respecto del tipo penal, cabe agregar que no se trata de un modelo implacable como en el caso de los sistemas no funcionales, sino que en esta ocasión se imputará el contenido de un tipo penal al ciudadano sólo a partir de la constatación de que el actor ha realizado un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma. Dicho en términos de Jescheck “la base de la teoría de la imputación objetiva es la idea que, extraída de la esencia de la norma jurídica penal sirve también de soporte

a la teoría de la adecuación, solo puede ser objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana cuando la misma ha creado, para su objeto protegido, una situación de peligro jurídicamente prohibida y el peligro se ha materializado en el resultado típico”.

Asimismo, en lo que a culpabilidad concierne, esta se amplía con el criterio de “responsabilidad”, por aquello de las necesidades preventivas (especial o general) de la pena, “de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y solo conjuntamente dan lugar a responsabilidad personal que desencadena la imposición de la pena”.

Para Roxin (1980), el fin del derecho penal es la tutela de los bienes jurídicos, entendidos estos bienes como “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de la concepción de los fines y para el funcionamiento del propio sistema” (p. 84).

Particularmente importante es el aporte de Roxin en el tema de la “autoría y dominio del hecho”. En el año sesenta y tres publica su “*Täterschaft und Tatherrschaft*”, obra que alcanza siete ediciones, traducida al español merced al profesor de Extremadura doctor Joaquín Cuello Contreras en colaboración con el doctor Serrano Gonzáles de Murillo.

El profesor Roxin acoge el tema del dominio del hecho y lo desarrolla a partir de sus elementos constitutivos: dominio de la acción (para delito de mano propia),

dominio de la voluntad y del conocimiento (para la autoría mediata), y dominio funcional (para la coautoría).

En el destacado profesor de la Universidad de Múnich, sin embargo, se advierte, su débil aproximación a las ciencias sociales modernas —pues se frena en la psicología profunda de los años veinte—, su gesto privilegiador de la culpabilidad como límite del poder punitivo del Estado por sobre criterios de prevención especial y general, y su crítica a la pena privativa de libertad de corta duración¹⁸ por falta de referentes empíricos externos, no termina de convencer; no obstante, es innegable su gigantesco aporte a las ciencias penales y su influencia notable en la doctrina alemana y particularmente la española con la que tanto se vincula la doctrina peruana.

Comparten con Roxin el movimiento funcionalista político criminal, entre otros, W. Hassemer de la escuela de Frankfurt, Amelung, Naucke, Albrecht y Hans-Heinrich Jescheck de la Universidad de Friburgo de Suiza. Al profesor de Frankfurt le preocupa el desdén que tiene el derecho penal por la realidad a la que se orienta. En tal sentido refiere: “No parece evidente ni plausible a primera vista que el derecho penal, tan cuidadosamente elaborado y construido, conozca tan poco el objeto del que se ocupa, y posea tantos conocimientos sobre sus instrumentos de aplicación y sin embargo apenas alguno sobre el objeto al que tales instrumentos se aplican “.

Más recientemente, Hassemer aboga por un derecho penal de corte empírico orientado a las consecuencias y preventivista. Amelung, a su turno, plantea la importancia preventiva del derecho penal en la protección de la sociedad. Naucke,

profesor de la escuela de Frankfurt, advierte, sin embargo, que los fines de la prevención no deben sacrificar el garantismo, y en el mismo sentido se pronuncia Albrecht cuando plantea alejar el derecho penal de sus pretensiones preventivas.

Es evidente pues que para la escuela de Frankfurt, o un sector de ella, lo fundamental es el derecho antes que lo preventivo, alimentando con ello un diletantismo jurídico de nuevo cuño. Stratenwerth, en cambio, no acepta la implícita renuncia a la pena, precisamente cuando ello se hace más necesario a los intereses vitales de la sociedad.

El profesor Hans-Heinrich Jescheck, destaca por proponer un sistema humanitario de sanciones que ha de verse en su función social y configurarse desde los conocimientos de la criminología empírica.

En España se adhieren al funcionalismo post finalista político criminal: Marino Barbero Santos; Enrique Gimbernat Ordeig, discípulo de Henkel y profesor de la Universidad Complutense de Madrid; Muñoz Conde, profesor de la Universidad de Sevilla; Santiago Mir Puig, profesor de la Universidad de Barcelona; Susana Huerta Tocildo, Luzón Peña, Ferré Olive, Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Gonzalo Quintero, entre otros.

En el Perú se orientan en esta dirección, los hermanos Bramont-Arias Torres, Víctor Prado Saldarriaga, José Urquizo Olaechea, Carlos Caro Coria, César Augusto Paredes Vargas, Juan Portocarrero Hidalgo, José Luis Castillo Alva, Fidel Rojas Vargas, recientemente Raúl Pariona Arana.

b) El funcionalismo post moderno o avanzado

Esta corriente que ha sido criticada por unos y aceptada por otros, tiene su relevancia significativa en las últimas décadas. El creador de este esquema es JAKOBS autor que se basó en los cimientos del Profesor HANS WELZEL creador del esquema finalista.

Proviene de una corriente sociológica, del pensamiento sistémico principalmente de LUHMANN, y de la filosofía de KANT y HEGEL, donde se deriva la ciencia penal como una realidad social.

El meollo de este esquema en JAKOBS, se encuentra publicado en el texto *Culpabilidad y Prevención* (1976) y luego en su *Tratado de Derecho penal* (1983); donde expone en estos textos el agotamiento, bien como hemos dicho de los cimientos ontológicos *welzelianos*; pretendiendo hacer un replanteamiento metodológico del Derecho Penal, donde se verá una nueva fundamentación de la teoría jurídica.

El profesor JAKOBS junto con sus discípulos en diferentes países, se comenzó a estudiar el FUNCIONALISMO SISTÉMICO, RADICAL, FUNDAMENTADOR, para nosotros lo llamaremos simplemente NORMATIVISTA, que al practicarse tuvo mucho vigor en otros países latinoamericanos.

JAKOBS en Bonn germinó con sus estudios a partir de los años de 1960 a 1970 aproximadamente y en él desarrolla una forma esquemática funcional de la teoría del delito, en él ve el derecho como la *estabilización social*, como medio de

instrumentalización en la sociedad para formar así una integración social entre los ciudadanos.

JAKOBS diserta de una relación de *expectativas-defraudaciones*, en la que cada ciudadano debe tener un *rol*, un estatus dentro de la sociedad en que vive, por lo tanto debe tener un cumplimiento de determinadas conductas; en el que si se está dentro de ese rol que debe desempeñar, se dice que está cumpliendo las *expectativas*, y cuando el ciudadano no cumple con esas expectativas que debe cumplir mediante ese rol que desempeña las *defrauda*, y por la tanto con esa defraudación existiría una consecuencia jurídica.

JAKOBS fundamenta también la idea de la *posición de garantía*, que significa primordialmente que cada persona cumpliendo ese *rol* en la sociedad, esa conducta o dicho comportamiento de lo que le compete, está obligada a comportarse, haciendo o no haciendo lo que la sociedad le exige; basta decir que esta una de las críticas que se les comenta al profesor JAKOBS, critica que no retomaremos en este ensayo.

De lo anterior se dice que las personas están obligadas a actuar determinadamente mediante su función de garante; penalmente es responsable aquella persona que lesiona los intereses sociales, por falta la *posición de garante*, es decir aquel que defrauda las expectativas sociales, porque no actúa mediante el *rol* en que se está desempeñando.

Respecto de la *pena*, se afirma que no es retribución de un mal, que por el haber actuado delictivamente se le impone la pena, la idea no es una prevención

general negativa, en contrario es una PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA, como se comentaba ut supra (prevención-integración); entendida éste como aquel instrumento que persigue ejercitar el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad, en lo que se refiere: “*ser fiel al derecho*”, en lo que el Derecho Penal no debe girar en torno de los bienes jurídicos que se trata, como ocurre en el funcionalismo moderado de ROXIN, sino debe girar en torno al *incumplimiento de deberes*.

Es por eso que JAKOBS plantea una RENORMATIVIZACIÓN absoluta del Derecho Penal (realidad social), y esto lo intenta llevando al neokantismo a su máxima expresión; de allí el nombre de FUNCIONALISMO EXTREMO. Por ello al asignar deberes de comportamiento en una sociedad funcional ha generado críticas en contra de su planteamiento, llamando dicho planteamiento como extremo y es de ahí que se le titule de: “radical”.

La idea de Jakobs, finalmente es el desarrollo dentro de su esquema de un planteamiento denominado TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA (todo se reduce a ello), se entiende por dicho concepto como conjunto de hipótesis que permiten concluir si la conducta crea o no un riesgo para el bien jurídico; todo ello orientado a corregir o complementar las diversas teorías sobre la relación de causalidad material.

Yendo más allá de los criterios mencionados; la imputación objetiva pretende cobijar en su integridad la estructura del delito, por lo que al hombre sólo se le puede ser imputado un resultado si este es producto de su conducta que ha creado un riesgo jurídicamente inadmitido o desaprobado.

Para explicar estas nociones, podemos expresar lo siguiente: La teoría del riesgo permitido, el principio de confianza, las acciones a propio riesgo o autopuesta en peligro, y por último la prohibición de regreso, son los fundamentos en la teoría de la imputación objetiva de JAKOBS.

Wolfgang Frisch discípulo de Jakobs sintetiza las tres condiciones que se exigen para que pueda ser imputado objetivamente un resultado según las doctrinas recientes:

- 1- Que el autor haya provocado el resultado de modo causal por su actuación (relación de causalidad o nexo causal)
- 2- Que con su conducta haya creado un peligro desaprobado.
- 3- Que ese peligro desaprobado se haya materializado el resultado.

A pesar de las críticas que se le han hecho a JAKOBS en contra de sus planteamientos del FUNCIONALISMO NORMATIVISTA, tiene argumentos bastante sólidos en la que bastantes jóvenes dogmáticos se han perfilado a seguir estas directrices, que han sido reconocidos en la doctrina contemporánea junto con los planteamientos de ROXIN; en la cual ha tenido bastante auge dentro del sistema latinoamericano penal.

Aquí se marca una diferencia notable en la estructura del delito ya que se va a tener en cuenta el injusto, bien como lo hemos concebido en ROXIN y la culpabilidad, pero de distinto modo, porque sabemos que sus teorías son distintas, así se va a destacar una notaría exhibición en la *teoría de la imputación objetiva* ya

que en la teoría de JAKOBS no va a ser parte del tipo, como tipo objetivo sino de todo la estructura del delito.

Así, la misión que debe tomar el Derecho Penal, tomando como bases las nociones sociológicas, es una orientación funcional que corresponda a la práctica real, como visión tecnocrática del Derecho Penal. Por eso la aparición de la *teoría de los roles*, con la idea de la *prevención general positiva* (integradora).

La acción es la *causación evitable del resultado* y la omisión *como lo no evitación del resultado*, sin restar que JAKOBS, no le interesa mucho esta diferenciación toma como base un unívoco de imputación, sin importar si es acción u omisión (Arias, 2006, pp.439 – 456), de allí, los *roles*, solo se concentra en el INJUSTO como una *defraudación de la expectativa normativas*.

Bien como expresa FRISCH, debe existir una causalidad, pero también una imputación de comportamientos, que no es otra cosa que las condiciones que se deben dar para que se impute objetivamente (prohibición de regreso, acción a propio riesgo...), y se necesita además de esta, la imputación de resultado.

Habíamos dicho que en ROXIN, no entra como propiamente dicho en la estructura de las categorías dogmáticas la (AJ) antijuridicidad, pues bien para JAKOBS si entra y no se predica de todo el ordenamiento jurídico, aquí hace parte de la estructura de este esquema, definiéndose como: «*la falta de motivación jurídicamente dominante*».

El injusto como comportamiento típico evitable (dolo o culpa), que no esté justificado (se incluye la antijuridicidad), y la culpabilidad como libertad de autodeterminarse conforme al rol, (he aquí lo importante de este esquema).

Se aúna la CULPABILIDAD (concepto funcional de culpabilidad), donde se reprocha porque va en contra de esos valores de la sociedad y la PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA, donde el ordenamiento jurídico reacciona normativamente con la pena. Aquí en la culpabilidad igual se va a ver el comportamiento antijurídico del autor, como la imputabilidad del sujeto (como capacidad de cuestionar la capacidad de la norma) y la no exigibilidad de la conducta.

Eso es lo que le critican en última a JAKOBS, donde todo se reduce a un *tipo total de culpabilidad*, como si fuera un círculo vicioso, porque si bien si el sujeto se comporta contrario a la norma sin causal de justificación es decir con (AJ) antijuridicidad es culpable del injusto, por ello desde el *rol*, es donde se mira la culpabilidad, se determina si cometió el delito o no, y no desde el injusto mismo, por ello del tipo total de la culpabilidad.

La prevención general positiva en su función primaria está la ejercitar el reconocimiento de la norma y la fidelidad frente al derecho por parte de los miembros de la sociedad; la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma, mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma y la reacción demostrarla siempre tiene lugar a costa del responsable por haberla infringido.

El esquema funcionalista en Jakobs sería:

$$(I = [IJ (dex + AJ) + C (rol + PGP)])$$

(I) IMPUTACIÓN = (IJ) INJUSTO (entendido sólo como defraudación de expectativas normativas (dex) o como comportamiento típico evitable, que no esté justificado), + (AJ) COMPORTAMIENTO ANTIJURÍDICO (como falta de motivación jurídicamente dominante, *que se presupone que está incluido dentro del injusto*) + (C) CULPABILIDAD_ (libertad de autodominarse conforme a un rol) donde va aunada con la prevención general positiva (PGP), como fin ejercitar el reconocimiento de la norma y la fidelidad que debe ser respetada.

El funcionalismo avanzado, como hemos visto y como ahora lo expresamos de otra fuente lo representa en Alemania el profesor de Bonn Günther Jakobs, y sus fuentes epistémicas inspiradoras las encuentra en la sociología estructural funcionalista americana (Talcott Parsons, Robert Merton) y la alemana (con Niklas Luhmann), es decir, todo lo concerniente a la teoría de los roles y a la teoría de los sistemas de la sociedad moderna en permanente proceso de diferenciación segmentaria, estatificatoria y funcional (Vallespin, 1993, p. 93). Para Luhmann “la sociedad es el sistema social omnicomprensivo que ordena todas las conciencias posibles entre los hombres”.

“La sociedad no se conforma de seres humanos, se compone de comunicación entre los hombres”. Con estas bases construye Jakobs su sistema en el que entre otras consideraciones plantea, por lo pronto, que no es propósito del derecho penal objetivo la tutela de los bienes jurídicos, entre otras consideraciones, porque la llegada del derecho penal es tardía respecto del bien jurídico atacado, y porque

además es cotidiana la desaparición o menoscabo de estos por muy variadas causas determinante del derecho penal y la pena, para Jakobs, es la estabilidad de la norma, de modo y manera que el ciudadano se eduque en esta inteligencia de fidelidad al derecho que estabiliza al sistema social que lo predecibiliza.

“De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible” (Jakobs, 1995, p. 9). La “misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. El contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de las normas”.

Para Jakobs (1995) “la pena es siempre reacción ante las infracciones de las normas, mediante las reacciones siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma, y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma”. Jakobs maneja la construcción dogmática subordinándola a los fines estabilizadores del derecho penal, “renormativizando los conceptos jurídico penales con el propósito de orientarlos en la función que cumple el derecho penal” (p. 9).

En este orden de ideas, no solo a los actores, sino a conceptos como culpabilidad y otros del mismo nivel de abstracción, se les trata de cara a la función del derecho; es así, entonces, que todos los elementos de las teorías del delito devienen en conceptos funcionales.

Las consecuencias de una concepción Jakobsiana del derecho penal son evidentes, por lo menos para el autor de estas líneas, no solo en el abstracto campo

de la teoría del delito sino en la aplicación práctica de esta abstracción. En tal sentido, resulta en principio coherente con el modelo, nuestra propuesta de implementación de penas privativas de libertad de corta duración si queremos un derecho penal funcional al sistema, y si queremos además “vaciar las cárceles”. En efecto, en lo que reclamamos como nuestra paradoja, entendemos que las penas privativas de libertad, efectivas y de corta duración, cumplen un papel importante por el inmediato efecto preventivo general y especial, y en cambio, el frecuente abuso de la pena privativa de libertad condicionalmente suspendida, además de criminógena, convierte al derecho penal en un derecho placebo.

Otro punto en el que se puede apreciar la importancia de un derecho penal funcional es el de la conciliación o transacción entre víctima (o su familiar constituido en parte civil) y victimario, con intervención del Ministerio Público.

Cuando conciliar es más costoso que no conciliar, nadie concilia, pero no por falta de cultura conciliatoria, sino por criterio que aporta el análisis económico del derecho. Habiendo en cambio penas privativas de libertad efectiva de corta duración, la situación cambia por el mismo criterio analítico, pero esta vez, en razón de resultar económicamente más conveniente la conciliación que el sufrimiento de la pena efectiva, por costosa.

Otra consecuencia del modelo funcional lo tenemos al conjugar el tema de la imputación del tipo con las causas de justificación o de inculpabilidad; tal es el caso del exceso en la legítima defensa, que nosotros proponemos atípica por aplicación de la tesis del ámbito de tutela de la norma como válida cuanto por competencia de la víctima.

El derecho penal funcional, es tal, lo mismo que garantista por resultar útil y práctico a la sociedad y a la solución de conflictos. Un derecho penal no funcional no resuelve conflictos y eventualmente los promueve.

En el Perú se orientan en esta dirección, el profesor de la Universidad de Piura Percy García Cavero, el profesor José Antonio Caro Jhon, José Leandro Reaño Peschiera, Julio Mazuelos Coello, Javier Villa Stein.

4.1.2. Conductas neutrales

Las conductas neutrales son aquellas que, si bien no son inequívocamente delictivas, acaban favoreciendo conscientemente en la comisión de un delito. Es decir, se tratan de comportamientos que, conformes en sí mismas al ordenamiento jurídico (generalmente conductas lícitas, inocuas e intercambiables), son aprovechadas por terceras personas –autorresponsables– para llevar adelante un ilícito penal.

Partiendo de esta primera aproximación, considero que estamos en condiciones de extraer cuáles serían dos de los elementos más característicos de este tipo de conductas. En primer lugar, son conductas que se realizan de manera adecuada a un rol, estándar o estereotipo (Robles, 2003), es decir, son conductas que, *perse*, son lícitas o inocuas; en segundo lugar, existe un conocimiento cierto o probable, por parte de quien realiza la conducta de favorecimiento, sobre la idoneidad de una acción, directa o indirectamente, para producir un resultado delictivo (p. 33).

Como se puede apreciar, en este tipo de comportamientos se genera una delgada línea roja entre lo que sería una conducta socialmente adecuada (impune)

y lo que podría configurar una participación delictiva (punible) y es, específicamente, éste el núcleo del problema que motiva el presente trabajo.

Con la finalidad de graficar brevemente cuál sería el ámbito de las conductas neutrales, se exponen algunos ejemplos: el panadero que vende una barra de pan a X sabiendo que éste la utilizará para matar a su propia esposa; un taxista transporta a un cliente, de Z a Y, sabiendo que éste último pretenderá cometer en Y un asesinato (Jakobs, 2006, p. 216).

4.1.2.1. Ubicación del problema en la teoría del delito

Sobre la ubicación del problema en la teoría del delito, Robles (2003) indica que las opiniones que se han dado sobre la ubicación de las conductas neutrales en la teoría del delito han sido, *grossomodo*, tres: a) la que niega toda relevancia de análisis de dichos casos en cualquier nivel de la teoría del delito. Desde esta perspectiva, cualquier conducta de cooperación o de prestación de ayuda causal para el resultado debe ser considerada complicidad punible; y en última instancia, sea acorde a la teoría de la pena para graduarse castigo; b) la que sí admite la relevancia penal de estas conductas, pero considera que el marco de análisis es el de la justificación; c) la que también admite la relevancia penal de estas acciones pero ubica el problema en el tipo penal. (pp. 51-52)

En la actualidad, es ampliamente mayoritaria la doctrina que ubica la problemática de las conductas neutrales en el *tipo penal*, *v.gr.*, ROXIN, OTTO, AMBOS, FRISCH, JAKOBS, WEIGEND, SCHÜNEMANN, SCHUMANN, SILVA SÁNCHEZ, ROBLES PLANAS, FEIJOO SÁNCHEZ. No obstante, la gran

diferencia que debe destacarse entre ellos es la siguiente: algunos autores brindan la solución en el tipo *subjetivo*, es decir, hacen depender la existencia del riesgo penalmente desaprobado del conocimiento o la posibilidad de conocer del primer interviniente, mientras que otros ubican el tema en un nivel de análisis anterior, vale decir, en el tipo *objetivo* (Ambos, 2001, pp. 199-205).

4.1.3. Límites de naturaleza objetiva o subjetiva

Antes de continuar, hay un dato importante que debe ser tenido en cuenta y es el siguiente: es verdad que las teorías objetivas difieren sustancialmente de las subjetivas, y viceversa, pero hay un punto importante en común entre ambas doctrinas; las dos pretenden *establecer criterios de aplicación* restrictiva (Roxin, 2000, pp. 177-178) de la responsabilidad del cómplice por acciones neutrales.

d) Límites Subjetivos. Los partidarios de esta corriente definen si una conducta, objetivamente neutral, es punible atendiendo al *grado de conocimiento* que tiene el primer interviniente con respecto al fin delictivo del autor del delito. Uno de los máximos defensores de esta corriente de pensamiento es ROXIN. Este autor distingue, en primer lugar, si el primer sujeto actúa con dolo directo o eventual (Roxin, 2000, p. 205). Si actúa con dolo directo en relación al fin delictivo del autor (segundo sujeto), además, deberá demostrarse si el aporte al hecho tiene un significado delictivo, es decir, si tiene un valor para el hecho principal y el partícipe lo sabe; entonces por lo general entraría en consideración la complicidad punible (Ambos, 2001, p. 203). Por el contrario, se excluye la punibilidad si, a pesar de conocer el fin delictivo del autor, el aporte tiene un sentido *legal*, es decir, tiene sentido con independencia del hecho principal

(Ambos, 2001, p. 203). Si el primer sujeto obra con dolo eventual, como regla general, debería *excluirse la punibilidad* porque, según ROXIN, le está permitido confiar (principio de confianza) en que otros no cometerán hechos punibles salvo que dicha suposición sea desvirtuada por una *reconocible propensión al hecho* del tercero (Weigend, 2006, p. 65). Muy críticos con el criterio de la referencia de sentido delictivo de ROXIN, entre otros, SILVA Sánchez (2012), Jakobs (Roxin, 2000), Weigend (2006) y Schünemann (Roxin, 2000).

OTTO, en términos similares a ROXIN, también es partidario de darle una relevancia decisiva al elemento subjetivo. Sin embargo, OTTO distingue las acciones neutrales según se realicen en el ámbito laboral o en el privado. En el primero, pretenden castigar cuando el interviniente no conoce positivamente que su conducta puede ser utilizada para un fin delictivo. En cambio, en las acciones neutrales de carácter privado considera suficiente que el interviniente «crea reconocer el peligro concreto de que se cometa el peligro». (Ambos, 2001, p. 203)

De igual modo, es partidario de límite subjetivo el *BGH (Tribunal Supremo Federal de la República Federal de Alemania)*. Su posición queda enmarcada en el siguiente párrafo: «Si la acción del autor principal va dirigida exclusivamente a la comisión de una acción punible y si el que presta ayuda lo sabe, entonces su aporte al hecho debe considerarse como conducta de complicidad. En este caso su actuar pierde siempre el carácter de “cotidiano”; ha de definirse como “solidarización” con el autor y, por tanto, ya no puede considerarse como “socialmente adecuado”... Por el contrario, si el que presta ayuda no sabe cómo será

empleada su aportación por parte del autor principal, y sólo lo considera posible entonces su actuar por lo general todavía no debe considerarse como una acción punible de complicidad, salvo el caso de que el riesgo por él reconocido de que hubiese un comportamiento punible por parte de la persona a quien ayudó fuera tan alto, que con su prestación auxiliar fue su empeño favorecerá un autor reconociblemente propenso al hecho» (Ambos, 2001, pp. 203-204).

e) *Límites Objetivos*. Se considera, por un importante sector de la doctrina, que el análisis correcto de la situación debe llevarse a cabo en sede del tipo objetivo. En general, los autores que niegan el castigo de las conductas neutrales en el tipo objetivo argumentan en base a razones de carácter pragmáticas y sistemáticas (Frish, 2000, p. 72).

Como señala Robles (2007) en nuestros tiempos es claramente minoritario el sector de la doctrina que defiende, conjuntamente con una discutida concepción que fundamenta el castigo de la participación, la exclusiva necesidad de la presencia de causalidad y dolo para comprender que una conducta de favorecimiento a un hecho principal es antijurídica. En este sentido, es ampliamente reconocido que, a la hora de analizar cualquier forma de intervención en el delito, la mera causalidad no es suficiente para afirmar la imputación de la conducta. Además, hay un importante consenso en considerar que el mismo tipo objetivo de la complicidad necesita de restricciones (pp. 79-80).

Estas restricciones se han ido trazando de la mano de las siguientes teorías: a) prohibición de regreso; b) adecuación social; c) adecuación profesional; d)

solidarización con el injusto ajeno; e) incremento del riesgo; f) principio de confianza y autorresponsabilidad (Weigend, 2006, p. 75).

En forma breve, se tratarán de describir las características principales de las distintas teorías previamente descriptas:

a) Es importante distinguir a qué teoría de la prohibición de regreso nos estamos refiriendo. A grandes rasgos podemos hablar de tres: teoría clásica de FRANK; la nueva teoría de la prohibición de regreso; y la diseñada por JAKOBS. Las diferencias entre una u otra teoría son relevantes. Mientras que la teoría clásica se desarrolla sobre una comprensión causal del tipo objetivo; la nueva teoría parte, en términos generales, de un concepto de imputación desligado de la causalidad, pero vinculado a referentes pres jurídicos (dominabilidad, controlabilidad y autorresponsabilidad); por último, la teoría de JAKOBS se confecciona de forma exclusivamente normativa, esto es, desprovista de todo aspecto meramente naturalístico.

b) La teoría de la adecuación social ha sido ideada y creada por WELZEL. Según este autor, «...las acciones que se mueven dentro del orden ético-social históricamente establecido de la vida en sociedad deben quedar fuera del ámbito del injusto», incluso cuando caen dentro del tenor literal de un tipo penal; (Robles, 2007, p. 93)

c) En general, las distintas contribuciones de la doctrina han tenido como epicentro la actividad bancaria con respecto a los hechos delictivos cometidos por sus clientes. Se constata, de tal forma, la aplicación de la teoría de la adecuación social de WELZEL pero supeditada siempre a contextos y actividades

profesionales determinados y expresamente regulados. Se considera socialmente adecuada la conducta de aquel individuo que se comporta conforme a las normas o usos habituales de la actividad profesional que desempeña y, a pesar de ello, favorece, conscientemente, un delito ajeno. Uno de los principales defensores de esta posición es Hassemer;

- d) Schumann es quien elabora la teoría relativa a la solidarización con el injusto del autor. El autor parte de una concepción distinta sobre el injusto de la participación delictiva, criticando la teoría de la causación al considerar que sus soluciones son incompatibles con el principio de autorresponsabilidad (Robles, 2007, pp. 101-102). Para SCHUMANN la razón por la que se puede hacer responsable a un partícipe reside únicamente en su particular *desvalor del acto*, consistente en la solidarización con el injusto del autor. «La participación exterioriza un *desvalor socialmente insoportable* en tanto que el partícipe se solidariza a través de su aportación con el injusto doloso ajeno, esto es, se “coloca de manera identificable de parte del injusto”», (Robles, 2007, pp. 101-102)
- e) ROXIN es, precisamente, uno de los defensores de esta teoría. Básicamente, se afirma que la creación de un riesgo por parte del cómplice consiste en un incremento del riesgo penalmente desaprobado para el bien jurídico protegido;
- f) El principio de confianza puede ser, también, utilizado para establecer los límites de la participación punible. Se opina que «quien realiza una aportación que en sí misma es conforme a Derecho, no tiene por qué contar con el uso incorrecto (delictivo) que un tercero haga, a pesar de que ello sea previsible o probable»;(Jakobs, p. 253-254)

g) Se considera que en la base del principio de confianza se encuentra el de autorresponsabilidad, mediante el cual «...no sólo se reconoce que todo individuo debe responder por las consecuencias del ejercicio de su libertad, sino también se garantiza no hacer responsable a alguien por un hecho que no es consecuencia del ejercicio de su autonomía individual, sino de la del otro. En este sentido, no forma parte del ámbito de responsabilidad de quien se comporta cuidadosamente impedir las consecuencias que resulten de la conducta descuidada de otro individuo. La autorización para confiar en el comportamiento correcto de los terceros se da en tanto los terceros sean sujetos responsables y a cuya propia esfera de responsabilidad se le deban imputar sus propias infracciones» (Robles, 2007, p. 109).

En el ámbito de los límites de naturaleza objetiva (Silva, 2005, pp. 90- 91) me detendré brevemente en el análisis de las teorías propuestas por Jakobs, Frisch y Robles Planas.

Jakobs, fundamenta la exclusión de la punibilidad del cómplice sobre la base de dos ejes fundamentales de su teoría: en primer lugar, su concepción de la prohibición de regreso; y en segundo lugar, su tesis de los roles (p. 843). A los fines de poder determinar el carácter dominante –o no- del fin delictivo, se debe acudir al sentido objetivo de la acción, lo que coincide, según JAKOBS, con la *ideaderol* (p.203).

Para JAKOBS, en un primer momento de su estudio, lo importante es determinar «en qué supuestos quien origina un curso causal dañoso ya no se puede distanciar de las consecuencias» (p. 203). De esta forma, considera que es posible

excluir la responsabilidad del primer interviniente, en el ámbito de la prohibición de regreso, en aquellos casos en donde sea dable un distanciamiento de aquél. Es decir, la cuestión decisiva es determinar si una conducta debe anexarse al plan delictivo del autor o si, por el contrario, se puede distanciar de dicho plan (Jakobs, 2006, p. 370)

Ahora bien, ¿cuándo se daría este distanciamiento? Cuando «su comportamiento en el momento de su ejecución no depende en absoluto de que lo continúe la acción...del ejecutor, pues entonces el “interviniente” ha creado una situación que, si bien otras personas puede que continúen hasta realizar el tipo, sin embargo precisamente de él no ha recibido un sentido de realización de tipo y no puede resultar teñida retroactivamente por dicha realización. El “interviniente” no ha pretendido ningún riesgo especial» (Jakobs, 1997, p. 844).

De acuerdo al autor, la «causación fuera de un contexto delictivo no es más que la creación de una situación en la que otro cometerá un delito, y esto significa...actuar sin responder por la causalidad por el mero hecho de conocerla» (Jakobs, 1997, p. 845). Por el contrario, afirma la responsabilidad del primer interviniente cuando éste define «su actuación como parte de un plan delictivo, esto es, [cuando] sólo puede motivarse por el plan delictivo» (Jakobs, 2006, p. 374).

En un segundo momento de análisis, Jakobs (2006) relativiza su criterio inicial. Lo reformula hacia la idea de configuración de la prestación de forma que se adapte al contexto delictivo. Esto es, el partícipe «específicamente configura su prestación de tal modo que encaje dentro del contexto delictivo de comportamiento» (p. 253). Con la idea de concretar el sentido objetivo del comportamiento, Jakobs

(2006) acude, por un lado, a la configuración específica de la conducta; y por el otro, al *contexto* en el que ésta se enmarca. (p. 253). Por último, se debe resaltar que, en la teoría de este autor, los conocimientos especiales son irrelevantes (p. 254).

Una clara aplicación de la doctrina de JAKOBS en la jurisprudencia española, es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, N° 95/2002 (sección 15ª), del 09 de abril del 2002, ponente: Alberto Jorge Barreiro, en donde se resuelve la impunidad de la causada a título de cooperador necesario en un delito contra la hacienda pública.

Por otro lado, FRISCH parte de una idea central en su análisis, a saber: la ponderación entre la libertad general de actuar y la protección de bienes jurídicos. FRISCH opina que «la sanción por un delito de comisión activa requiere que se haya producido por exceso en el uso de la libertad. Así, la fundamentación de la sanción en estos casos debería partir de acreditar que el sujeto ha cometido un exceso en su libertad jurídicamente definida. Para ello deben utilizarse criterios objetivos; los subjetivos—la mala voluntad—, si el sujeto se mueve en el marco de lo jurídicamente permitido, son insuficientes. Pues bien, en el caso de las acciones cotidianas se trata de conductas que, al menos en los ejemplos normales, pertenecen a la libertad jurídica; así la cuestión es cuándo podemos decir que el sujeto ya no se mueve en el marco de su libertad. Ello tiene lugar cuando la conducta tiene la función de hacer posible el comportamiento delictivo. En los casos en que no es así, para el Derecho se trata básicamente de la toma en consideración del sujeto por razones de solidaridad para conjurar determinados peligros». (Frish, 2004, pp. 203-204).

Para Frish (2004), «debe hablarse de una conducta consentido delictivo siempre que en todo o en parte presente una configuración tal que desde el punto de vista general o bajo la consideración de las circunstancias del caso sólo pueda ser explicada delictivamente, esto es, que globalmente o en referencia a las partes correspondientes no tenga otro sentido más que como posibilitarían o facilitación de una conducta delictiva ajena» (pp. 285-286). Sólo será ilícita aquella conducta común *indudable* significado delictivo, esto es, cuando la conducta sea cómoda de tal manera a la posibilitación o facilitación de la conducta delictiva del ejecutor que, su propio contenido de sentido, sea gota en dicho favorecimiento o posibilitación.

Frisch busca concretar su principio atendiendo a los siguientes criterios: la cercanía al hecho principal de la acción del cómplice; que éste actúe a petición expresa del autor o que exista una especial posición de deber (Weigend, 2006, p. 70).

Por último, analizar la posición de Robles (2007) no se tiene, con carácter general, la obligación de velar por las consecuencias de la propia conducta cuando aún falta por actuar un sujeto autorresponsables. Es una excepción a dicha regla, cuando de la propia conducta se desprende la obligación de velar por las consecuencias. Según el autor, esto se origina, bien porque se tiene una determinada posición jurídica, o bien porque la conducta muestra una configuración tal que se adapta al comportamiento delictivo ajeno. También, en los supuestos de lesión inminente de un bien fundamental, si existe una posición jurídica, conforme las reglas generales, ésta va a determinar la imputación por intervención (Robles, p. 310).

Robles (2007), considera como criterios de imputación: a) la infracción de los deberes especiales que el ordenamiento jurídico impone; b) en los ámbitos que no existen deberes especiales, adopta un criterio restrictivo de punibilidad consistente en la adaptación de la conducta al hecho.

a) En relación al primer criterio de imputación, la presencia de deberes especiales fundadores de posiciones de garante es un factor que, ante el incumplimiento del mismo, puede conducir a la imputación del resultado siempre y cuando dicho incumplimiento adquiera objetivamente un sentido de cooperación delictiva (p. 293). Robles (2007) considera preferible utilizar el término *posición jurídica*, en vez de posición de garantía. Se quiere destacar que el ordenamiento jurídico atribuye deberes que obligan a quien ocupe una determinada posición a tener en consideración la posterior actuación del tercero a los fines de la propia conducta (p. 294).

Robles (2007) opina, también, que las posiciones jurídicas, según su terminología, pueden tener un significado y alcance distinto atendiendo si se trata del *control o vigilancia de conductas de terceros sobre ciertos bienes o del aseguramiento de determinados objetos peligrosos*. En relación al primer supuesto, sea firma que únicamente a partir del momento en que el sujeto ha asumido, efectivamente, el control o vigilancia de ciertas conductas, colocándose desde ese momento en una posición de especial relevancia para la evitación de conductas delictivas de terceros, será posible determinar la intervención en el delito posterior para el caso que incumpla los deberes previamente asumidos (pp. 295-296).

En igual modo, Robles (2007) en lo atinente a los deberes de *aseguramiento de objetos*, (pp. 295-296) la creación de un riesgo desaprobado sólo puede afirmarse en tanto en cuanto exista un deber especial. Tal deber de aseguramiento sólo nace cuando al ámbito de organización pertenecen objetos que, por su especial peligrosidad, quedan excluidos del ámbito de disponibilidad general. Se trata siempre de riesgos especiales porque dichos objetos tienen una aptitud especial para lesionar bienes ajenos, pero por su utilidad se permite su tráfico, posesión o uso siempre que se respete la *normativa sectorial* (v.gr., otorgamiento de autorizaciones o licencias) (pp. 295-296).

Esta normativa sectorial es esencial para la constitución de los deberes de aseguramiento de objetos peligrosos (p.ej., armas de fuego, explosivos, sustancias nocivas) (pp. 298-299). Si no existe ninguna regulación específica que establezca el marco de los deberes específicos de aseguramiento, los criterios de imputación sobre la existencia de intervención en el delito serán otros (adaptación de la conducta del interviniente al hecho delictivo).

f) La infracción de los deberes derivados de la posición jurídica que ocupa el sujeto configura sólo el primer criterio de imputación de las conductas de intervención en el delito. En este acápite, estamos en presencia de supuestos en donde *no* existen deberes especiales, es decir, objetos y prestaciones disponibles por cualquiera. Lo importante será, para la imputación al primer interviniente, el *contexto*. Entendido éste como «su configuración para la comprobación de que el primer sujeto ha recortado su conducta de tal manera que encaje en el hecho del segundo, por un lado, y la situación (normativa) de la víctima, por otro lado»

(p. 304). La configuración de la conducta debe crear las *condiciones específicas* de la comisión del hecho delictivo, es decir, debe crear con su conducta un riesgo especial de que ésta sea continuada hasta el delito (p. 305).

De lo dicho, en contextos de venta de objetos que pueden adquirirse libremente así como de prestaciones profesionales estandarizadas, no habrá, en general, razones para afirmar que la conducta de quien vende o transmite el bien o de quien realiza la prestación contiene un riesgo especial de continuación delictiva. «La propia *ubicuidad* de los bienes o la *fungibilidad* de las prestaciones impiden hablar de la existencia de una configuración especial de la conducta para el hecho finalmente acaecido. Cuanto más ubicua o cotidiana sea una determinada acción, mas con cernirá su aplicación delictiva al autor autorresponsable...». (Robles, 2007, p. 305).

Para poder afirmar la imputación del interviniente, es decir, para poder determinar la creación de un riesgo penalmente desaprobado será necesario exigir que el sujeto configure su conducta de forma tal que ésta pase a formar parte inequívoca del hecho delictivo (adaptación al hecho delictivo posterior).

Lo fundamental, en esta concepción, es si la conducta previa realmente está configurada delictivamente. Como ya se ha manifestado con anterioridad, el contexto juega un papel superlativo en la teoría que se analiza. No es tanto la obtención de un criterio general válido para todos los casos lo que se pretende, si no de hallar aquellas circunstancias o datos que pueden tener una cierta relevancia para interpretar la existencia de una conducta de intervención. Robles, destaca, por una parte, el *inicio de la tentativa* como medio de ayuda para interpretar el sentido

de la conducta del sujeto; (Robles, 2007, p. 306) y por la otra, la *clase de bien* (*ubicuidad* o fungibilidad) que tiene por objeto la aportación (p. 307).

Por todo lo expuesto hasta el momento se desprende, a criterio de Robles (2007), una regla general que dice: «no se tiene el deber de prever qué es lo que otro va a realizar con las propias aportaciones a no ser que exista una posición jurídica específica o bien que el sujeto actúe adaptando su conducta a un plan ajeno» (p. 82). No obstante, queda pendiente de estudiar un grupo de casos en donde no hay posiciones jurídicas especiales ni adaptación de la conducta del interviniente al plan delictivo del autor. Simplemente, el primer interviniente favorece un hecho delictivo ajeno que está teniendo lugar o va a tener lugar de forma *inmediata*. (p. 308).

A la pregunta de si, ¿se tiene la obligación de evitar que una aportación favorezca un hecho delictivo inminente?, el autor responde *negativamente*. (Robles, 2007, p. 313). La solución, según esta posición, es la imputación al primer interviniente por la *infracción de un deber general de solidaridad*. Sin embargo, se reconoce expresamente que la infracción de un deber de solidaridad mínimo *no* recogería todo el desvalor que representa la prestación activa del favorecimiento al hecho (Robles, 2007, pp.313). Por tal motivo, el autor considera que estaríamos ante supuestos de infracciones *agravadas* de deberes de solidaridad, donde la agravación se fundamenta en la presencia de una conducta causal y consciente de la infracción del deber de solidaridad (pp. 100-101).

La propuesta, *de lege ferenda*, de Robles es la creación de una figura delictiva que prevé a la infracción de un deber de solidaridad agravado con una pena acorde al

desvalor del hecho, específicamente, un ilícito penal de omisión del deber de impedir determinados delitos (Lesch, 1995).

Sobre la base de los criterios desarrollados, Robles (2007) considera que la mayoría de los casos de conductas neutrales quedan fuera de la complicidad en el delito (p. 318).

4.2. Resultados empíricos

4.2.1. Importancia de la teoría de los roles de Jakobs y su tratamiento jurisprudencial.

Jakobs (1996) sostiene que la responsabilidad jurídico penal se fundamenta en el quebrantamiento de un rol social (p. 61). Señala que en la sociedad existen dos clases de roles: los roles especiales, formado por deberes sociales exigidos a quienes los ostentan, y un único rol común: el rol general de persona, es decir, aquella que se comporta como persona en Derecho, como ciudadano respetuoso de los derechos de otros como contrapartida al ejercicio de los derechos propios.

El autor, tomando como punto de partida una perspectiva sociológica funcionalista-sistémica planteada, fundamentalmente por Niklas Luhmann, sostiene, que en una sociedad organizada complejamente en 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 aquél. Únicamente el sentido objetivo debe ser tenido en cuenta de manera general, pues éste sería el sentido socialmente válido del contacto.

En general, al movernos en conglomerados de variadas relaciones sociales, la complejidad de dichas relaciones sólo se reduciría mediante la creación de roles. Esto implica que el ciudadano no debe ser considerado individualmente, sino como portador de un rol; siendo el rol social un “sistema de posiciones definidas de modo normativo y que puede estar ocupado por individuos intercambiables” (Jakobs, 1996, p. 21).

Señala el jurista que, por tanto, el juicio de responsabilidad penal es un juicio objetivo, no es un juicio de un experto o de alguien dotado de especiales facultades, sino del titular de un rol social, que en desempeño de ese rol puede realizar tal actividad de modo socialmente adecuado. El que se mueve dentro de su rol social ha realizado un comportamiento socialmente adecuado, por ello no ha generado un riesgo no permitido.

Consecuentemente con la teoría del rol social, como criterio de imputación objetiva en su sistema, este autor señala que para que una persona realice comportamientos tolerados (penalmente no relevantes), ésta debe realizarlos sólo con los conocimientos que en sociedad se exige a un rol, por tanto, todos los conocimientos superiores o inferiores que el titular posea más allá de los exigidos al rol, no fundamentan responsabilidad penal. Eso es lo que se denomina estandarización social del conocimiento.

En su sistema, el primer nivel de imputación se ve compuesta por cuatro instituciones fundamentales: el riesgo permitido, cuyo contenido se fundamenta en la tolerancia social y la permisión de riesgos que la sociedad asume en pro de las ventajas y beneficios que otorga tal permisión. Mediante el principio de confianza,

se denota la protección jurídica del sistema de expectativas que los ciudadanos tienen al configurar sus comportamientos, así, rige el principio de confianza en el respeto de las normas razón; por la cual todos pueden, al realizar sus conductas, pueden partir de la expectativa que la persona con quien se relacionan obrará conforme a derecho.

Un tercer instituto de imputación es la prohibición de regreso; mediante éste se evalúa cómo es que un comportamiento puede ser distanciado de la actividad delictiva realizada por un tercero, negándose, de ese modo, la responsabilidad penal del primero a título de participación criminal en el delito ajeno.

A su vez, existe el instituto de imputación objetiva del comportamiento denominado competencia de la víctima, mediante ésta se pone de relieve la relevancia que tiene la figura de víctima en el contexto de valoración normativa del comportamiento del autor.

Destacamos la importancia de la doctrina funcionalista sistémica de Günther Jakobs debido a que ha logrado asentarse en la praxis judicial del país, fundamentalmente en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Así, son numerosas las sentencias ejecutoriadas las que lo demuestran (Avalos y Robles, 2005, pp. 19 – 20).

De entre éstas las más connotadas son los casos “del taxista” (R.N. N° 4166-99, Lima, 07/03/99) y al que se le ha denominado como “rock en río” (R.N. 4288-97, Ancash, 13/04/98). El primero se aplicó el instituto de la prohibición de regreso; aquí resolvió un supuesto en el que unos ladrones contratan los servicios de un

taxista para conducir los bienes de un inmueble que estaban robando a los agraviados; así, señaló la Sala, que el procesado “se limitó a desempeñar el rol social de taxista, por lo que su comportamiento debe calificarse como inocuo, pese a que en algún momento del desarrollo de la acción tuvo conocimiento de la ilicitud de los hechos desplegados por sus contratantes, por lo que el resultado lesivo no le es imputable en virtud a la prohibición de regreso” (5° considerando de la sentencia ejecutoriada R.N. N° 4166-99, Lima, 07-03-00).

Por otro lado, en el caso “rock en río”, se trataba de un supuesto en el que se organizó un concierto de rock en las inmediaciones de un puente colgante, lugar en el cual, luego de la desmedida ingesta de alcohol, varias personas se pusieron a hacer desmanes resultando como consecuencia de ello el desprendimiento de uno de los cables que lo sujetaban, cayendo éste junto a sus ebrios ocupantes. Acá la Sala Penal Suprema aplicó el criterio de imputación denominado como competencia de la víctima, expresando que: “existe una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, porque el obrar a propio riesgo de los agraviados tiene una eficacia excluyente del tipo penal” (7° considerando del R.N. 4288-97, Ancash, 13-04-98).

A su vez, en el año 2004 la Sala Penal Suprema, fiel a la asunción de estos criterios de imputación objetiva resolvió dos casos de tráfico ilícito de drogas. En el R.N. N° 608-2004 (Ucayali, 24/11/04) empleó el instituto denominado como principio de confianza. Aquí el supuesto se trataba del caso de una propietaria que arrendó su inmueble a unos sujetos que se dedicaban al tráfico ilícito de drogas, por lo que la Sala, al fundamentar la exclusión de la responsabilidad penal señaló: “el

ser propietaria del inmueble donde se arrendaban cuartos no supone participación en la conducta de sus inquilinos al estar dentro de una conducta adecuada y dentro de un ámbito de confianza” (1er considerando del R.N. N° 608-2004, Ucayali, 24-11-04).

Un supuesto bastante descriptivo de la teoría de los roles sociales de Günther Jakobs, así como el consecuente rechazo de desvalorar los conocimientos poseídos más allá de los socialmente estandarizados, resolvió la Sala, en el R.N. N° 552-2004 (Puno, 25/11/04), empleando de modo concurrente los institutos de imputación objetiva del comportamiento el riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso. Aquí se trató de un proceso seguido por tráfico ilícito de drogas, en el que un chofer transportó hojas de coca camufladas dentro del marco de su actividad profesional de camionero, camuflaje que él no conocía.

Así, la Sala Penal Suprema señaló: “Es pertinente aplicar los principios normativos de imputación objetiva, que se refieren al riesgo permitido y al principio de confianza; ya que al acusado dentro de su rol de chófer realizó un comportamiento que genera un riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad, y por tanto no le es imputable el resultado (prohibición de regreso) al aceptar transportar la carga de sus co-procesados, al hacerlo en la confianza de la buena fe en los negocios, y que los demás realizan una conducta lícita” (2° considerando del R.N. N° 552-2004, Puno, 25-11-04).

Respecto al tema de los conocimientos del que carecía el procesado sobre los paquetes camuflados de hojas de coca, con toda contundencia la Sala señaló: “el conocimiento exigido no es el del experto sino por el contrario de un conocimiento estandarizado socialmente, y dentro de un contexto que no implique un riesgo no

permitido o altamente criminógeno” (2° considerando del R.N. N° 552-2004, Puno, 25-11-04)

4.2.2. La sentencia del caso del “camionero” (R.N. N° 552-2004, Puno, 25/11/2004).

La sentencia de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en su análisis sobre la tipicidad de un comportamiento, asume una postura doctrinaria cuya actualidad y vigencia jurisprudencial, al menos en nuestro país, es indiscutible: la imputación objetiva; en particular, la propuesta por el sector funcionalista sistémico encabezada por el profesor alemán Günther Jakobs.

La sentencia denota un innovador esfuerzo por resolver situaciones de la vida práctica utilizando un arsenal dogmático de notoria modernidad. Basando sus argumentos en un aparato teórico manifiestamente relacionado con datos extraídos de la sociología funcionalista (concepto de rol social; delimitación de ámbitos de responsabilidad por el cumplimiento de un rol; estandarización de conductas, irrelevancia penal del conocimiento individual acerca de la ilicitud del hecho ajeno).

Es pertinente señalar, al menos en sus aspectos básicos, que el juicio de imputación es el mecanismo a través del cual se va a interpretar el significado social que un acontecimiento tiene para la vigencia de la norma.

En ese sentido, la pregunta por la imputación objetiva es la pregunta por la relevancia social que un comportamiento podría tener para la vigencia de la norma penal. Para determinar la inadecuación social penalmente relevante que reviste una

conducta, el jurista alemán traslada el carácter vinculado a roles del comportamiento social, a cuatro instituciones jurídicas con las que delimita el edificio conceptual de la imputación objetiva (al menos, la que él concibe): el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima (Jakobs, 1996, p. 34).

Tales institutos obedecen a los más disímiles roles sociales que puedan desempeñar tanto el autor como la víctima y los terceros, en un determinado contexto de interacción.

Consecuentemente con la teoría del rol social, como criterio base sobre el cual recae la imputación objetiva en su sistema, este autor señala que para que una persona realice comportamientos tolerados (penalmente no-relevantes), ésta debe realizarlos sólo con los conocimientos que en sociedad se exige a un rol, por tanto, todos los conocimientos superiores o inferiores que el titular posea más allá de los exigidos al rol, no fundamentan responsabilidad penal. Eso es lo que se denomina estandarización social del conocimiento (el cual será infra objeto de análisis).

En su sistema, el primer nivel de imputación (o imputación objetiva del comportamiento) se compone de cuatro instituciones fundamentales: el riesgo permitido, cuyo contenido se fundamenta en la tolerancia social y la permisión de riesgos que la sociedad asume en pro de las ventajas y beneficios que otorga tal permisión.

Así, quien realice un comportamiento –según el autor alemán– que no vulnere una norma o que se encuadre dentro de los parámetros sociales exigidos al rol, no

trasgrede el riesgo permitido (consiguientemente, no ha creado un riesgo típicamente desaprobado).

Mediante el principio de confianza, se denota la protección jurídica del sistema de expectativas que los ciudadanos tienen al configurar sus comportamientos; así, rige el principio de confianza en el respeto de las normas, razón por la cual todos, al realizar sus conductas, pueden partir de la expectativa que la persona con quien se relacionarán obrará conforme a derecho, quedando excluida la imputación objetiva del comportamiento cuando la persona desempeña correctamente sus funciones en la confianza de que el tercero respetará las normas que dirigen sus actividades.

Señala Jakobs que este principio está destinado a hacer posible el reparto de trabajo; por consiguiente, finaliza, cuando el reparto de trabajo pierde su sentido, especialmente cuando puede verse que el otro no hace (o no ha hecho) justicia a la confianza de que satisfará las exigencias de su rol.

Un tercer instituto de imputación es la prohibición de regreso; mediante éste se evalúa cómo es que un comportamiento puede ser distanciado de la actividad delictiva realizada por un tercero, negándose, de ese modo, la responsabilidad penal del primero a título de participación criminal en el delito ajeno.

Para ello, debe centrarse la evaluación del rol social desempeñado por el agente en el contexto de la relación social cuyos resultados fueron lesivos. Por ello, se prohíbe retroceder la responsabilidad penal del autor de un delito a otras personas, cuando éstas se muevan dentro de los parámetros exigidos a sus roles sociales desempeñados.

A su vez, existe un instituto de imputación denominado como competencia de la víctima, mediante ésta se pone de relieve la relevancia que tiene la figura de víctima en el contexto de valoración normativa del comportamiento del autor. La fórmula básica de este instituto busca atribuir las consecuencias lesivas a la esfera de responsabilidad preferente de la víctima cuando, en la génesis del riesgo para sí, ésta ha intervenido conjuntamente con el agente.

De esto último, es preciso aclarar que cuando no exista un comportamiento conjunto en la génesis del riesgo, por parte del agente y de la víctima, y, por el contrario, el primero cumpla con sus deberes, ya no cabe acudir a este último instituto para excluirle de responsabilidad penal pues la conducta del agente se encontrará, sin más, dentro del riesgo permitido (el primer instituto, y a su vez, el más genérico de todos).

En consecuencia, cuando sean tanto la víctima como el autor quienes descuidadamente hayan configurado el curso lesivo para el primero, éste deberá cargar con la responsabilidad por las consecuencias de su actuar descuidado, es lo que se denomina como atribución del curso lesivo al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima (Cancio, 1998, pp. 268).

Consideramos importante haber citado los diversos ámbitos de aplicación, y contenido, de los institutos de imputación objetiva propuestos por el funcionalismo-sistémico, debido a que nuestro Supremo Tribunal resolvió el caso, que podríamos denominar como “del camionero”, acudiendo a los tres primeros criterios. Así, en el tercero de sus considerandos señaló: “Es pertinente aplicar al caso los principios normativos de imputación objetiva, que se refieren al riesgo permitido y al principio de confianza (...) y, por tanto, no le es imputable el resultado (prohibición de regreso)”.

V. DISCUSIÓN

5.1. Discusión teórica

5.1.1. Sobre la imputación objetiva

Consideramos que para poder tratar y buscar develar el problema de “*las conductas neutras no punibles*”, no sería posible si no recurrimos a la teoría de la “imputación objetiva” y como ya hemos ido desarrollando la corriente moderna del funcionalismo, normativismo bien ha desarrollado perfectamente.

Para Castillo (2004) la Teoría de la Imputación Objetiva si bien nace en 1970, cuando Roxin en el libro “*Homenaje a Hoing*”, plantea su vinculación con el criterio de creación de un riesgo jurídicamente relevante de una lesión típica del bien jurídico; la jurisprudencia peruana recién recepciona esta teoría veinte años después, siendo la primera sentencia del cual se tiene referencia bibliográfica, la emitida en el Expediente N° 1789-96, el 25 de febrero de 1997, por la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Lima aunque fue endeble y un poco vaga el desarrollo de esta teoría en la motivación de esta sentencia. Es recién a partir de la sentencia emitida en el Expediente N° 1767-97-Lima, el 12 de enero de 1998, por la Sala Penal de la Corte Suprema (p. 391), que se empieza a desarrollar de manera más precisa y pulcra la teoría de la imputación objetiva.

A partir de estas sentencias, se emitieron unas cuantas sentencias que empezaban a desarrollar y aplicar la teoría de la imputación objetiva, sin embargo, el grado de frecuencia era muy bajo, tal es así que, en el estudio de Villavicencio,

“La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana”, que implicaba la búsqueda de jurisprudencia entre 1997 y 2008, el autor sólo encontró no más de quince sentencias que desarrollaban la teoría de la imputación objetiva. De esta forma, se puede deducir la poca jurisprudencia que existe sobre esta teoría; lo que permite evidenciar la importancia de la presente investigación, que desarrolla un estudio del desarrollo jurisprudencial de la imputación objetiva a partir del año 2011.

De otro lado, la calidad de esta investigación también se desprende de la importancia de la Teoría de la Imputación Objetiva.

Siendo menester precisar que la expresión “imputar” está vinculada con la imputación del hecho o de la acción, y no tiene nada que ver con la imputabilidad (el cual es la capacidad requerida para la responsabilidad: culpabilidad). Esta especificación nos permite comprender que la Teoría de la Imputación Objetiva está dentro del ámbito de la teoría del tipo penal, esto es, como un presupuesto del tipo penal.

No obstante, Villavicencio (s/f) parece haber notado esta confusión entre imputación e imputabilidad en la doctrina peruana, al señalar que:

«Con anterioridad, la causalidad era planteada como una problemática fuera del ámbito de la teoría del tipo. Los autores peruanos sistemáticamente ubicaron a la causalidad como elemento de la acción [lo más probable con la culpabilidad, aquí tenemos a Bramont Arias (1978), Hurtado Pozo (1987)], pero en la actualidad, es dominante la identificación de la relación de

causalidad como presupuesto del tipo objetivo [Hurtado Pozo (2005), Peña (1997), Villa Stein (1998), Bramont Arias (2001)].» (p. 254).

La Teoría de la imputación objetiva, históricamente, es consecuencia de la evolución de un conjunto de principios de corrección introducidos a la causalidad natural para superar los problemas que suscitaba su aplicación; entre ellos, el de la causa adecuada, la humana, la relevante, y otros.

De esta forma, como dice Bacigalupo (2002), la Teoría de la imputación objetiva reemplaza la relación de causalidad por una relación elaborada sobre la base de criterios o axiomas jurídicas, y no naturales; precisando que la verificación de la causalidad natural no es sino un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado (p. 99).

En efecto, en la Teoría de la imputación objetiva la cuestión jurídica fundamental no consiste en la comprobación del nexo causal en sí, sino en establecer los criterios conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona.

De esta manera, como indica Roxin (1997) podemos inferir que la Teoría de la Imputación Objetiva nos proporciona un conjunto de criterios, axiomas o filtros que se emplean con la finalidad de determinar si una conducta es susceptible de ser considerada típicamente objetiva o no. Esto implica, en palabras de Roxin, que la teoría de la imputación objetiva tiene como objetivo excluir del tipo objetivo (a diferencia de la causalidad) las lesiones de bienes jurídicos producidas por casualidad o como consecuencia de una

conducta antijurídica cualquiera, no referida al tipo concreto (*versari in re illicita*) (p. 219).

La teoría de la imputación objetiva es el producto de una progresiva tendencia a la normativización de la teoría del tipo, de cara a superar los múltiples problemas suscitados desde una perspectiva de signo puramente causalista a la que se aferraba el Derecho penal de inicios del siglo pasado.

En tal sentido, como indica Jakobs (2007) la imputación objetiva se erige, en términos generales, en un sistema dirigido a limitar la responsabilidad jurídico-penal que se derivaría de la sola causación de un resultado lesivo. Por ello, se puede afirmar que este instrumento normativo ha venido a convertirse en la actualidad en una teoría general que se ocupa de la «determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable» (p. 238) o como también la ha denominado Jakobs, una «teoría del significado del comportamiento» para convertirse decididamente en una teoría general de la conducta típica.

Y es que, en realidad, lo que busca la imputación objetiva a través de sus diversos filtros normativos es interpretar un determinado comportamiento en su respectivo contexto social para poder así establecer si el mismo tiene un significado objetivamente delictivo. No obstante, para la consecución de dicho fin, la moderna teoría de la imputación objetiva se funda en nociones básicas sobre las que precisamente se construye el edificio normativo de imputación. En esa línea, la conducta imputable sólo puede ser obra de la persona en Derecho, esto es, aquella que se desarrolla e interacciona en base a un papel concreto en la sociedad. Es por ello que resulta necesario referirse a continuación al rol social como criterio

normativo básico para la atribución de responsabilidad jurídico-penal.

A manera de colofón podemos señalar que la Teoría de la imputación objetiva exige o requiere, que luego de verificada la causalidad natural, *comprobar*: en primer lugar, si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado, y en segundo lugar, si el resultado es producto del mismo peligro. A partir de estos dos criterios se identifica y diferencia entre imputación objetiva de la conducta e imputación objetiva de resultado, desarrollándose axiomas o principios normativos para cada uno de ellos.

A) Para la imputación objetiva de la conducta se han estipulado las siguientes

estructuras normativas o reglas:

- La regla del riesgo permitido.
- La regla de la disminución del riesgo.
- La regla del riesgo insignificante
- El principio de confianza.
- La regla de la prohibición de regreso.
- La regla del ámbito de responsabilidad de la víctima.

B) En cuanto a la imputación objetiva de resultado se han estipulado las siguientes

estructuras normativas o reglas:

- La regla de la relación de riesgo.
- La regla de los nexos causales desviados.
- La regla de la interrupción del nexo causal.

- Las reglas propias para los resultados producidos a largo plazo: la regla de los daños permanentes, la regla de los daños sobrevenidos, la regla de los resultados tardíos.
- La regla del fin de la protección de la norma.
- La regla de la imputación del resultado en el ámbito de responsabilidad por el producto.

5.1.2. Implicancias dogmáticas en el marco de la imputación objetiva

De acuerdo a lo expuesto, para el sistema de imputación objetiva el carácter autónomo de la persona juega un papel fundamental de modo tal que se constituye en un punto de referencia de la construcción dogmática en sí misma; con ello, por consiguiente, para el sistema de imputación resulta medular tomar como punto de partida la administración autónoma de la esfera de organización que le corresponde a cada ciudadano en su condición de persona, y es sobre esa base que se fundamenta la imputación objetiva en tanto mecanismo de delimitación de ámbitos de responsabilidad.

Por consiguiente, para Sánchez y Gómez (2004) el sistema de imputación toma como eje referencial siempre a una persona autónoma que es titular de una esfera de responsabilidad que ésta administra en ejercicio de su libertad y cuyas consecuencias lesivas tendrá que asumir a título de imputación. Esto no es sino lo que se conoce como el sinalagma *libertad de actuación/responsabilidad por las consecuencias* (pp. 38-40).

La posición social ocupada por cada persona, entonces, se erige en un factor normativo con una doble función. Por *un* lado, constituye una garantía para las personas, pues demarca el espacio en el cual puede organizarse y ocuparse de sus asuntos con total libertad, sin más límite que el impuesto por el respeto a las demás esferas jurídicas. Por *otro* lado, establece las bases de la imputación objetiva, puesto que una vez infringidos los deberes de la posición social, se defrauda a la sociedad poniendo en tela de juicio la norma como modelo de orientación.

Pero ya que es un deber derivado de dicho rol el que se ha inobservado, la imputación no puede ir más allá del ámbito inherente a esa posición social. Por ello, únicamente podrá imputarse al sujeto la infracción de un deber inherente a su rol y no algún otro que exceda tal ámbito vital de organización.

Así, por ejemplo, no podría imputarse a un magistrado la muerte de su hija, producida mientras aquél se encontraba laborando, por el solo hecho de ser su padre, habiendo éste delegado dicha función de garante a una niñera que se quedaba con la menor durante el día.

Aquí, aun cuando nadie niegue el vínculo paterno-filial, no puede imputarse al magistrado el quebrantamiento de su rol de padre pues el resultado lesivo no es una concreción del incumplimiento de algún deber derivado de dicho rol; este último no era ejercido al momento de producirse el suceso, sino que el magistrado se encontraba desenvolviéndose precisamente como tal. En consecuencia, el rol de padre se halla fuera de la interacción que dio lugar al resultado lesivo.

En esa línea, cabe resumir la función dogmática de la imputación objetiva como la determinación del carácter socialmente perturbador de la conducta enjuiciada, es decir, establecer si ésta altera gravemente el orden jurídico-social, que es lo que se ha dado por denominar, incluso ya desde WELZEL, como una expresión (típica) de sentido. Esta idea, sin duda, dota a la teoría de la imputación objetiva de un componente social que permite concebirla como una herramienta de interpretación jurídico-penal de los sucesos sociales, esto es, como un sistema cuyos contenidos «designan esferas de responsabilidad para la configuración del mundo social» (Mussig, s/f, p. 251)

Ello guarda plena coherencia con la misión social del Derecho penal de asegurar determinadas expectativas de conducta que resultan esenciales para el mantenimiento de la identidad de la sociedad; en tal virtud, la solución de los problemas que se le presentan al Derecho penal —que son también, evidentemente, sociales— «tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad». De ahí la capacidad que tiene esta construcción dogmática para determinar el injusto penal, ya que sólo aquella persona que comunica socialmente a través de su actuación una negación de la norma puede interesarle al Derecho penal, en tanto sistema también social.

5.1.3. Sobre las conductas neutrales

Como hemos visto la importancia de la imputación objetiva como garantía de imputación a través de criterios dogmáticos, esto nos da los presupuestos para poder desarrollar las “conductas neutrales no punibles”. Las conductas neutrales, nos

permite realizar conductas neutrales de manera general podríamos definirlos como aquellas que, si bien no son inequívocamente delictivas, acaban favoreciendo concientemente la comisión de un delito. Es decir, se tratan de comportamientos que, conformes en sí mismas al ordenamiento jurídico, son aprovechadas por terceras personas –autorresponsables– para llevar adelante un ilícito penal.

Partiendo de esta primera aproximación, considero que estamos en condiciones de extraer cuáles serían dos de los elementos más característicos de este tipo de conductas.

- 1- En primer lugar, son conductas que se realizan de manera adecuada a un rol, estándar o estereotipo, es decir, son conductas que, per se, son lícitas o inocuas;
- 2- En segundo lugar, existe un conocimiento cierto o probable, por parte de quien realiza la conducta de favorecimiento, sobre la idoneidad de su acción para, directa o indirectamente, producir un resultado delictivo.

Como se puede apreciar, en este tipo de comportamientos se genera una delgada línea roja entre lo que sería una conducta socialmente adecuada (impune) y lo que podría configurar una participación delictiva (punible) y es, específicamente, el ámbito de las conductas neutrales, se exponen algunos ejemplos: el panadero vende una barra de pan a X sabiendo que éste la utilizará para matar a su propia esposa; un taxista transporta a un cliente, de Z a Y, sabiendo que éste último pretenderá cometer en Y un asesinato (Jakobs, 2006, p.216).

5.1.4. Ubicación del problema en la teoría del delito

Las opiniones que se han dado sobre la ubicación de las conductas neutrales en la teoría del delito han sido, *grosso modo*, tres:

- a) la que niega toda relevancia de análisis de dichos casos en cualquier nivel de la teoría del delito. Desde esta perspectiva, cualquier conducta de cooperación o de prestación de ayuda causal para el resultado debe ser considerada complicidad punible; y en última instancia, se acude a la teoría de la pena para graduar su castigo.
- b) La que sí admite la relevancia penal de estas conductas, pero considera que el marco de análisis es el de la justificación.
- c) La que también admite la relevancia penal de estas acciones, pero ubica el problema en el tipo penal. En la actualidad, es ampliamente mayoritaria la doctrina que ubica la problemática de las conductas neutrales en el *tipo pena* (Roxin, Frish, Jakobs, Schumann, Silva y Robles).

Los que postulan que el problema de las conductas neutrales está en el tipo, la gran diferencia que debe destacarse entre ellos es la siguiente: algunos autores brindan la solución en el tipo *subjetivo*, es decir, hacen depender la existencia del riesgo penalmente desaprobado del conocimiento o la posibilidad de conocer del primer interviniente, mientras que otros ubican el tema en un nivel de análisis anterior, vale decir, en el tipo *objetivo*.

La jurisprudencia española (STS 34/2007), al igual que la de otros países europeos, ha acogido la institución de las conductas neutrales. En este sentido

afirma: «La teoría y algunas jurisprudencias europeas han elaborado diversos criterios para establecer las condiciones objetivas en las que un acto “neutral” puede constituir una acción de participación. En este sentido se atribuye relevancia penal, que justifica la punibilidad de la cooperación, a toda realización de una acción que favorezca el hecho principal en el que el autor exteriorice un fin delictivo manifiesto, o que revele una relación de sentido delictivo, o que supere los límites del papel social del cooperante, de tal forma que ya no puedan ser consideradas como profesionalmente adecuadas, o que se adapte al plan delictivo del autor, o que implique un incremento del riesgo, etc. ».

El profesor español Robles Planas en su Ponencia presentada en la 3.^a sesión del I Congreso Internacional de la FICP sobre Retos actuales de la teoría del delito nos expresa que, las formas de participación en el delito han sufrido en los últimos años una importante revisión a la luz de un destacado grupo de casos: el constituido por las denominadas “conductas neutrales”. En efecto, hasta hace un par de décadas, la doctrina concebía las formas de participación en el delito de manera causal-psicologicista.

Así, se predicaba la responsabilidad penal a título de participación por el simple hecho de prestar un favorecimiento causal y consciente a un hecho delictivo ajeno (tesis que siempre postuló la escuela dogmática clásica). Según este punto de vista, si la conducta de un sujeto contribuye a que el autor cometa el delito y aquél conoce esta circunstancia, entonces realiza una conducta de participación en este pensamiento es lo que se habla de “la condición sin el cual no se hubiera producido el hecho” de modo que en esta época no se conocía lo que en la actualidad ha tenido

un extenso desarrollo por parte del funcionalismo es decir “la prohibición de regresos (Caro, 2017)”.

Este entendimiento extensivo de la participación ha sido prácticamente abandonado, pues supone una limitación a la libertad general de acción imposible de justificar desde el punto de vista de la actual configuración de las relaciones sociales. En efecto, aplicada coherentemente lleva a castigar cualquier conducta lícita en la que se llega a tener como probable que puede favorecer la actividad delictiva de un tercero. Por este motivo, la doctrina actual sostiene que determinadas conductas que implican un riesgo de favorecimiento de un tercero no constituyen participación en el delito. Sin embargo, como se verá a continuación, no existe acuerdo todavía sobre cómo deben articularse tales restricciones.

Bajo el término “conductas neutrales” (esta denominación me sigue pareciendo más acertada que la de “conductas neutras”, pues, en realidad, no estamos ante conductas “neutras” para el Derecho penal, sino ante conductas relevantes, sólo que el reproche no es el de la autoría o la participación en el delito, sino por la infracción de deberes de solidaridad, en efecto, en estos casos el sujeto se mantiene “neutral”).

No se pone de parte del delincuente, ni tampoco de la víctima y lo que se le reprocha al sujeto es precisamente haberse mantenido “neutral”, esto es, no haberse decantado por la víctima) se aborda el tratamiento jurídico que debe merecer un grupo de supuestos con una estructura constante, a saber, aquellos en los que de algún modo puede identificarse un efecto favorecedor en términos causales al autor del delito mediante conductas estándar, estereotipadas o ejecutadas conforme a un rol o posición social o profesional.

Para el correcto tratamiento de estos supuestos la doctrina absolutamente dominante es partidaria de restringir su punibilidad en el nivel de la tipicidad. A partir de aquí las opiniones se dividen entre quienes ubican la restricción en el seno del tipo subjetivo y quienes lo hacen ya en el propio tipo objetivo del partícipe.

a) Perspectivas subjetivas:

La distinción entre participación punible y la atipicidad depende, sobre todo, del grado de conocimiento que quien ejecuta la acción de cooperación tiene sobre la comisión futura del delito por parte del que resulta favorecido. En este sentido, se distingue entre acciones llevadas a cabo con *dolo directo* o y las efectuadas con *dolo eventual*.

Las primeras darían lugar siempre a participación punible, las segundas en cambio la excluirían (*dolo eventual*). Se trata, como puede comprobarse de una versión modificada, restringida del clásico principio de confianza. Pese a lo extendido de esta posición, el recurso al *dolo eventual* como factor de delimitación merece, por lo menos, dos objeciones.

Por un lado, en los casos de conocimiento seguro de la comisión futura del delito se afirma la responsabilidad penal pese a que la conducta se mueva objetivamente en el plano de la neutralidad. Esto es, el mero conocimiento convierte en penalmente relevante una aportación que en sí no lo era. Por otro lado, implica trazar una diferencia entre las formas de *dolo* que nuestro Ordenamiento jurídico desconoce por completo. No parece consistente el mensaje de que el deber de abstenerse de favorecer desaparezca en casos de duda, sospecha o probabilidad y

en cambio, no suceda lo mismo cuando haya un conocimiento seguro o prácticamente seguro. Y ello porque, si no existe el deber de informarse ante la situación, tampoco podrá admitirse su relevancia cuando la información se posea por el sujeto.

En términos del principio de confianza: de lo que se trata no es de si el sujeto que sabe algo puede o no confiar, sino de si el sujeto tiene o no el deber de tener en cuenta ese saber. Esto es, de si formaba parte de su círculo de deberes (posición de garante) el adquirir y activar el conocimiento. Por ello, presupuesto operativo del principio de confianza es la posición de garante.

Uno de los máximos defensor de esta corriente de pensamiento es Roxin. Este autor distingue, en primer lugar, si el primer sujeto actúa con dolo directo o eventual. Si actúa con dolo directo en relación al fin delictivo del autor (segundo sujeto), además, deberá demostrarse «si el aporte al hecho tiene un significado delictivo, es decir, si tiene un valor para el hecho principal y el partícipe lo sabe; entonces por lo general entraría en consideración la complicidad punible».

Por el contrario, se excluye la punibilidad si, a pesar de conocer el fin delictivo del autor, el aporte tiene un sentido legal, es decir, tiene sentido con independencia del hecho principal. Si el primer sujeto obra con dolo eventual, como regla general, debería excluirse la punibilidad porque, según ROXIN, le está permitido confiar (principio de confianza) en que otros no cometerán hechos punibles salvo que dicha suposición sea desvirtuada por una *reconocible propensión al hecho* del tercero.

Las teorías subjetivas pretenden establecer una restricción de la responsabilidad del cómplice, pero más acotada que la prevista por las teorías objetivas. Roxin (2000) es contundente al responder a la siguiente pregunta: ¿es posible castigar como cómplice a quien vende en un comercio un destornillador sabiendo claramente que el comprador lo quiere para cometer un robo?, «Pienso que sí» «No veo correcto que tales actos comerciales cotidianos deban quedar absolutamente impunes, porque al incluirse conscientemente en un contexto delictivo pierden su carácter cotidiano. Sin embargo, tampoco pretendo sancionar cualquier favorecimiento de actividades delictivas» (pp. 17-178).

Creemos que es importante destacar que la solución que se considere más conveniente a esta problemática estará supeditada a la concepción dogmática que se asuma en relación al fundamento del injusto y a la relevancia que se le otorgue a los denominados conocimientos especiales.

OTTO, en términos similares a ROXIN, también es partidario de darle una relevancia decisiva al elemento subjetivo. Sin embargo, OTTO distingue las acciones neutrales según se realicen en el ámbito laboral o en el privado. En el primero, pretende no castigar cuando el interviniente no conoce positivamente que su conducta puede ser utilizada para un fin delictivo. En cambio, en las acciones neutrales de carácter privado considera suficiente que el interviniente «crea reconocer el peligro concreto de que se cometa el peligro» (Ambos, 2001, p. 205).

Muy críticos con el criterio de la referencia de sentido delictivo de Roxin, Entre Otros, Silva (2000), Jakobs (2000), Weigend (2006) y Schünemann.

Como puede observarse el problema dogmático de fondo está en la relevancia de lo subjetivo para la determinación de lo objetivo y más concretamente en el denominado problema de los “conocimientos especiales (Robles, 2007, p. 56)”.

Sin embargo, creemos y como así lo desarrolla el maestro Robles Planas si quisiéramos fundamentar las conductas neutrales a partir de aspecto subjetivo es necesario seguir discutiendo acerca de lo que es un conocimiento especial y lo que no; aquello que debe ser tenido en cuenta para la situación y lo que es irrelevante a los efectos de la imputación del resultado.

De hecho, creo que hay que afinar más de lo que hasta ahora se hecho y en este sentido son de nuevo sugerentes algunas ideas recientes del propio JAKOBS. De entrada, la distinción no puede estar, como en algunas ocasiones se ha afirmado, en que el conocimiento se posea por casualidad o no. Creo que puede partirse del conocimiento que puede esperarse que tenga una persona cuidadosa en la posición del autor.

A este conocimiento también habría que añadir aquellos conocimientos que se adquieren casualmente por la situación concreta en la que obra el sujeto y por tanto se incorporan a la base de enjuiciamiento de la conducta del autor en esa situación. El conocimiento adquirido casualmente forma parte del conocimiento general y por tanto es relevante. Ejemplo: el conductor de un camión detecta antes de ponerlo en marcha en un día de lluvia que hay un mendigo durmiendo bajo el camión. El conductor tiene el deber de garantizar que de su ámbito de organización no surjan peligros para los demás, de forma que si adquiere conocimiento casualmente de esa peligrosidad debe tener en cuenta ese conocimiento.

Más bien por conocimientos especiales hay que entender solamente aquellos que no son esperables en modo alguno que se posean y por tanto, derivan de una capacidad o conocimiento personal del sujeto que son por completos ajenos a la situación. Ello es lo que sucede en el conocido y discutido caso del camarero estudiante de biología que sirve una ensalada con setas venenosas. De nuevo en este punto hay que tener especialmente en cuenta la estandarización.

Allí donde hay posiciones jurídicas o roles altamente estandarizados, también los conocimientos vinculados a esos roles estarán estandarizados, de modo que será más sencillo identificar los conocimientos que nada tienen que ver con el desempeño de ese rol y, por tanto, que no son esperables.

Tal es el caso de las denominadas prestaciones cotidianas como la venta de bienes o productos en sí permitidos que son utilizados por otro para cometer un delito. En suma, son conocimientos relevantes aquellos que son esperables que se posean y se activen en relación con los riesgos que como garante se deben gestionar. Nada más, pero tampoco nada menos.

b) Las tesis objetivistas (que en este punto hablan de una “prohibición de regreso”)

No les otorgan ningún valor fundamentador de la responsabilidad y ello resulta ampliamente convincente. En efecto, para imputar responsabilidad por la organización no se trata de lo que el sujeto efectivamente sabía, sino de aquello que tenía que saber en la posición jurídica en la que obraba. Un saber superior, no debido, no puede gravarle.

El deber de respetar a los demás (*neminem laedere*) implica sólo emplear aquellos conocimientos y capacidades que son necesarias y suficientes de forma estandarizada para mantener una situación libre de riesgos. Tener en cuenta todos los conocimientos va mucho más allá que esa obligación general de respeto. Como recientemente ha afirmado PAWLIK con razón: “el mero hecho de que uno posea recursos no otorga al otro un título jurídico para el empleo de tales recursos a su favor”.

Lo contrario implicaría afirmar que todos deben hacer todo lo que puedan para proteger bienes jurídicos. Esto es, implicaría recurrir a un argumento utilitarista. Esta visión hace mucho tiempo que se abandonó en la dogmática del estado de necesidad, donde los límites al deber de solidaridad (pasiva) no coinciden con los límites de las posibilidades fácticas del sujeto afectado de beneficiar al necesitado, sino que se erige un baremo normativo delimitador. Por tanto, del hecho de que uno *pueda* maximizar el mundo de los bienes jurídicos no se sigue que también *deba* hacerlo.

En nuestros tiempos es claramente minoritario el sector de la doctrina que defiende, conjuntamente con una discutida concepción que fundamenta el castigo de la participación, la exclusiva necesidad de la presencia de causalidad y dolo para comprender que una conducta de favorecimiento a un hecho principal es antijurídica. En este sentido, es ampliamente reconocido que, a la hora de analizar cualquier forma de intervención en el delito, la mera causalidad no es suficiente para afirmar la imputación de la conducta. Además, hay un importante consenso en considerar que el mismo tipo objetivo de la complicidad necesita de restricciones (Robles, 2007, pp. 79-80).

Estas restricciones se han ido trazando de la mano de las siguientes teorías:

- a) Adecuación social.
- b) Adecuación profesional.
- c) Solidarización con el injusto ajeno.
- d) Incremento del riesgo.
- e) Principio de confianza y autorresponsabilidad.
- f) Prohibición de regreso

En forma breve, se describen las características principales de las distintas teorías previamente descritas, pero dejando en constancia que nuestra postura que creemos la más adecuada para tratar las conductas neutrales es “la prohibición de regreso”.

1- **La teoría de la adecuación social.** Ideada y creada por Welzel. Según este autor, «...las acciones que se mueven dentro del orden ético-social históricamente establecido de la vida en sociedad deben quedar fuera del ámbito del injusto», incluso cuando caen dentro del tenor literal de un tipo penal.

2- **Adecuación profesional.** En general, las distintas contribuciones de la doctrina han tenido como epicentro la actividad bancaria con respecto a los hechos delictivos cometidos por sus clientes. Se constata, de tal forma, la aplicación de la teoría de la adecuación social de WELZEL pero supeditada siempre a contextos y actividades profesionales determinados y expresamente regulados.

Se considera socialmente adecuada la conducta de aquel individuo que se comporta conforme a las normas o usos habituales de la actividad profesional que desempeña y, a pesar de ello, favorece, conscientemente, un delito ajeno. Uno de los principales defensores de esta posición es HASSEMER.

- 3- **Solidarización con el injusto ajeno.** Schumann es quien elabora la teoría relativa a la solarización con el injusto del autor. El autor parte de una concepción distinta sobre el injusto de la participación delictiva, criticando la teoría de la acusación al considerar que sus soluciones son incompatibles con el principio de autorresponsabilidad. Para SCHUMANN la razón por la que se puede hacer responsable a un partícipe reside únicamente en su particular *desvalor del acto*, consistente en la solidarización con el injusto del autor. «La participación exterioriza un *desvalor socialmente insoportable* en tanto que el partícipe se solidariza a través de su aportación con el injusto doloso ajeno, esto es, se “coloca de manera identificable de parte del injusto”»
- 4- **Incremento del riesgo.** ROXIN es, precisamente, uno de los defensores de esta teoría. Básicamente, se afirma que la creación de un riesgo por parte del cómplice consiste en un incremento del riesgo penalmente desaprobado para el bien jurídico protegido.
- 5- **Principio de confianza y autorresponsabilidad.** ROXIN es, precisamente, uno de los defensores de esta teoría. Básicamente, se afirma que la creación de un riesgo por parte del cómplice consiste en un incremento del riesgo penalmente desaprobado para el bien jurídico protegido; El principio de confianza puede ser, también, utilizado para establecer los límites de la participación punible. Se opina que «quien realiza una aportación que en sí misma es conforme a Derecho,

no tiene por qué contar con el uso incorrecto (delictivo) que un tercero haga, a pesar de que ello sea previsible o probable. Se considera que en la base del principio de confianza se encuentra el de autorresponsabilidad, mediante el cual «...no sólo se reconoce que todo individuo debe responder por las consecuencias del ejercicio de su libertad, sino también se garantiza no hacer responsable a alguien por un hecho que no es consecuencia del ejercicio de su autonomía individual, sino de la del otro. En este sentido, no forma parte del ámbito de responsabilidad de quien se comporta cuidadosamente impedir las consecuencias que resulten de la conducta descuidada de otro individuo.

6- **Prohibición de regreso.** En el ámbito de los límites de naturaleza objetiva (Robles, 2007) me detendré en el análisis de las teorías propuestas por JAKOBS, FRISCH.

5.1.5.1. Sobre la prohibición de regreso

Si existe una institución que ha sido objeto de una verdadera evolución dogmática en el marco de la teoría general de la imputación es la prohibición de regreso. Su concepción actual dista mucho de su inicial formulación planteada por FRANK, para llegar a ser entendida como un criterio normativo de limitación de la participación criminal.

No cabe duda que ha sido JAKOBS quien con mayor acuciosidad ha protagonizado la reformulación de esta figura normativa para delimitar el ámbito de la tipicidad tanto para delitos dolosos como imprudentes. Este autor sostiene que no es jurídico-socialmente congruente que el carácter delictivo de una actividad sea impuesto arbitraria y unilateralmente por el autor del hecho, aun cuando el posterior

resultado lesivo producido se halle conectado causalmente con la aportación prestada por un tercero: «quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano, aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, *existe una prohibición de regreso* cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida (Peñaranda, 1999, p. 90) ».

Y es que, en efecto, en este nivel de análisis se debe partir de la noción básica de que el Derecho penal no puede reprimir acciones socialmente inocuas o estereotipadas que, por tanto, carecen de sentido delictivo, aun cuando posteriormente otra persona anude a tales actos fines ilícitos o los emplee para realizar conductas no permitidas. Según lo entiendo, una consideración de esta naturaleza no es exclusiva, como se suele entender comúnmente, de un pensamiento funcional-normativista y, por el contrario, puede ya apreciarse, en su contenido material, en argumentaciones de origen metodológico diverso.

Ello se debe, una vez más, a que el Derecho penal, en tanto sub-sistema social, no puede ser ajeno a los rasgos expresivos y a las necesidades de la sociedad donde pretende regir, con independencia de la concepción jurídico-penal que se adopte. Pues no se puede hacer a alguien penalmente competente de las consecuencias lesivas producidas por el autor de un hecho delictivo gracias a las aportaciones del primero; ello comportaría una grave restricción de los espacios de libertad legítimamente conferidos a los ciudadanos y que les resultan imprescindiblemente necesarios para su desarrollo personal y para la convivencia social en general.

Por ello, conforme a lo que se viene afirmando, la prohibición de regreso se basa en la idea de que no se puede hacer responsable a quien realiza una aportación que es en sí misma cotidiana y socialmente inofensiva, y que sólo por la puesta en marcha de planes de terceros puede adquirir el sentido de un curso dañoso (Jakobs, 2003, p.24).

Es, entonces, la idea básica y político-criminalmente necesaria de frenar una excesiva responsabilidad «hacia atrás» la que subyace a la prohibición de regreso y la que se halla actualmente generalizada en la doctrina. Una vez más, pues, la causalidad se muestra abiertamente insatisfactoria para la resolución de casos como el del taxista, el de la gasolinera o el del acreedor homicida (por mencionar algunos de los más conocidos y empleados doctrinalmente), en los que es innegable el nexo causal entre la aportación inicial y el posterior resultado lesivo.

Por tanto, la prohibición de regreso define los límites de lo que ha comprenderse como una actividad conjunta con un mismo significado objetivamente delictivo para los intervinientes, esto es, si el suceso proyecta el sentido de una organización delictiva conjunta. En efecto, como ya se señaló, este significado normativo no puede venir impuesto unilateralmente por el sentido que le imprime el autor a una aportación socialmente estandarizada.

Una cuestión que ha merecido incesantes comentarios y análisis es la de los conocimientos de quien presta la aportación, lo cual resulta trascendental a la hora de trazar los límites de la institución dogmática en mención⁸⁵. No cabe duda de que en ciertos contextos de interacción se muestra patente la falta de un sentido

común de la actividad y, por ende, de su significado como participación delictiva en la posterior conducta.

Así sucede en el caso del acreedor ya aludido o del —también conocido— caso de quien anuncia en una reunión social que en un determinado mes y lugar de una montaña se presentan las condiciones meteorológicas y climáticas ideales para realizar una excursión, lo cual es tomado como base por un tercero para hacerlo, resultando éste posteriormente lesionado o muerto. Aun cuando el deudor y el sujeto de la reunión sepan de las intenciones del acreedor y del tercero respectivamente de realizar las ulteriores actividades lesivas, no podrían responder por éstas dado que no se trata de actos jurídicamente desaprobados dirigidos a favorecer hechos ilícitos.

Y ello tiene su principal fundamento, como no podía ser de otro modo, en una razón de raigambre social: posibilitar y promover los contactos sociales anónimos propios de nuestros tiempos, pues amenazar penalmente a quien presta una actividad socialmente cotidiana, desviada por un tercero, conllevaría a imponer obligaciones de conocer las intenciones del destinatario de tales servicios; en otras palabras, «si en todo contacto social todos hubiesen de considerar todas las consecuencias posibles desde el punto de vista cognitivo, la sociedad quedaría paralizada», puesto que «la interacción social se vería asfixiada por funciones de supervisión y otras auxiliares».

Sin embargo, aunque la cuestión de los límites de una construcción de esta naturaleza amerita un desarrollo más prolijo, aquí me ceñiré a destacar dos restricciones de la prohibición de regreso. *Por un lado*, no podría invocar una

prohibición de regreso quien desvía su actuación de cualquier modo, adaptando su conducta inicialmente inocua al contexto delictivo creado por el autor para contribuir a la perpetración del hecho.

Esto quiere decir que si el taxista acelera y conduce con más rapidez para asegurar los fines de los delincuentes o si el deudor entrega una suma mayor a la debida al acreedor, conociendo sus planes delictivos, ya no ajustaría su proceder a su rol social. Por otro lado, si existe un deber de garante que obliga a evitar eventuales daños tampoco podrá operar una prohibición de regreso. Si el sujeto de la reunión que hace comentarios sobre las condiciones climáticas es el encargado de la protección y defensa civil de la zona, su aportación podría vincularse normativamente con el posterior curso lesivo. Lo propio en el caso del acreedor, en el supuesto de que éste exprese su intención de emplear el dinero para asaltar el Banco donde labora la esposa del deudor, resultando ésta, en efecto, posteriormente herida.

A partir de estas consideraciones es posible ya delinear el ámbito de la prohibición de regreso y demarcar sus fronteras con las demás instituciones dogmáticas. En cuanto al riesgo permitido, es claro que la prohibición de regreso no se limita a determinar los contornos de lo jurídico-socialmente reconocido, sino que, conforme a lo dicho, va un poco más allá, estableciendo si se puede vincular una aportación posiblemente inocua con un posterior curso lesivo, con prescindencia del aspecto cognitivo de quien realiza el aporte (esto es, despliega sus efectos de modo contra fáctico).

Por su parte, el principio de confianza opera, más bien, una vez constatado que el comportamiento de un tercero no se encuentra jurídicamente aprobado, y sólo persigue decirnos si, pese a la incorrección en el obrar de las demás personas, a alguien le está permitido confiar en la actuación de éstas.

En el caso de la imputación a la víctima, la diferencia se muestra más patente, ya que la prohibición de regreso permite establecer la inexistencia de una comunidad delictiva con un sentido común, mientras que en la imputación a la víctima, por el contrario, se busca determinar precisamente si existe una actividad conjunta que pueda ser atribuida a la esfera de competencia de esta última (Cancio, 2001, p. 118).

Como se puede apreciar, desarrollar todos los institutos de la imputación objetiva, son todo un sistema complejo y amplio, y por razones metodológicas no es posible profundizar en cada uno, sin embargo, el instituto como venimos sosteniendo, y el más idóneo para desarrollar las conductas neutrales es el instituto de “prohibición de regreso”. Y es por este motivo que el trabajo está netamente enmarcado en tal instituto.

Es importante distinguir a qué la teoría de la “prohibición de regreso” nos estamos refiriendo a grandes rasgos como podemos hablar de tres: teoría clásica de FRANK; la nueva teoría de la prohibición de regreso; y la diseñada por JAKOBS. Las diferencias entre una u otra teoría son relevantes. Mientras que la teoría clásica se desarrolla sobre una comprensión causal del tipo objetivo; la nueva teoría parte, en términos generales, de un concepto de imputación desligado de la causalidad, pero vinculado a referentes prejurídicos (dominabilidad, controlabilidad y

autorresponsabilidad); por último, la teoría de JAKOBS se confecciona de forma exclusivamente normativa, esto es, desprovista de todo aspecto meramente naturalístico. Y es a esta última donde le daremos más desarrollo por considerarla la más idónea para una dogmática penal moderna.

Jakobs (2003), fundamenta la exclusión de la punibilidad del cómplice sobre la base de dos ejes fundamentales de su teoría: en primer lugar, su concepción de la “prohibición de regreso” y en segundo lugar, su tesis de los roles. A los fines de poder determinar el carácter dominante -o no- del fin delictivo, se debe acudir al sentido objetivo de la acción, lo que coincide, según JAKOBS, con la idea de *rol* (p.843).

Para Jakobs (2003), en un primer momento de su estudio, lo importante es determinar «en qué supuestos quien origina un curso causal dañoso ya no se puede distanciar de las consecuencias». De esta forma, considera que es posible excluir la responsabilidad del primer interviniente, en el ámbito de la prohibición de regreso, en aquellos casos en donde sea dable un distanciamiento de aquél.

Es decir, la cuestión decisiva es determinar si una conducta debe anexarse al plan delictivo del autor o si, por el contrario, se puede distanciar de dicho plan. Ahora bien, ¿cuándo se daría este distanciamiento? Cuando «su comportamiento en el momento de su ejecución no depende en absoluto de que lo continúe la acción...del ejecutor, pues entonces el “interviniente” ha creado una situación que, si bien otras personas puede que continúen hasta realizar el tipo, sin embargo, precisamente de él no ha recibido un sentido de realización del tipo y no puede resultar teñida retroactivamente por dicha realización.

El “interviniente” no ha pretendido ningún riesgo especial». De acuerdo al autor, la «causación fuera de un contexto delictivo no es más que la creación de una situación en la que otro cometerá un delito, y esto significa...actuar sin responder por la causalidad por el mero hecho de conocerla». Por el contrario, afirma la responsabilidad del primer interviniente cuando éste define «su actuación como parte de un plan delictivo, esto es, [cuando] sólo puede motivarse por el plan delictivo».

En un segundo momento de análisis, Jakobs relativiza su criterio inicial. Lo reformula hacia la idea de configuración de la prestación de forma que se adapte al contexto delictivo. Esto es, el partícipe «específicamente configura su prestación de tal modo que encaje dentro del contexto delictivo de comportamiento». Con la idea de concretar el sentido objetivo del comportamiento, JAKOBS acude, por un lado, a la configuración específica de la conducta; y por el otro, al *contexto* en el que ésta se enmarca.

Por último, se debe resaltar que, en la teoría de este autor, los conocimientos especiales son irrelevantes. Una clara aplicación de la doctrina de JAKOBS en la jurisprudencia española, es la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 95/2002 (sección 15ª), de 19 de abril del 2002, ponente: Alberto Jorge Barreiro, en donde se resuelve la impunidad del acusado a título de cooperador necesario en un delito contra la hacienda pública.

Casos de prohibición de regreso en jurisprudencia peruana. La prohibición de regreso como la expresión que alude a que otro sujeto no puede imponer al comportamiento del que actúa en primer lugar un sentido lesivo de la norma, puesto

que quien se comporta de un modo socialmente adecuado no responde por el giro nocivo que otro dé al acontecimiento. Conforme al desarrollo jurisprudencial nuestro, visto en el Recurso de Nulidad N° 4044-2008 Callao, de fecha veintiuno de octubre de dos mil ocho, donde se afirma: “[...] no se ha llegado a establecer, fehacientemente, que aquél tenía conocimiento o de alguna manera haya participado dolosamente para privar de la libertad personal a la menor, toda vez que el adolescente César Aranda Diche, así como la acusada Rest Diche han señalado que éste sólo se limitó a brindarles servicio de taxi, sin tener conocimiento de la decisión concreta para violentar a la menor, dicho que coincide con la declaración del imputado, por lo que en aplicación del principio de prohibición de regreso, la conducta asumida por Orejuela Di Giambito deviene inocua; en consecuencia, no ha sido desvirtuada la presunción de inocencia”.

5.1.6. Sobre el rol social como presupuesto delimitador de las conductas neutrales

El punto de partida para el sistema de imputación y el entorno social donde cualquier construcción dogmática de esa naturaleza pretende tener aplicación es necesariamente la persona autorresponsable a partir de la posición social que ésta ocupa en su entorno y que la determina a desarrollar determinado papel en la sociedad. Y es que cada sujeto no es responsable de la totalidad de los sucesos del mundo social en que se desenvuelve, sino tan sólo de una parcela muy limitada de realidad.

Este segmento parcial se asigna a cada persona como miembro de la comunidad y el que está sometido enteramente a su vigilancia, de modo tal que

deberá administrar correctamente esa esfera de responsabilidad para que no lesione ni invada otras ajenas. Por ello, se afirma que el rol social desempeñado por cada persona en concretos espacios de interacción (v. gr. taxista, padre, policía, juez, profesor, médico, etc.) define la medida de su propia responsabilidad en la gestión de cada parcela social.

Para Jakobs (2000), esto resulta lógico en la medida en que dicha posición social configura un ámbito de libertad de organización que permite saber, tanto a los demás miembros de la sociedad como al propio titular de dicho ámbito, qué es lo que se espera socialmente que haga o deje de hacer; esto es, concretamente, define las *expectativas sociales de comportamiento* que habrá de cumplir conforme al papel que le corresponde desarrollar en la sociedad. Y son precisamente estas expectativas esenciales para la convivencia social las que han de garantizarse jurídico-penalmente. De ahí que el Derecho penal y el marco social en que aquél tiene lugar sean inescindibles (p. 21).

En tal virtud, la importancia del rol radica no sólo en su capacidad para identificar a cada persona en el mundo social, sino también en su utilidad social para exteriorizar y dar a conocer a los demás a qué está o no obligada ella en los múltiples contactos que establezca; o lo que es lo mismo, determina las *incumbencias* —lo que le compete jurídicamente realizar o no— de acuerdo a su posición social. De esta noción básica nace la conocida frase «no todo es asunto de todos» acuñada hace casi dos décadas por Jakobs(1997) y que comporta la idea,

también fundamental para el sistema de imputación jurídico-penal, de la separación de ámbitos de responsabilidad (p. 211).

En efecto, no se puede esperar de un taxista que sepa qué actividades realizará en su destino el pasajero que transporta, ni tampoco se puede esperar que un médico obligue violentamente a su paciente consciente y responsable a quedarse en el hospital. En tal sentido, del mismo modo en que la sociedad premia a título de mérito a quien se comporta dentro de los márgenes de su posición social (reputándolo como buen padre, un magistrado probo, un respetable policía, etc.), también le recriminará su conducta a través de un juicio de imputación cuando la infrinja, esto es, cuando defraude las expectativas que se derivan de su posición social (Jakobs, 2000, p. 54).

Por ello, a cada ámbito de organización le corresponde todo un conjunto de derechos y obligaciones a los que indefectiblemente están sujetos los ciudadanos en tanto ejerzan y pretendan ejercer dicho papel. Éste es el contenido material del rol social y el que, como se viene sosteniendo, delimita las esferas de responsabilidad perteneciente a cada ciudadano.

Aunque, por lo demás, ciertas objeciones provenientes de algunos sectores doctrinales se hayan dejado oír alegando la falta de claridad e inclusive arbitrariedad en la definición de los roles sociales, no cabe duda de que los alcances conceptuales y consecuencias teóricas que se desprenden de la noción del rol sientan las bases necesarias para un sistema de imputación que pretenda fijar como punto de partida la existencia de personas autorresponsables a las que les corresponde esferas de competencia individuales.

De acuerdo a lo expuesto, para el sistema de imputación objetiva el carácter autónomo de la persona juega un papel fundamental de modo tal que se constituye en un punto de referencia de la construcción dogmática en sí misma; con ello, por consiguiente, para el sistema de imputación resulta medular tomar como punto de partida la administración autónoma de la esfera de organización que le corresponde a cada ciudadano en su condición de persona, y es sobre esa base que se fundamenta la imputación objetiva en tanto mecanismo de delimitación de ámbitos de responsabilidad.

Por consiguiente, el sistema de imputación toma como eje referencial siempre a una persona autónoma que es titular de una esfera de responsabilidad que ésta administra en ejercicio de su libertad y cuyas consecuencias lesivas tendrá que asumir a título de imputación. Esto no es sino lo que se conoce como el sinalagma libertad de actuación/responsabilidad por las consecuencias (Sánchez y Gómez, 2002, pp. 38-40).

La posición social ocupada por cada persona, entonces, se erige en un factor normativo con una doble función. Por *un* lado, constituye una garantía para las personas, pues demarca el espacio en el cual puede organizarse y ocuparse de sus asuntos con total libertad, sin más límite que el impuesto por el respeto a las demás esferas jurídicas.

Por otro lado, establece las bases de la imputación objetiva, puesto que una vez infringidos los deberes de la posición social, se defrauda a la sociedad poniendo en tela de juicio la norma como modelo de orientación. Pero ya que es un deber derivado de dicho rol el que se ha inobservado, la imputación no puede ir más allá del ámbito inherente a esa posición social.

Por ello, únicamente podrá imputarse al sujeto la infracción de un deber inherente a su rol y no algún otro que exceda tal ámbito vital de organización. Así, por ejemplo, no podría imputarse a un magistrado la muerte de su hija, producida mientras aquél se encontraba laborando, por el solo hecho de ser su padre, habiendo este delegado dicha función de garante a una niñera que se quedaba con la menor durante el día.

Aquí, aun cuando nadie niegue el vínculo paterno-filial, no puede imputarse al magistrado el quebrantamiento de su rol de padre pues el resultado lesivo no es una concreción del incumplimiento de algún deber derivado de dicho rol; este último no era ejercido al momento de producirse el suceso, sino que el magistrado se encontraba desenvolviéndose precisamente como tal.

En consecuencia, el rol de padre se halla fuera de la interacción que dio lugar al resultado lesivo. Un ejemplo sumamente gráfico, propuesto por PIÑA ROCHEFORT, en *El funcionalismo en Derecho penal*, puede ilustrar mejor lo acabado de señalar: que el Presidente de la República ingrese a una panadería no significa necesariamente que en dicho lugar se le deba tratar como tal (los demás no están jurídicamente obligados a hacerlo), esto es, como la máxima autoridad pública, aun cuando los presentes sepan muy bien que ostenta dicho cargo.

Pues en dicho contexto de interacción el Presidente no ejerce su rol de funcionario público, sino el de un ciudadano común. Como lo explica el citado autor: «Mientras el sistema no actualice y reconozca como válido ese rol, el señor Presidente deberá hacer fila como cualquier ciudadano y no será acreedor de ningún trato preferente».

En esa línea, cabe resumir la función dogmática de la imputación objetiva como la determinación del carácter socialmente perturbador de la conducta enjuiciada, es decir, establecer si ésta altera gravemente el orden jurídico-social, que es lo que se ha dado por denominar, incluso ya desde WELZEL, como una expresión (típica) de sentido.

Esta idea, sin duda, dota a la teoría de la imputación objetiva de un componente social que permite concebirla como una herramienta de interpretación jurídico-penal de los sucesos sociales, esto es, como un sistema cuyos contenidos «designan esferas de responsabilidad para la configuración del mundo social»

Ello guarda plena coherencia con la misión social del Derecho penal de asegurar determinadas expectativas de conducta que resultan esenciales para el mantenimiento de la identidad de la sociedad; en tal virtud, la solución de los problemas que se le presentan al Derecho penal —que son también, evidentemente, sociales— «tiene lugar en todo caso por medio del sistema jurídico en cuanto sistema social parcial, y esto significa que tiene lugar dentro de la sociedad».

De ahí la capacidad que tiene esta construcción dogmática para determinar el injusto penal, ya que sólo aquella persona que comunica socialmente a través de su actuación una negación de la norma puede interesarle al Derecho penal, en tanto sistema también social (Mussig, s/f. p. 254).

5.1.7. Por otro lado, Frisch

Parte de una idea central en su análisis, a saber: la ponderación entre la libertad general de actuar y la protección de bienes jurídicos. Frisch opina que «la

sanción por un delito de comisión activa requiere que se haya producido por exceso en el uso de la libertad. Así, la fundamentación de la sanción en estos casos debería partir de acreditar que el sujeto ha cometido un exceso en su libertad jurídicamente definida.

Para ello deben utilizarse criterios objetivos; los subjetivos –la mala voluntad–, si el sujeto se mueve en el marco de lo jurídicamente permitido, son insuficientes. Pues bien, en el caso de las acciones cotidianas se trata de conductas que, al menos en los ejemplos normales, pertenecen a la libertad jurídica; así la cuestión es cuándo podemos decir que el sujeto ya no se mueve en el marco de su libertad. Ello tiene lugar cuando la conducta tiene la función de hacer posible el comportamiento delictivo. En los casos en que no es así, para el Derecho se trata básicamente de la toma en consideración del sujeto por razones de solidaridad para conjurar determinados peligros (Frisch, 2004, pp. 203-204).

Para el autor, «debe hablarse de una conducta con sentido delictivo siempre que en todo o en parte presente una configuración tal que desde el punto de vista general o bajo la consideración de las circunstancias del caso sólo pueda ser explicada delictivamente, esto es, que globalmente o en referencia a las partes correspondientes no tenga otro sentido más que como posibilitación o facilitación de una conducta delictiva ajena».

Sólo será ilícita aquella conducta con un *indudable* significado delictivo, esto es, cuando la conducta se acomoda de tal manera a la posibilitación o facilitación de la conducta delictiva del ejecutor que, su propio contenido de sentido, se agota en dicho favorecimiento o posibilitación.

Frisch busca concretar su principio atendiendo a los siguientes criterios: la cercanía al hecho principal de la acción del cómplice; que éste actúe a petición expresa del autor o que exista una especial posición de deber.

5.1.8. Sobre la particularidad de Robles Planas.

Por último, analizaré la posición de ROBLES PLANAS. Para él, no se tiene, con carácter general, la obligación de velar por las consecuencias de la propia conducta cuando aún falta por actuar un sujeto autorresponsable. Es una excepción a dicha regla, cuando de la propia conducta se desprende la obligación de velar por las consecuencias.

Según el autor, esto se origina, bien porque se tiene una determinada posición jurídica, o bien porque la conducta muestra una configuración tal que se adapta al comportamiento delictivo ajeno. También, en los supuestos de lesión inminente de un bien fundamental, si existe una posición jurídica, conforme las reglas generales, ésta va a determinar la imputación por intervención.

Robles Planas, considera como criterios de imputación: a) la infracción de los deberes especiales que el ordenamiento jurídico impone; b) en los ámbitos que no existen deberes especiales, adopta un criterio restrictivo de punibilidad consistente en la adaptación de la conducta al hecho.

Robles Planas, considera como criterios de imputación: a) la infracción de los deberes especiales que el ordenamiento jurídico impone; b) en los ámbitos que no existen deberes especiales, adopta un criterio restrictivo de punibilidad consistente en la adaptación de la conducta al hecho.

a) En relación al primer criterio de imputación, la presencia de deberes especiales fundamentadores de posiciones de garante es un factor que, ante el incumplimiento del mismo, puede conducir a la imputación del resultado siempre y cuando dicho incumplimiento adquiera objetivamente un sentido de cooperación delictiva. Robles Planas considera preferible utilizar el término *posición jurídica*, en vez de posición de garantía. Se quiere destacar que el ordenamiento jurídico atribuye deberes que obliga a quien ocupe una determinada posición a tener en consideración la posterior actuación del tercero a los fines de la propia conducta.

El autor opina, también, que las posiciones jurídicas, según su terminología, pueden tener un significado y alcance distinto atendiendo si se trata del *control o vigilancia de conductas de terceros sobre ciertos bienes o del aseguramiento de determinados objetos peligrosos*. En relación al primer supuesto, se afirma que *únicamente a partir del momento en que el sujeto ha asumido, efectivamente, el control o vigilancia de ciertas conductas, colocándose desde ese momento en una posición de especial relevancia para la evitación de conductas delictivas de terceros, será posible determinar la intervención en el delito posterior para el caso que incumpla los deberes previamente asumidos* (Son ejemplos del supuesto que se analiza, los funcionarios públicos que ostentan el deber de control o vigilancia de personas peligrosas; los deberes del empresario con respecto a las conductas de sus empleados y los deberes de los encargados de establecimientos públicos por las conductas de sus clientes).

Robles Planas establece ciertas limitaciones en aras a concretar la imputación por intervención en el delito no evitado. Tanto en el caso de los funcionarios de policía como en el de los empresarios en relación a sus dependientes niega la existencia de una posición de garantía de carácter general. Por el contrario, en el caso del funcionario de policía exige, en primer lugar, la comprobación, en el caso en concreto, de que la conducta del funcionario de policía que no impide la comisión del delito supone «un efectivo favorecimiento» del mismo.

Esto se dará sólo cuando de la situación concreta se derive que la actuación del funcionario habría impedido la conducta lesiva y, además, aquél había asumido, específicamente, su control. En segundo lugar, reduce la posición de garantía a la evitación de los peligros respecto de los que existe la expectativa social de que serán institucionalmente evitados (vida, integridad física, libertad y patrimonio).

Al margen de dichos bienes jurídicos sólo será posible imputarle al funcionario la existencia de un delito de omisión del deber de perseguir delitos por parte de funcionarios públicos. En el caso del empresario sólo responde en la medida en que pueda afirmarse la existencia de un deber de evitar que surjan peligros de su *propio* ámbito de organización. Sólo cuando el empresario define delictivamente (creación de un riesgo especial) el marco en el que debe actuar el dependiente es garante de los delitos que éste pueda cometer (p. ej., actividades *ab initio* no autorizadas; actividad lícita referida a objetos peligrosos que generan un deber de aseguramiento y el empresario no adopta las precauciones necesarias)

En igual modo, en lo atinente a los deberes de *aseguramiento de objetos*, la creación de un riesgo desaprobado sólo puede afirmarse en tanto en cuanto exista

un deber especial. Tal deber de aseguramiento sólo nace cuando al ámbito de organización pertenecen objetos que, por su especial peligrosidad, quedan excluidos del ámbito de disponibilidad general. Se trata siempre de riesgos especiales porque dichos objetos tienen una aptitud especial para lesionar bienes ajenos, pero por su utilidad se permite su tráfico, posesión o uso siempre que se respete la *normativa sectorial* (v. gr., otorgamiento de autorizaciones o licencias).

Esta normativa sectorial es esencial para la constitución de los deberes de aseguramiento de objetos peligrosos (p. ej., armas de fuego, explosivos, sustancias nocivas). Si no existe ninguna regulación específica que establezca el marco de los deberes específicos de aseguramiento, los criterios de imputación sobre la existencia de intervención en el delito serán otros (adaptación de la conducta del interviniente al hecho delictivo).

b) La infracción de los deberes derivados de la posición jurídica que ocupa el sujeto configura sólo el primer criterio de imputación de las conductas de intervención en el delito. En este acápite, estamos en presencia de supuestos en donde no existen deberes especiales, es decir, objetos y prestaciones disponibles por cualquiera.

Lo importante será, para la imputación al primer interviniente, el contexto. Entendido éste como «su configuración para la comprobación de que el primer sujeto ha recortado su conducta de tal manera que encaje en el hecho del segundo, por un lado, y la situación (normativa) de la víctima, por otro lado».53 La configuración de la conducta debe crear las condiciones específicas de la comisión

del hecho delictivo, es decir, debe crear con su conducta un riesgo especial de que ésta sea continuada hasta el delito (Robles, 2003, p. 305).

Para Robles (2003), de lo dicho, en contextos de venta de objetos que pueden adquirirse libremente, así como de prestaciones profesionales estandarizadas, no habrá, en general, razones para afirmar que la conducta de quien vende o transmite el bien o de quien realiza la prestación contiene un riesgo especial de continuación delictiva. «La propia *ubicuidad* de los bienes o la *fungibilidad* de las prestaciones impiden hablar de la existencia de una configuración especial de la conducta para el hecho finalmente acaecido. Cuanto más ubicua o cotidiana sea una determinada acción, más concernirá su aplicación delictiva al autor autorresponsable... »(p. 305).

Para poder afirmar la imputación del interviniente, es decir, para poder determinar la creación de un riesgo penalmente desaprobado será necesario exigir que el sujeto configure su conducta de forma tal que ésta pase a formar parte inequívoca del hecho delictivo (adaptación al hecho delictivo posterior). Lo fundamental, en esta concepción, es si la conducta previa realmente está configurada delictivamente.

Como ya se ha manifestado con anterioridad, el contexto juega un papel superlativo en la teoría que se analiza. No es tanto la obtención de un criterio general válido para todos los casos lo que se pretende, sino de hallar aquellas circunstancias o datos que pueden tener una cierta relevancia para interpretar la existencia de una conducta de intervención.

Robles Planas, destaca, por una parte, el inicio de la tentativa como medio de ayuda para interpretar el sentido de la conducta del sujeto; y por la otra, la clase de bien (ubicuidad o fungibilidad) que tiene por objeto la aportación. (Para el autor, los casos extremos no presentan dificultades. Existirá conducta de adaptación «en la medida en que el sujeto recorte especialmente su conducta para hacerla encajar en el hecho simultáneo o posterior. Estos son los casos habituales de cooperación en el delito. Especialmente evidentes son aquellos supuestos en los que el primer sujeto se adapta a una *petición* específica del autor.

Así, el acompañamiento hasta el lugar del hecho para asegurar la huida. En el otro extremo, resultará fácil negar la adaptación en contextos altamente regulados. En ellos, será por regla general, el estándar normativo el que marque de manera objetiva la frontera entre lo que cae dentro de lo permitido y lo que ya puede interpretarse como conducta de adaptación a las necesidades de otro).

Por todo lo expuesto hasta el momento se desprende, a criterio de Robles Planas, una regla general que dice: «no se tiene el deber de prever qué es lo que otro va a realizar con las propias aportaciones a no ser que exista una posición jurídica específica o bien que el sujeto actúe adaptando su conducta a un plan ajeno». No obstante, queda pendiente de estudiar un grupo de casos en donde no hay posiciones jurídicas especiales ni adaptación de la conducta del interviniente al plan delictivo del autor. Simplemente, el primer interviniente favorece un hecho delictivo ajeno que está teniendo lugar o va a tener lugar de forma *inmediata*.

A la pregunta de si, ¿se tiene la obligación de evitar que una aportación favorezca un hecho delictivo inminente?, el autor responde *negativamente*. La

solución, según esta posición, es la imputación al primer interviniente por la *infracción de un deber general de solidaridad*. Sin embargo, se reconoce expresamente que la infracción de un deber de solidaridad mínimo *no* recogería todo el desvalor que representa la prestación activa del favorecimiento al hecho. Por tal motivo, el autor considera que estaríamos ante supuestos de infracciones *agravadas* de deberes de solidaridad, donde la agravación se fundamenta en la presencia de una conducta causal y consciente de la infracción del deber de solidaridad.

La propuesta, *de lege ferenda*, de Robles (2003) es la creación de una figura delictiva que prevea la infracción de un deber de solidaridad agravado con una pena acorde al desvalor del hecho, específicamente, un ilícito penal de omisión del deber de impedir determinados delitos. Sobre la base de los criterios desarrollados, ROBLES PLANAS considera que la mayoría de los casos de conductas neutrales quedan fuera de la complicidad en el delito. (p. 318).

En nuestro país el Maestro Villavicencio (s/f) al desarrollar la teoría o regla de “Prohibición de Regreso” expresa: «En su formulación original se trataba de casos en los que con posterioridad a una conducta imprudente se producía un comportamiento doloso. En la actualidad, la prohibición de regreso se constituye como un criterio delimitador de la imputación de la conducta que de modo estereotipado es inocua, cotidiana, neutral o banal y no constituye participación en el delito cometido por un tercero. » (p. 261)

De esta forma, podemos decir que la prohibición de regreso se fundamenta en la idea básica y político-criminal de la necesidad de frenar una excesiva

responsabilidad “hacia atrás” o “en regreso”. A fin de evitar ello surge este principio para excluir de la imputación objetiva a aquel sujeto que realizó este acto inocuo.

Otra forma de explicarlo es la realizada por Benites, para quien la teoría de la prohibición también implica una ruptura del nexo causal entre la conducta imprudente y el resultado producido, al aparecer la conducta dolosa del tercero, autor doloso del delito en cuestión (Benites, 2007, p.p. 71).

Un ejemplo es el brindado por Zaffaroni, citado Villavicencio (s/f) por el del comerciante que le vende a un tercero un cuchillo de cocina, con este actuar el comerciante no quebranta su rol, aunque el comprador le exprese que lo usará para cometer un homicidio (p. 261).

Jakobs (1997) también nos brinda un ejemplo, el del taxista que escucha casualmente como planean dos clientes que él transporta cometer un hurto en el lugar de llegada, queda no obstante libre de responsabilidad, ya que no pertenece al rol de un taxista vigilar al cliente para saber qué tiene previsto hacer en el lugar de destino (puesto que él conduce al cliente a su destino hay una comisión); en consecuencia, el arrendador de coches no tiene que bloquear la salida (esto es, puede omitir quedando impune), cuando en el último segundo descubre que el arrendatario, que ya se va, tiene previsto utilizar el coche para robar (p. 168).

La jurisprudencia peruana tuvo un gran desarrollado sobre la regla de la prohibición de regreso. Pudiendo mencionar como ejemplo, la sentencia emitida en el Expediente N° 2756-2010- Lambayeque, con fecha 02 de agosto del 2011, por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Sentencia en la que se confirmó la

segunda impugnada, y en el que se empleó la regla de la Prohibición de Regreso en el extremo de los procesados Wilder Llatas Pérez y Vilder Dávila Mera, quienes fueron absueltos del delito de tráfico ilícito de drogas en mérito a este principio. El fundamento central de esta sentencia fue: *«Que en el contexto expuesto no se aprecia la existencia de una relación de causalidad entre la droga encontrada y la acción desarrollada por los encausado Wilder Llatas Pérez y Vilder Dávila Mera, estimándose que sus conductas en él contextos de los hechos probados resultan inocuas y socialmente adecuadas por lo que no resulta operante imputárseles responsabilidad en el delito juzgado en aplicación el criterio de imputación objetiva referido a la prohibición de regreso; que en atención a lo expuesto se concluye que lo actuado resulta insuficiente para enervar la presunción de inocencia, prevista en el artículo segundo inciso veinticuatro, literal “e” de la Constitución Política del Estado que crea en toda persona el derecho de ser considerado inocente mientras no se pruebe fehacientemente lo contrario por lo que decidió por la Sala Juzgadora en cuanto a los imputados Llatas Pérez y Dávila Mera se encuentra arreglado a ley.»* (Sexto considerando de la sentencia en el Exp. N° 2756-2010-Lambayeque)

De igual forma, encontramos la sentencia emitida en el Expediente N° 2242-2011-Huancayo, con fecha 22 de marzo del 2012, por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Sentencia en la que se confirmó la segunda impugnada, que absolvió al procesado Jaime Huaynate Callupe del delito de tráfico ilícito de drogas en mérito a este principio. Los fundamentos de esta sentencia son: *«Sexto: Que, en este sentido, no todas las conductas son relevantes para el Derecho Penal frente al juicio de imputación, en un suceso típico donde existe la concurrencia de varias*

personas, de suerte que el instituto dogmático de la prohibición de regreso, diferencia las conductas que son relevantes y punibles y cuales se mantienen al margen de ello; que la prohibición de regreso materializada con las denominadas conductas neutrales (...), entiende que algunas acciones crean ciertos riesgos permitidos o jurídicamente tolerados, y aunque favorezcan en forma causal un delito, no alcance a constituir un acto de complicidad, pues estas se mantienen alejadas del hecho delictivo, por ser acciones con contenido social, con sentido inocuo, realizadas dentro del rol que le compete a toda persona en la sociedad. (...) Sétimo. Que, por tanto, la observancia de aquella posición dogmática, anula todo reproche penal en el juicio de imputación que recae sobre el acusado HUAYNATE CALLUPE, pues no se advierte que haya conocido las tratativas de coacusada en el uso del insumo químico fiscalizado, ni que la acción que realizó (...) haya sido ajena a una actividad ordinaria y común, por tanto, es de rigor amparar el fallo absolutorio en todos sus términos.» (Sexto y séptimo considerando de la sentencia en el Exp. N° 2242-2011-Huancayo)

Asimismo, encontramos la sentencia emitida en el Expediente N° 1481-2011-Arequipa, con fecha 19 de abril del 2012, por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema. Sentencia en la que se confirmó la segunda impugnada, que absolvió a los procesados Milagros Margot Rodríguez Cabana y Juan Pablo Farfán Salas del delito de colusión en mérito a este principio. Los fundamentos de esta sentencia son: *«Sétimo. Que, siendo esto así, reluce la atipicidad de la conducta de los procesados Milagros Margot Rodríguez Cabana y Juan Pablo Farfán Salas en la imputación recaída en su contra como partícipes necesarios, toda vez que no basta su condición de propietarios del vehículo vendido a la Municipalidad agraviada*

para reputárseles el título de complicidad en el delito de colusión, sino que es necesario comprobar su efectiva intervención en el acuerdo colusorio (...), de tal manera que actuando de ese modo pudieran haber superado el riesgo permitido para concretarse luego en el resultado; sin embargo, esta situación no sucedió, puesto que ellos como propietarios delegaron a terceras personas el encargo de la venta de vehículo, siendo estas últimas quienes, al final de cuentas tuvieron los tratos con los funcionarios públicos, resultándoles a los procesados (...) dichos tratos completamente ajenos, saliendo a relucir la neutralidad de su conducta (...).» (Séptimo considerando de la sentencia en el Exp. N° 1481-2011-Arequipa).

Como puede apreciarse, el colegiado determinó que los procesados Milagros Margot Rodríguez Cabana y Juan Pablo Farfán Salas, tuvieron una conducta neutral que no estuvo vinculada a la colusión, máxime que ellos habían delegado a terceras personas el encargo de la venta del vehículo; fue, frente a advertir la conducta neutral e inocuo de los procesados que los excluyó de la imputación objetiva del resultado; terminando por absolverlos de los cargos de colusión.

La delimitación entre una conducta “socialmente adecuada” y una delictiva es, en realidad, una cuestión que afecta a la delimitación de esferas de acción o de responsabilidad en cuanto esferas de libertad. En última instancia, lo que debe ponerse de manifiesto es qué contextos son aquellos que delimitan las esferas de actuación de los ciudadanos en forma de especiales deberes de abstención (negativos). Los contextos propios de los casos de conductas neutrales (profesionales, estándares, comerciales, etc.) no modifican negativamente la posición del potencial favorecedor frente a los terceros, sino que, en todo caso, se

mueven en el marco de una relación positiva, eventualmente intensificada, entre aquel y la víctima. Esto último no da lugar a la sanción de la conducta en forma de participación (si el favorecimiento llega a producirse), sino, en su caso, como omisión pura (omisión del deber de socorro; omisión del deber de impedir la comisión de determinados delitos).

Teniendo en cuenta lo anterior, lo relevante para admitir la participación en el delito es la propia configuración objetiva de la conducta en el contexto en el que se verifica.

A tal efecto, entra en escena el instrumento de la “teoría del imputación objetiva”, postura desarrollada por Jhon Caro, con el fin de deslindar aquellas conductas que crean un riesgo desaprobado de intervención en el delito de aquellas otras que se mueven en el ámbito del riesgo permitido (neutralidad). Este, como se viene diciendo, es el punto de vista más adecuado.

Así, puede concluirse que deberá negarse la participación en el delito, siempre que no existiendo posiciones jurídicas específicas (también denominadas posiciones de garantía) para evitar que determinados bienes o determinadas actividades pasen a formar parte de proyectos delictivos ajenos, no se realice una conducta inequívoca de adaptación o acoplamiento al hecho que va a ser cometido. En especial habrá que atender a datos objetivos como puntos de apoyo para interpretar el sentido de la acción en cada contexto.

En los casos de prestaciones profesionales se trata de conductas que no contienen, en sí mismas, un riesgo especial de continuación delictiva, esto es, no

pueden entenderse como conductas que se adapten al hecho que va a ser cometido, sino que se agotan en el estándar normativo que define el contexto en el que se verifican.

El profesional que se mueve estrictamente en el marco de su actividad laboral se comporta estructuralmente como un omitente, que simplemente deja o no impide que el autor le sustraiga el instrumento necesario para cometer el delito. Tan sólo cuando pueda afirmarse la infracción de un deber específico (las aludidas posiciones de garantía) o bien cuando su conducta deje de moverse en el ámbito de lo estrictamente profesional y pase a ser parte integrante del hecho mediante una adaptación específica al mismo podrá hablarse de intervención penalmente relevante.

Ello no sucede por regla general, pues, por un lado, los profesionales no son garantes de evitar que la realización de conductas delictivas de sus clientes o de terceros. Y por otro, la prestación profesional se agota en la simple creación de las condiciones a partir de las que otro puede llegar a cometer un delito, lo que no es suficiente para constituir participación punible, por muy útil que ello le resulte al autor.

Por este motivo, el tratamiento adecuado de las aportaciones efectuadas en el marco de actividades profesionales se mueve al margen de la complicidad en el delito (aunque no, en su caso, de la responsabilidad por no impedir la comisión de ciertos hechos delictivos, cuando ello está expresamente tipificado como delito independiente). Estas actividades caracterizadas por la prestación de utilidad al autor del delito mediante procedimientos disponibles de modo general para

cualquiera, bienes ubicuos, servicios estándar, medios socialmente adecuados o reconocidos por el Ordenamiento jurídico no poseen objetivamente ni la relevancia ni la especificidad necesarias para convertir el hecho antijurídico del autor en hecho propio de quien las realiza. La aplicación delictiva de la prestación es, pues, exclusiva autorresponsabilidad del autor.

Como se ha afirmado, la intervención punible en el delito comienza allí donde es posible fundamentar en el interviniente un deber de evitar que su prestación pase a formar parte de un proyecto delictivo ajeno. Tal deber no surge de los conocimientos que pueda tener el agente, sino que es previo: del mero conocer no surgen deberes, sino que éstos deben existir con anterioridad y tener como contenido, precisamente, el abstenerse de realizar aportaciones cuando se conoce o se debe prever que facilitarán un delito. Tales deberes se suelen estandarizar en forma de posiciones de garantía que ciertos agentes asumen en las relaciones sociales.

El contenido de esas posiciones de garantía es el de evitar que un tercero utilice o derive la prestación hacia lo delictivo. Por ejemplo, en materia de blanqueo de capitales existen importantes obligaciones tendentes a la comprobación de la licitud del origen de los activos dirigidas a distintos operadores del sector económico (entidades de crédito, notarios, etc.).

Más allá de estos supuestos, sólo existirá intervención punible cuando la conducta pierda los contornos del estándar en cuestión: el propietario de un restaurante no responde por la estafa que en él se comete, agasajando a la víctima, pero sí si baja las cortinas para evitar que la policía reconozca a los estafadores. Lo

contornos del estándar se pierden tan pronto el sujeto realiza una aportación específica al hecho, adaptando su conducta a las necesidades del autor o teniendo en cuenta sus especificidades, cuando ello no es lo propio del rol o estándar desde el que se lleva a cabo la prestación.

Por ello, quien asesora objetivamente sobre las posibilidades de pagar menos al fisco, no participa en el eventual delito contra la Hacienda Pública, pero quien diseña una compleja y personalizada operación societaria con ese fin, no puede apelar a que es ajeno al fraude.

**5.2. Discusión empírica: Análisis de la sentencia del caso del “camionero”
(R.N. N° 552-2004, Puno, 25/11/2004)**

La sentencia de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en su análisis sobre la tipicidad de un comportamiento, asume una postura doctrinaria cuya actualidad y vigencia jurisprudencial, al menos en nuestro país, es indiscutible: la imputación objetiva; en particular, la propuesta por el sector funcionalista sistémico encabezada por el profesor alemán Günther Jakobs. La sentencia denota un innovador esfuerzo por resolver situaciones de la vida práctica utilizando un arsenal dogmático de notoria modernidad. Basando sus argumentos en un aparato teórico manifiestamente relacionado con datos extraídos de la sociología funcionalista (concepto de rol social; delimitación de ámbitos de responsabilidad por el cumplimiento de un rol; estandarización de conductas, irrelevancia penal del conocimiento individual acerca de la ilicitud del hecho ajeno).

Jakobs (1996), indica que es pertinente señalar, al menos en sus aspectos básicos, que el juicio de imputación es el mecanismo a través del cual se va a interpretar el significado social que un acontecimiento tiene para la vigencia de la norma. En ese sentido, la pregunta por la imputación objetiva es la pregunta por la relevancia social que un comportamiento podría tener para la vigencia de la norma penal. Para determinar la inadecuación social penalmente relevante que reviste una conducta, el jurista alemán traslada el carácter vinculado a roles del comportamiento social, a cuatro instituciones jurídicas con las que delimita el edificio conceptual de la imputación objetiva (al menos, la que él concibe): el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima (p. 34).

Tales institutos obedecen a los más disímiles roles sociales que puedan desempeñar tanto el autor como la víctima y los terceros, en un determinado contexto de interacción.

Consecuentemente con la teoría del rol social, como criterio base sobre el cual recae la imputación objetiva en su sistema, este autor señala que para que una persona realice comportamientos tolerados (penalmente no-relevantes), ésta debe realizarlos sólo con los conocimientos que en sociedad se exige a un rol, por tanto, todos los conocimientos superiores o inferiores que el titular posea más allá de los exigidos al rol, no fundamentan responsabilidad penal. Eso es lo que se denomina estandarización social del conocimiento (el cual será infra objeto de análisis).

En su sistema, el primer nivel de imputación (o imputación objetiva del comportamiento) se compone de cuatro instituciones fundamentales: el riesgo

permitido, cuyo contenido se fundamenta en la tolerancia social y la permisión de riesgos que la sociedad asume en pro de las ventajas y beneficios que otorga tal permisión.

Así, quien realice un comportamiento –según el autor alemán– que no vulnere una norma o que se encuadre dentro de los parámetros sociales exigidos al rol, no trasgrede el riesgo permitido (consiguientemente, no ha creado un riesgo típicamente desaprobado).

Mediante el principio de confianza, se denota la protección jurídica del sistema de expectativas que los ciudadanos tienen al configurar sus comportamientos; así, rige el principio de confianza en el respeto de las normas, razón por la cual todos, al realizar sus conductas, pueden partir de la expectativa que la persona con quien se relacionarán obrará conforme a derecho, quedando excluida la imputación objetiva del comportamiento cuando la persona desempeña correctamente sus funciones en la confianza de que el tercero respetará las normas que dirigen sus actividades.

Señala Jakobs que este principio está destinado a hacer posible el reparto de trabajo; por consiguiente, finaliza, cuando el reparto de trabajo pierde su sentido, especialmente cuando puede verse que el otro no hace (o no ha hecho) justicia a la confianza de que satisfará las exigencias de su rol. Un tercer instituto de imputación es la prohibición de regreso; mediante éste se evalúa cómo es que un comportamiento puede ser distanciado de la actividad delictiva realizada por un tercero, negándose, de ese modo, la responsabilidad penal del primero a título de participación criminal en el delito ajeno. Para ello, debe centrarse la evaluación del

rol social desempeñado por el agente en el contexto de la relación social cuyos resultados fueron lesivos. Por ello, se prohíbe retroceder la responsabilidad penal del autor de un delito a otras personas, cuando éstas se muevan dentro de los parámetros exigidos a sus roles sociales desempeñados.

A su vez, existe un instituto de imputación denominado como competencia de la víctima, mediante ésta se pone de relieve la relevancia que tiene la figura de víctima en el contexto de valoración normativa del comportamiento del autor. La fórmula básica de este instituto busca atribuir las consecuencias lesivas a la esfera de responsabilidad preferente de la víctima cuando, en la génesis del riesgo para sí, ésta ha intervenido conjuntamente con el agente.

De esto último, es preciso aclarar que cuando no exista un comportamiento conjunto en la génesis del riesgo, por parte del agente y de la víctima, y, por el contrario, el primero cumpla con sus deberes, ya no cabe acudir a este último instituto para excluirle de responsabilidad penal pues la conducta del agente se encontrará, sin más, dentro del riesgo permitido (el primer instituto, y a su vez, el más genérico de todos).

En consecuencia, cuando sean tanto la víctima como el autor quienes descuidadamente hayan configurado el curso lesivo para el primero, éste deberá cargar con la responsabilidad por las consecuencias de su actuar descuidado, es lo que se denomina como atribución del curso lesivo al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima (Cancio, 1998, p. 268).

Consideramos importante haber citado los diversos ámbitos de aplicación, y contenido, de los institutos de imputación objetiva propuestos por el funcionalismo-sistémico, debido a que nuestro Supremo Tribunal resolvió el caso, que podríamos denominar como “del camionero”, acudiendo a los tres primeros criterios. Así, en el tercero de sus considerandos señaló: “Es pertinente aplicar al caso los principios normativos de imputación objetiva, que se refieren al riesgo permitido y al principio de confianza (...) y, por tanto, no le es imputable el resultado (prohibición de regreso)”.

A) Análisis y observaciones:

La sentencia en análisis presenta, fundamentalmente, tres problemáticas susceptibles de comentario: 1) la determinación del rol social desempeñado por el encausado en el contexto de realización de su conducta; 2) la sola exigencia de conocimientos socialmente estandarizados que se ostenta como detentador del rol social de camionero; 3) la aplicación conjunta de tres institutos de imputación: el riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso, para excluir la tipicidad del comportamiento del camionero que desempeñó correctamente su rol social; y, 4) la limitación de los deberes de control que éste tiene por sobre terceros autorresponsables en virtud al principio de confianza.

Los presupuestos fácticos de la causa que hubo de resolver la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema fueron: a) Se imputó al acusado la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, al haber sido intervenido por autoridad policial conduciendo el camión Volvo cargado de productos comestibles con destino a la ciudad de Arequipa; b) En dicha intervención la policía encontró dentro de la carga

paquetes camuflados que contenían hojas de coca, cuyo peso ascendía a ciento cincuenta kilogramos; c) el camionero señala como dueños de la carga a los propietarios del camión, manifestando desconocer el contenido de la mercadería que le fuera entregada por éstos, ya que él sólo es un empleado conductor del mismo y que realizó su transporte en la confianza de la buena fe en los negocios, no considerando ilícita su actividad.

1) Determinación del rol social desempeñado en el contexto de la acción

El modelo funcional planteado por Jakobs (1996) concibe que “la responsabilidad penal siempre se fundamenta en el quebrantamiento de un rol social” (p.61); otorgándole, así, relevancia penal a un concepto extraído de la sociología: el rol. Jakobs señala que el concepto de rol social “está referido a un sistema de posiciones definidas de modo normativo ocupado por individuos intercambiables”. Es necesario poner énfasis en que dicho concepto sociológico no es inventado por Jakobs, sino que este autor lo extrae directamente del concepto de rol planteado por Dahrendorf (1997), en su monografía *Homus Sociologicus*. Sin embargo, desde ya se puede advertir que es altamente dudoso que una constatación fáctico-social (como lo son los roles sociales) determine necesariamente, una valoración jurídico penal (el carácter penalmente desaprobado o no de una conducta). Es de nuestro parecer que no puede sostenerse que toda infracción de un rol social fundamenta responsabilidad penal. Pues, en principio, no puede asumirse un modelo sociológico que convierta, sin más, el plano de lo “descrito” (o plano fáctico: roles a cumplirse en sociedad) en el plano de lo “prescrito” (o plano

normativo: adecuación típica de un comportamiento en función a un riesgo típicamente desaprobado (p. 32).

Ello porque en el análisis sobre lo que es lícito o ilícito para el Derecho penal, las valoraciones que nos den tal resultado no pueden derivarse de criterios sociológicos sino más bien de criterios eminentemente normativos, dado que la imputación objetiva es un juicio de atribución jurídico penal, no social-funcional; en términos de filosofía jurídica: del “ser” (el rol social) no puede derivarse, sin más, el “deber ser” (creación típicamente desaprobada de riesgos).

En la búsqueda de atribuir (o no) relevancia penal al comportamiento del camionero, la Sala –de modo indirecto, por cierto– emplea datos puramente sociológicos en un análisis eminentemente valorativo-jurídico: porque el tipo penal (de tráfico ilícito de drogas, según este caso) no desvalora la infracción de un rol social de camionero, sino más bien, el una persona haya traficado con drogas de modo contrario a deberes jurídicos.

Si bien es cierto que en el contexto de actuación el encausado se limitó al desempeño de lo exigido por el rol social de taxista que ostentaba, ello no fundamenta la exclusión de responsabilidad penal, sino que más bien es, a lo sumo, un indicio de dicho fundamento, más no el fundamento mismo. Así, de un rol social infringido no pueden derivarse consecuencias jurídico - penales y, viceversa, de un correcto desempeño del rol social (como contrariamente afirma la Sala Penal Suprema) tampoco puede excluirse la responsabilidad penal. El Derecho penal no desvalora el incumplimiento de roles sociales sino, más bien, la infracción de la vigencia de las normas penales protectoras de bienes jurídicos.

2) ¿Es válido, para el juicio normativo de imputación, la sola exigencia de conocimientos socialmente estandarizados?

La Suprema Sala asume una posición sociológica cuestionable desde una perspectiva normativa del problema. Así, señala: “El conocimiento exigido no es el del experto sino por el contrario de un conocimiento estandarizado socialmente y dentro de un contexto que no implique un riesgo no permitido o altamente criminógeno”, dejando sentado que el camionero no tenía el deber exigido socialmente de conocer la carga que transportaba, ya que el único grado de conocimiento que debe ostentar para realizar una conducta permitida es el que socialmente se exige a un chofer de camión; en esa medida, lo que conozca el chofer, más allá del conocimiento socialmente exigido a todo ostentador de un rol de camionero, no tiene relevancia jurídica como para fundamentar responsabilidad penal (en el delito de tráfico ilícito de drogas).

Dándose aquello, de ese modo, en la imputación objetiva solo se evaluará el aspecto sociológico del asunto, realizándose para ello una estandarización social de los conocimientos que habría que desvalorarse en el tipo. Por ello, sería la sociedad la que se encargare de trazar los límites de lo permitido o desaprobado por la norma penal, razón por la cual la sociedad y las instituciones sociales serían quienes se encarguen de definir qué grado de conocimientos debe ostentarse para participar en los procesos intersubjetivos de forma tolerada; y, en ese sentido, cuando realicen conductas donde sólo se pongan en juego los conocimientos que la sociedad exija a un rol (estandarización social del conocimiento), entonces se derivaría la consecuencia jurídico-penal de calificarla como penalmente permitida.

Opinamos que, si bien es cierto 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 deba ser un dato extraído de la sociología: el rol social.

No es ni el individuo ni la sociedad, en sí mismos considerados, quienes determinan con su conocimiento lo que es o no desvalorado por el Derecho penal, por eso es que un conocimiento especial o superior debe tener relevancia para la imputación objetiva a partir de una comprensión jurídica (no individual o sociológica) del problema: es el propio ordenamiento quien define los grados de conocimiento que debe tener un interviniente (competencias de conocimiento), y ello se da a nivel expreso (cuando es el ordenamiento quien permite actuar cuando se posee un mínimo exigido de conocimiento) o tácito (cuando es la misma persona quien ha asumido la gestión de un ámbito en sí mismo riesgoso).

En ese sentido, ni la persona ni la sociedad determinan el conocimiento que debe ser desvalorado en el nivel de la imputación objetiva, sino que más bien es el ordenamiento quien así lo determina.

3) Aplicación conjunta de los institutos el riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso, en la realización de su conducta conforme al rol social de camionero

Es preciso, de antemano, enfatizar que los criterios de imputación deben proceder de forma excluyente unos de otros, siguiéndose como secuencia un orden en función al carácter genérico o específico de los institutos (Cancio, 1998, p. 133);

así, siendo consecuentes con tal comprensión de la imputación, de encontrarse el comportamiento dentro de un contexto normal de interacción, esto es, dentro de una actividad riesgosa pero permitida, no cabe hablar de un pretendido “independiente” principio de confianza, o argumentar que existe una prohibición de regreso o una competencia de la víctima (en el supuesto en que dentro de tal actividad permitida la víctima haya tenido algo que ver con su propia lesión); por lo que, cuando una conducta se encuadra dentro de un riesgo permitido, acudir (sea de forma alternativa o de modo concurrente) a otros criterios de imputación más específicos, por ejemplo, la prohibición de regreso o la competencia de la víctima, es renunciar al pensamiento sistemático, incurriendo en aplicaciones tópicas y coyunturales de los institutos, bajo la premisa de justificar el resultado elegido previamente y de manera intuitiva: negar el carácter típicamente desaprobado de una conducta.

Lo señalado encuentra prueba plena en la sentencia en comentario, ya que el caso del “camionero” fue resuelto por el Supremo Tribunal en aplicación de tres institutos de imputación; afirmando (equivocamente, según nuestra opinión) la pertinencia de aplicar los principios normativos que se refieren al riesgo permitido y al principio de confianza, para luego acudir a la prohibición de regreso.

En ese sentido, cuando un caso reúna los presupuestos de hecho posibles de solución mediante un instituto genérico (v.gr. el riesgo permitido), se cierra el paso (desde el punto de vista de la sistemática y la coherencia) a la aplicación conjunta de institutos específicos (v.gr. la prohibición de regreso o la competencia de la víctima); ya que, siendo consecuentes con la tesis del Tribunal, en los casos en que se configuren los supuestos de hecho mediante los cualesabría de aplicarse un

instituto específico (v.gr. la intervención tanto del autor como de la víctima en la génesis de un riesgo), la solución obedecería a la aplicación de todos los institutos de la imputación objetiva (de la conducta), siendo aquello, evidentemente erróneo.

Por otro lado, la Sala Suprema afirma: “El acusado dentro de su rol de chofer realizó un comportamiento que genera un riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad, y por tanto, no le es imputable el resultado (prohibición de regreso) al aceptar transportar la carga de sus coprocesados”.

Aquí es cuestionable su argumentación en dos sentidos: Primero, al afirmar que un resultado lesivo no es imputable a su creador en virtud a la prohibición de regreso (razón por la que podría distanciarse del hecho típico del autor) es considerar que el citado instituto es un criterio que se emplea para evaluar una eventual “imputación de resultados”, lo cual es equívoco, ya que en los casos que Jakobs propone como propio de la problemática de la prohibición de regreso lo que el profesor alemán busca es precisamente negar el carácter típico de una conducta en cuestión.

Por nuestra parte (no necesariamente compartiendo su tesis), consideramos que la cuestión nuclear no es la imputación del resultado, en el caso del camionero, sino que se trata de un supuesto en el cual lo que está en discusión es ya la propia tipicidad de su conducta, esto es, si estamos o no en presencia de un comportamiento generador de un riesgo penalmente desaprobado. Tal parece que la Suprema Sala interpreta equívocamente la ubicación sistemática del problema en torno a la prohibición de regreso.

En segundo lugar, es, cuestionable la argumentación de la Sala respecto a que sea el rol social de “conductor de camiones” el que se configuró como un escudo de protección mediante el cual se excluya la imputación del riesgo. Ya precedentemente nos hemos pronunciado en contra de concebir al criterio del rol social como el patrón de valoración sobre el cual recae un juicio valorativo-jurídico de atribución, como lo es la imputación objetiva.

No pareciera razonable arribar a una conclusión jurídica, como es el determinar el carácter penalmente lícito o ilícito de una conducta (tipicidad o no), en función a un elemento ajeno a valoraciones jurídico-penales (rol social); en otras palabras, el que un riesgo se encuentre permitido depende de consideraciones normativas que impiden calificar como típico un comportamiento, mas no del rol social desempeñado por un interactuante.

En Derecho penal no se juzga el cumplimiento o incumplimiento de roles (porque del “deber ser” no se puede derivar el “ser”), sino el cumplimiento o incumplimiento de normas. No discutimos que en la normatividad penal se incorporen valoraciones sociales, sin embargo ello es sólo expresión de consideraciones netamente normativas; tan es así, que en determinados contextos la realización de un comportamiento respetuoso de los parámetros socialmente exigidos a un rol puede colisionar con una prescripción penal. Ya habíamos señalado que la infracción de rol social no determina, en sí mismo, la tipicidad de una conducta y, viceversa, el respeto de su vigencia no necesariamente la atipicidad. Es, a lo sumo, un indicio de la creación de un riesgo penalmente desaprobado, más no su fundamento.

4) Ausencia de deberes de control sobre terceros autorresponsables: ¿Es el principio de confianza el criterio rector de imputación en el ámbito del delito omisivo?

En principio, nadie más que el que organiza o administra su ámbito de competencia tiene deber de resguardar que del mismo no se deriven lesiones. Por ello, cuando sea una persona autorresponsable quien organice sus propios asuntos, ella misma deberá hacerse responsable de las consecuencias que se deriven de una eventual organización lesiva (penalmente desaprobada).

Así, el individuo debe responder por las consecuencias del ejercicio de su propia libertad de organización (autorresponsabilidad, en sentido positivo); a su vez, el ordenamiento, mediante el reparto y distribución de posiciones de garantías y asunciones de deberes en principio no-propios, garantiza que no se le puede hacer responsable por un hecho lesivo ajeno (autorresponsabilidad, en sentido negativo).

En ese sentido, no forma parte del ámbito de responsabilidad de quien se comporta lícitamente, asumir las consecuencias resultantes de la conducta ilícita llevada a cabo por otra persona. En ello repara nuestro Supremo Tribunal cuando señala que el camionero: “dentro de su rol de chofer realizó un comportamiento que genera un riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad, y por tanto, no le es imputable el resultado al aceptar transportar la carga de sus coprocesados en la confianza de la buena fe en los negocios y que los demás realizan una conducta lícita”, asumiendo como uno de los criterios de análisis imputación objetiva al denominado “principio de confianza”.

El principio de confianza tiene como consecuencia práctica que el que se comporta adecuadamente no tenga que contar con que su conducta pueda producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro, aunque, desde un punto de vista psicológico, le fuere previsible dado la habitualidad de ese tipo de conductas (Choclán, 1998, p. 291).

Sin embargo, Feijoo (1999, pp. 234-244) señala en la doctrina, tal principio no tiene un alcance ilimitado pues existen contextos en los cuales es imposible confiar. Por ello, quien organiza su competencia de modo que infringe normas, ya no puede apelar a que el tercero (con quien se vincula) actúe conforme a derecho. A su vez, cuando se den supuestos en los cuales existan razones concluyentes e inminentes de que el tercero se va a comportar antijurídicamente, el principio de confianza se desvirtúa. En similar sentido, no se puede confiar en terceros incapacitados sectorialmente o en inimputables. Atendiendo a ello, señala Jakobs (fuente doctrinaria del cual parten los postulados de la Sala Suprema): “El principio de confianza está destinado a hacer posible el reparto del trabajo; por consiguiente, finaliza cuando el reparto del trabajo pierde su sentido, pues ya no es posible repartir el trabajo para alcanzar una obra exitosa” (Jakobs, 1996, pp. 28-29).

Siendo tal principio uno de los criterios empleados por la Sala para excluir la imputación objetiva de la conducta del camionero, ha de evaluarse su capacidad de rendimiento en el supuesto de análisis: la realización de una actividad cotidiana, como lo es el transportar cargas en la labor de conductor de camiones.

El principio de confianza no rige de forma generalizada. Si bien este principio es gráfico para describir el complejo funcionamiento de las actividades que se

caracterizan por la división horizontal o vertical del trabajo (o por la existencia del elevado número de contactos sociales anónimos), sin embargo, en sí mismo considerado carece de relevancia normativa propia, supeditándose a la vigencia normativa de una posición jurídica, por lo que lo relevante será que el sujeto tenga el permiso (en función de la vigencia de una norma que prescribe deberes) para “confiar” o, por el contrario, que ninguna norma le otorgue tal permisión.

Así, en los supuestos en los cuales se señala que quien actuó lo hizo descuidadamente, por lo que ya no cabe confiar en aquél, son supuestos en los cuales las razones de tal desconfianza se fundamentan en cuestiones más normativas que la mera apelación a la existencia o inexistencia de confianza. Por ejemplo, si el superior de un trabajo vertical en equipo no proporciona a sus subordinados los medios necesarios para realizar el trabajo de forma cuidadosa, el que haya incurrido en un comportamiento que le impida esperar a que los subordinados sigan “confiando” en él, no es por ello tal dato el que determine la imputación de un riesgo; tal desconfianza sólo y únicamente obedece al dato normativo de la infracción de un deber especial que como supervisor ostentaba (posición de garantía).

De la misma manera, en el caso en que se evidencie motivos objetivo-concretos de que el tercero no actuará correctamente (conforme a deber), tampoco cabe discutir si el mismo es un límite al principio, y que la sola situación de desconfianza sea la que determine la imputación. Por ejemplo, si el supervisor de una fábrica descubre una imperfección en un lote de productos, que se repite reiteradas veces en un mismo día, si bien ya tiene motivos objetivo-concretos para

“no confiar” en que el siguiente lote esté en perfectas condiciones, el carácter desaprobado que supondría su conducta de no dar aviso de la imperfección no radica en que ya no pueda confiarse en él (esto es, que no rija el principio de confianza), sino en la razón normativa de fondo: la eventual infracción de su posición de garantía de control.

Lo mismo puede decirse en los casos en que se ostenta deberes de garantía ante la presencia de inimputables o incapacitados sectorialmente, la razón de la imputación es la misma: no es que en virtud al principio de confianza y sus límites se impute objetivamente el comportamiento, sino que se han infringido deberes prescritos por una norma, creándose un riesgo desaprobado.

Es evidente que la determinación de la persona que debe responder no se produce por el mero hecho de la existencia o no de “confianza”. Responderá siempre quien previamente tenía el deber de actuar u omitir, incumpléndolos. Sólo aquel deber de no-confiar, o aquel permiso expreso para confiar (incorporados a la posición jurídica en la que se haya el sujeto) tiene significado para la imputación; existiendo en la medida en que también exista una confianza jurídicamente protegida (Reyes, 1994, p. 152).

Por tanto, tal principio presupone la existencia de deberes jurídicos específicos cuya función es la desvincular a un sujeto de medidas de cuidado que dependen de otro (autorresponsabilidad, en sentido negativo).

En el caso del camionero, la Sala pone énfasis en un elemento del contexto que es pertinente evaluar: la limitación de los deberes de control que un mero

conductor de camión tiene respecto de la conducta (lítica o ilícita) de terceros. Ello confirma que cuando se ha cumplido con los deberes jurídicamente exigidos, el acontecimiento lesivo posteriormente acaecido no forma parte de la competencia atribuida al actuante, sino que, más bien, es competencia exclusiva de quien organizó desaprobadamente.

Pero en ello nada tiene que ver el que se “confíe” en que el tercero actuará lícitamente, sino que más bien obedece a la cuestión normativa de fondo: se ha cumplido previamente con los deberes exigidos. En ese sentido, cuando el camionero transporta la carga no ha infringido deber jurídico alguno que fundamenten una creación desaprobada de riesgos, por lo que su conducta de por sí no ha generado un riesgo prohibido, al margen e independientemente de que (fundamentado en el cumplimiento de sus deberes) logre “confiar” en que terceros no camuflarán hojas de coca en sus paquetes de carga.

En consecuencia, observamos que el instituto de imputación objetiva denominado como principio de confianza no desempeña un papel relevante en el correcto enjuiciamiento que hubo de hacerse de la conducta del camionero. Una razón de peso para negar que tal principio tenga relevancia en la solución de los casos de conductas neutrales de favorecimiento delictivo.

5.3. Validación de la hipótesis

La hipótesis planteada en la investigación: “Los planteamientos teóricos de Gunter Jakobs en Alemania; Silva Sánchez José María en España y, García Cavero Percy en el Perú constituyen los fundamentos jurídico penales para no imputar

responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas extremadamente neutrales en el Perú, basado en que el cumplimiento de un deber general o especial no genera ninguna responsabilidad penal, sino todo lo contrario”, ha sido validada afirmativamente en merito a los siguientes fundamentos:

- a. En los últimos años, el funcionalismo sistémico o normativo se ha asentado y desplegado en la doctrina y jurisprudencia del mundo y obviamente en el derecho penal peruano, instaurando con claridad, precisión y coherencia, soluciones a problemas concretos que anteriormente quedaban rezagados a las respuestas dadas por las doctrinas naturalistas, ontologistas y finalistas. Así, acogiendo una visión avanzada del funcionalismo, esta busca explicitar su evolución anterior y la postura asumida por los maestros alemanes Claus Roxin y Günther Jakobs, autores que plantean la relación funcional entre la sociedad y la dogmática jurídico penal, nos centramos con mayor detenimiento en Jacobs puesto que según su postura y la que tendremos que defender en todo este trabajo, el cual nos manifiesta que el Derecho penal debe ser refundamentada en su planteamiento central, de cara a salvaguardar el sistema social y estatal mediante la estabilidad de la norma penal, en procura de garantizar las mínimas expectativas del ciudadano en el adecuado funcionamiento de la vida social.
- b. El sistema funcionalista, es la corriente que tiene mejor visión con respecto al tema que nos convoca tratar en este texto “conductas neutrales no punibles”. Si bien Roxin también desarrolla respecto al tema, pero sin embargo a partir del maestro Jakobs, consideramos que el postulado se acomoda más a la postura que

asumimos, siendo determinante su teoría de la imputación objetiva, y dentro de estas desarrollar el instituto de “prohibición de regreso”.

c. La problemática de la intervención en el delito por medio de acciones neutrales.

Este grupo de casos ha generado un importante debate en la literatura penal alemana de los últimos tiempos y, en menor medida, pero con una reciente e importante expansión. Al punto tal que, algún autor, lo ha llegado a caracterizar como «el tema de moda» en la dogmática penal reciente. En lo personal, no me atrevería a decir que estamos ante el tema de moda de la dogmática penal, pero sí que nos encontramos frente a una cuestión con una indiscutible y enorme relevancia teórica y, fundamentalmente, práctica, derivada de la necesidad de determinar si las conductas neutrales son –o no– punibles por el Derecho penal.

d. Hablar de imputación objetiva, en la actualidad, es conducirse a un esquema

teórico de relevancia práctica, orientada a la aplicación judicial. Se discute sobre si las consecuencias que deben asumirse, de ser partidario de determinada teoría de la imputación objetiva, son las “más favorables” al procesado, si son las más respetuosas del principio de legalidad, si se emplean como criterios elementos ajenos a los exigidos por los tipos penales, o si, por el contrario, sus criterios de selección sobre lo penalmente relevante encuentran su fundamento en datos implícitos o explícitos de una correcta interpretación de los tipos penales. La discusión es, sin duda, amplia; sin embargo puede sostenerse que existen puntos de convergencia a nivel doctrinario.

e. Así, se encuentra asentado que la ubicación sistemática de la problemática se

halla en el tipo objetivo (Cancio, 2001, p.45). En ese sentido, al ser un elemento

normativo implícito en la parte objetiva de todos los tipos penales, será el objeto de referencia de las formas de imputación subjetiva existentes (el dolo o la culpa) Ragues, 1999, p. 189). Por otro lado, también se hace referencia a que para atribuir un resultado lesivo de un bien jurídico no basta la simple relación de causalidad existente entre la conducta y el resultado, sino que es preciso determinar si existe un nexo jurídicamente relevante en tal relación.

f. La relación de la teoría de la imputación objetiva con el desarrollo dogmático de la teoría del tipo penal es una constante. Por ello, señalar que existen tantas teorías de la imputación objetiva como teóricos analistas de la teoría del tipo, es una afirmación correcta. Así, desde los inicios de la búsqueda de criterios que limiten la responsabilidad penal por la pura causación de resultados, hasta las modernas teorías “normativizadoras” de la teoría del delito –y su respectiva óptica de enfoque de la imputación objetiva– se ha planteado encontrar criterios que permitan verificar la existencia de dos elementos concurrentes: la creación de un riesgo no permitido, y la concreción de tal riesgo en el resultado lesivo de un bien jurídico (algún sector propone un tercer nivel denominado “alcance del tipo”(Roxin, 1998, pp. 31-32).

g. A estas alturas del nivel de análisis y desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, puede afirmarse que existen diversas etapas en su construcción. Desde que Honig (1930), planteara por vez primera para la dogmática jurídico penal (Rueda, 2001, 81-87) que lo relevante en el juicio de desaprobación de un comportamiento no es la mera relación de causalidad que se produzca entre la conducta y el resultado, sino el significado o sentido que éste tenga para el

Ordenamiento, hasta la actualidad, la doctrina no ha cesado de buscar los criterios que permitan afirmar la existencia de un nexo jurídicamente relevante entre la conducta y el resultado lesivo de un bien jurídico.

- h. Es de nuestro entender que, desde el desarrollo inicial de la teoría de la imputación objetiva hasta las reformulaciones más actuales y trascendentes, existen tres grandes momentos: En primer lugar, la renuncia a la responsabilidad por la mera causalidad planteada por los penalistas neoclásicos que pretendían encontrar en los juicios de la adecuación de la causalidad (von Kries) y de la relevancia jurídica del nexo causal (Mezger), el fundamento de la separación de dos elementos opuestos: la atribución jurídica y la pura causalidad. Así, señalaban que la causa, fundamentadora de la responsabilidad penal, debería ser adecuada para producir el resultado, conforme a las reglas de la experiencia (Teoría de la causalidad adecuada). Por otro lado se aducía que la causa relevante para el Derecho penal era la que se encontrara directamente cercana al tipo penal, conforme una correcta interpretación del sentido y fin del tipo penal (Teoría de la relevancia típica).

- i. En una segunda etapa se produce un giro de considerable importancia hacia la normativización de la teoría de la imputación objetiva. A partir de los primeros trabajos de Claus Roxin (1970) se plantea el denominado “principio del riesgo”, entendido como la idea de que para imputar el resultado lesivo a su autor éste tiene que, a) haber creado un riesgo no permitido, b) que se materialice en un resultado lesivo, c) y que se encuentre dentro de los alcances del radio de acción de un tipo penal.

- j. Cabe anotar que la tendencia propuesta por Roxin, como él mismo señala, sólo afecta a un grupo reducido de casos, en concreto, los delitos de resultado imprudente. Poniendo en evidencia su limitación de extender la imputación objetiva a supuestos diferentes a la mera atribución de resultados como, por ejemplo, los problemas en torno a la tentativa (Alcacer, 2000, pp. 546-548), el desistimiento (Alcacer, 2002, p. 130), la autoría y participación criminal (Frisch, 2004, pp. 249-250), la determinación de la posición de garante en la omisión impropia (Feijoo, 1999, p.50), el riesgo típico en el delito de estafa (Pastor, 2004, pp. 153-154), la problemática propia de los delitos de mera actividad y de peligro abstracto (Corcoy, 1999, pp. 45-46), etc. Sin embargo, pese a las marcadas limitaciones de tal teoría, existe un valioso acierto de relevancia penal y vocación de irrenunciabilidad: el reconocimiento del “principio del riesgo” como elemento normativo implícito en todos los tipos penales (Frisch, 2000, p. 50).
- k. En un tercer momento, cuya actualidad es indiscutible, los criterios vinculados a la idea del “riesgo prohibido” están siendo profundamente reformulados, de manera que, si bien puede afirmarse como punto de partida la teoría de Roxin, no sería correcto obviar que estamos ante una nueva etapa en la concepción de la tipicidad objetiva. Sin lugar a dudas, los máximos exponentes de la nueva etapa de la teoría de la imputación objetiva son Günther Jakobs y Wolfgang Frisch. Ambos autores han profundizado sus planteamientos en el primero de los niveles sobre el que se proyecta el juicio de imputación objetiva: la determinación de la existencia de un riesgo típicamente relevante. Se trata, en definitiva, de decidir cuándo un comportamiento puede ser –o no– calificado como típico; es decir, más allá de la incidencia que pueda tener un resultado

lesivo (cuya importancia no niegan) se busca determinar los patrones generales por los cuales una conducta logra acceder al umbral mínimo de la relevancia penal.

- l. Común denominador de ambas propuestas (las de Jakobs y Frisch) es la normativización del tipo, donde han desarrollado, más allá de la pura imputación de resultados, una normativización en la imputación de conductas. Así, Jakobs diferencia el juicio de imputación en dos sectores: la imputación objetiva del comportamiento (cuyos institutos componentes son: el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima) y la imputación objetiva del resultado (lugar en el que se verificará si el riesgo típicamente creado se concretó en el resultado). Por otro lado, y de manera similar, Frisch establece el análisis de imputación con base en dos categorías distintas: la conducta típica y la imputación del resultado.
- m. Desde un tratamiento de la teoría de las normas, Frisch, señala que el ámbito de juicio de la conducta típica es materia de la norma de conducta y, por tanto, se enjuicia desde una perspectiva *ex ante*. Por el contrario, el juicio sobre la imputación del resultado, al ser un juicio *ex post* (retrospectivo) no puede pertenecer –según este autor– a la norma de conducta, sino a la norma de sanción. Para determinar la responsabilidad penal, en su constructo, acude a una doble ponderación constitucional: primero, si en el caso concreto es necesario y apropiado (legítimo) limitar la libertad general de actuación; y, segundo, si es apropiada y necesaria la intervención del Derecho penal; dándose tal ponderación en el marco de la tipicidad de la conducta.

- n. Cabe poner énfasis que la teoría de Wolfgang Frisch sobre la imputación objetiva no encuentra, al menos en la actualidad, asidero jurisprudencial. A nivel doctrinario se le objeta a Frisch que la ponderación requerida para determinar la creación del riesgo típicamente desaprobado (ponderación entre la libertad de actuación y los intereses en la protección de un bien) no le corresponde realizar al aplicador del Derecho, sino que la determinación de los niveles de riesgo producto de tal ponderación es función del legislador. Ello sin mencionar lo objetable que resulta la valoración empleada como criterio de imputación al ser sumamente abierta, indeterminada e indefinida.
- o. La teoría de la imputación objetiva –en el marco de una renormativización del Derecho Penal- es una de las más importantes herramientas conceptuales que ha desarrollado la dogmática jurídico-penal, y que se halla a disposición del operador de justicia para determinar quién o quiénes son los competentes por la realización de un delito: si el autor, un tercero, la víctima, o, sin resultar competente ninguno, interpretar el suceso como infortunio. En ese sentido, la imputación objetiva también busca descartar cursos causales irrelevantes, permitiendo deslindar lo ilícito de lo socialmente permitido.
- p. Cuál debe ser el campo de aplicación de la imputación objetiva en el Derecho Penal, depende ante todo del concepto mismo que se tenga de dicha teoría, de manera que mientras para algunos solo podrá ser referida a concretas modalidades delictivas, para otros tendrá un mayor ámbito de cobertura. En el caso de Jakobs, éste postula una versión amplia de la imputación objetiva, aplicable a todos los tipos de la parte especial, es decir, tanto a los delitos de

resultado como a los de peligro, por igual a los ilícitos dolosos e imprudentes, así como a las acciones y omisiones; también a los delitos consumados como a los tentados, puesto que para saber si una conducta es reprochable penalmente a título de tentativa, es indispensable que con ella se haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual posteriormente resulte concretado en el resultado, entendido éste no como una mera consecuencia naturalística, sino como una lesión a las reglas de la vida de relación social (quebrantamiento de la validez de las normas), de manera que, tanto en los delitos consumados como en las tentativas, debe existir un resultado jurídico-penal, pues de lo contrario el comportamiento no podrá ser reprochado.

q. La teoría de la imputación objetiva propuesta por Günther Jakobs –a diferencia de las otras propuestas- goza de mayor aptitud para arribar a soluciones justas, coherentes y con mayor eficacia en la práctica, por cuanto se enmarca dentro de un verdadero sistema del Derecho Penal, normativo y funcional, acorde a los rasgos de la actual dinámica social, estructurándose a partir de institutos dogmáticos que responden a la realidad: El riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima.

En el Perú, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, ha tenido lugar una recepción progresiva del sistema penal funcional-normativista de Günther Jakobs, en particular, de su teoría de la imputación objetiva. La jurisprudencia nacional ha demostrado la eficacia de los postulados jakobsianos en la resolución de diversos casos y, si bien el modo en que los mismos se aplican puede en muchos casos ser objeto de debate y cuestionamiento, ello supone desde ya un gran avance para la

consolidación de un verdadero sistema penal peruano; siendo tarea de la doctrina jurídico penal el conducir y orientar la discusión.

VI. CONCLUSIONES

1. Del estado de la cuestión actual se desprende, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia internacional, una necesidad político-criminal de limitar el ámbito de la complicidad punible de aquellas acciones que facilitan la ejecución del delito de manera absolutamente excepcional, sobrepasando lo que es habitual en el marco de los contactos sociales.
2. La imputación objetiva es un mecanismo normativo que busca asegurar que los ciudadanos cumplan cabalmente con sus deberes jurídicos en el marco de su ámbito de organización, por lo que todo aquel riesgo, por tanto, que tiene lugar fuera de dicha esfera no le incumbe normativamente al ciudadano; por tanto, éste no es jurídico-penalmente competente del mismo.
3. Para una adecuada determinación de lo que constituye o no participación criminal se ha de emplear la Teoría de la Imputación Objetiva, en tanto que con ella se evita llevar a cabo un examen meramente naturalista del tipo penal y de la intervención en el delito; por el contrario el análisis a efectuarse a partir de una visión axiológica o normativa con patrones teleológicos y que estén en concordancia con los fines que debe cumplir el derecho penal.
4. El problema de las conductas neutrales ha estado vinculado al ámbito de la causación indirecta de un resultado delictivo, esto es, al hecho de que, tras la entrega, prestación de un bien o servicio por parte de un sujeto a otro, este último termina desviándolo a la realización de un delito.

VII. RECOMENDACIONES

1. Los aportes del profesor Jakobs al Derecho Penal contemporáneo ofrecen un material sumamente importante a partir del cual se puede edificar una teoría del delito acorde con las exigencias actuales de la sociedad moderna, lo cual, sin embargo, no implica que dejemos de lado la perspectiva crítica. Por ende, deviene en necesario revisar minuciosamente el actual “sistema” –si cabe el término- penal peruano y plantear una reestructuración y ordenación del mismo en base a una nueva comprensión normativa de las instituciones dogmáticas, de la norma, de la persona y de la sociedad.
2. En la revisión del sistema penal no solo se debe limitar a trasladar ideas y aplicarlas sin más, por el contrario, resulta importante verificar la compatibilidad y razonabilidad de tales aportes para ser operativos acordes con nuestra realidad social, a fin de dar soluciones más justas a los distintos casos que en ella se presenten.
3. Para un mejor abordaje de las cuestiones de la participación delictiva, es preciso incorporar a su análisis, las instituciones de la imputación objetiva; esto ayuda a entender de mejor manera el radio de acción del riesgo prohibido por el tipo penal, teniendo en consideración el contexto en el que se presta la contribución en aras de garantizar la vigencia del principio de libertad de acción.
4. Se deben de buscar criterios de naturaleza subjetivos u objetivos tendientes a restringir la responsabilidad del cómplice por conductas neutrales, a fin de no generar abusos y arbitrariedades.

5. La separación dogmática de los diversos principios normativos esbozados resulta de suma importancia para la edificación de la imputación objetiva. Por ello, es necesario esclarecer ciertos aspectos relativos a dicha construcción, que expresan precisamente la necesidad de formular una teoría sistemática de imputación en la que sus elementos no son simples constructos aislados o caprichosamente distribuidos, cuya aplicación resulte indistinta o arbitraria.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcácer, R. (2000). *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*. Granada: Comares.
- Alcácer, R. (2002). *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación objetiva de la evitación del resultado en el desistimiento*. Granada: Comares.
- Ambos, K. (2001). “*La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales*“. En: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2da. Época, Nº 8, Madrid.
- Arias, M. (2006). *Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo versus funcionalismo normativo o radical*. Alicante: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho.
- Arnoletto, J. (2007). *Curso de Teoría Política*, Edición electrónica gratuita, recuperado en sitio web: en www.eumed.net/libros/2007b/300/.
- Ávalos, C. & Robles, M. (2005). *Modernas tendencias jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Barquin, J. “*Funcionalismo en el Sistema Penal*“. Recuperado de: www.usergioarboleda.edu.co/...penal/Articulo_funcionalismo.doc.
- Benites, I. (2007): *La participación en el delito imprudente en el código penal español de 1995*. Madrid: Dykinson.
- Bernate, F. “*La Legitimidad del derecho Penal*“. Recuperado de: www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_27.pdf.
- Briones, G. (1986). *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México: Trillas.

- Cancio, M. (1998). *“La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”)”*. En: Estudios sobre la imputación objetiva. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc.
- Cancio, M. (1998). *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Cancio, M. (2001). *Líneas Básicas de la Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Cancio, M. (2008). *“El injusto en los delitos de organización”: peligro y significado”* En: Cancio, M. y SILVA, J. Delitos de organización. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Cantor, G. (2002) *“La Triangulación Metodológica en Ciencias Sociales”*. Cinta de Moebio - Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales, Nº 13, Chile, En: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=301285.
- Caro, J. (2017). *Normativismo e Imputación Jurídico Penal*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Castillo, J. (2004). *“Comentario al artículo 11° del Código Penal”*. En: AA.VV. *Código penal comentado*. Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Choclán, J. (1998). *Deber de cuidado y delito imprudente*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Corcoy, M. (1999). *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Denzin, K. (1970): *Sociological Methods: a Source Book*. Chicago: Aldine Publishing Company.

- Feijoo, B. (1998). “*La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*”. En: Cuadernos de Política Criminal N° 65. Madrid: Editorial Edersa.
- Feijóo, B. (2001). *La imputación objetiva en Derecho Penal*. Lima: Grijley.
- Feijoo, B. (2009). “*Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial*”. Recuperado de: www.indret.com, Barcelona.
- Fernández, J. (1986). *Derecho Penal Fundamental: Vol I*. Bogotá: Temis.
- Frisch, W. (2000). “*La imputación objetiva: estado de la cuestión*”. En: Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra). Madrid: Civitas.
- Frisch, W. (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- García, P. (2005). “*La normativización del dolo en el Derecho Penal. ¿Por qué no debe entenderse más al dolo como conocimiento y voluntad?*”. En: Actualidad Jurídica. Tomo 139. Junio. Lima Gaceta Jurídica.
- Giraldo Á. y otros (2002). *Metodología y técnica de la investigación sociojurídica*. Bogotá: Ediciones Librería del profesional.
- Jakobs, G. (1995). *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons.
- Jakobs, G. (1996). *La imputación objetiva en Derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2da. Edición Corregida, Madrid: Editora Marcial Pons.

- Jakobs, G. (2000). “*El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*”. En: El sistema funcionalista del Derecho penal. Lima: Editorial Grijley
- Jakobs, G. (2000). *Sociedad, Norma y Persona en una Teoría De un Derecho Penal Funcional*. Madrid: Editora Civitas.
- Jakobs, G. (2003). *Derecho Penal Del Enemigo*. Madrid: Editorial Civitas.
- Jakobs, G. (2005). “*La intervención delictiva*”. En: Cuadernos de Política Criminal N° 85. 2ª época. Madrid: Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas.
- Jakobs, G. (2006). “*La imputación objetiva en el Derecho Penal*”, En: Moderna Dogmática Penal. Estudios compilados, 2da. Edición, México: Editora Porrúa.
- Jakobs, G. (2006). “*La prohibición de regreso en los delitos de resultado*”. En Moderna dogmática Penal. Estudios compilados, 2da. Edición, México: Editora Porrúa.
- Jakobs, G. (2007). “*La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*” (trad. Sánchez Vera y Gómez-Jara Díez), en Gómez-Jara Díez (editor), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: Ara Editores.
- Laurenzo, P. (1999). *Dolo y Conocimiento*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Lesch, H. (1995). *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Luhmann, N. (2002). *El Derecho de la Sociedad*. Traducido por Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães, Brasil: Editora Jurídica.

- Márquez, R. “*El Pensamiento Jurídico de Jakobs*”. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/225/dtr/dtr6.pdf>
- Montero, E. “*El Funcionalismo Penal*”. Recuperado de: www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/modulos/.../descargar.php,
- Muñoz, F. (1985). *Derecho Penal Y Control Social*. Madrid: Editora el Exportador.
- Núñez, J. (2009). “*Un Análisis Abstracto del Derecho Penal del Enemigo a partir del Constitucionalismo Garantista y Dignatario*”. En: Revista N° 8, 2009, Recuperado de: http://www.politicacriminal.cl/n_08/a38.pdf.
- Peñaranda, E. /Suárez, C. /Cancio, M. (1999). *Un nuevo sistema de Derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- Ragués, R. (1999). *El Dolo y su Prueba en el Proceso Penal*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Reyes, Y. (1994). *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis.
- Robles, R. (2003). *La participación en el delito: fundamentó y límites*. Madrid: Marcial Pons.
- Robles, R. (2007). “*Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*”. Barcelona: Editora Atelier.
- Robles, L. (2014). *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica*. Lima: Ffecaat.
- Rodríguez, Ó. (2005) “*La Triangulación como Estrategia de Investigación en Ciencias Sociales*”. Recuperado de: <http://www.madrimasd.org/revista/revista31/tribuna/tribuna2.asp>.

- Romero, A. (2015). *La Asociación criminal y los delitos en banda en el Derecho penal alemán: Fundamentos históricos, dogmáticos y de política criminal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Roxin, C. (1980). «*El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo*». Trad. Queralt. En: *La reforma del Derecho Penal*. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte General. Fundamentos, la Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (1998). *Acerca de la consolidación político-criminal del sistema de Derecho penal. En dogmática penal y política criminal*. Lima: Editorial IDEMSA.
- Roxin, C. (2000). “*Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión*”, en Roxin, JakobS, Schünemann, Frisch Y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Editorial Civitas,
- Roxin, C. (2002). *Política criminal y sistema del Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, versión en línea: <http://es.scribd.com/doc/6908461/Roxin-Claus-Politica-Criminal-Y-Sistema-del-Derecho-Penal>
- Roxin, C. y otros (200). *Sobre el estado de la teoría del delito*, Madrid: Civitas.
- Rueda, M. (2001). *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)*. Barcelona: Editorial Bosch.

- Sánchez, R. (2007). “*Derecho Penal del Enemigo*”. En: Revista de Derecho Penal. Online, recuperado de: <http://www.uss.edu.pe/Facultades/derecho/documentos/produccionjuridica/2007-I/articulo1rolin.pdf>.
- Sánchez, J. y Gómez, J. (2004). *Atribución normativa en Derecho Penal: Atribución normativa del dolo. Dolo del delito especial. Imprudencia provocada, también denominada ceguera ante los hechos*. Lima: Editorial Grijley.
- Sánchez, J. y Gómez, J. (1999). “*Estudio sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal*”. En: Cuadernos de Política Criminal N° 68. Madrid: UNED.
- Sánchez, J. y Gómez, J. (2000). *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons.
- Santiago, N. (2017). “*Delitos de organización: los modelos de “Conspiracy” y “Asociación criminal” en el Derecho Interno y en el Derecho Internacional*”. En: Revista Derecho Penal y Criminología, Vol. 34 – Núm.104 - enero-junio, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Silva, J. (2000). “*Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y o tras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin*”. En: ROXIN, Claus y otros. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Editorial Civitas.
- Silva, J. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Editorial Bosch.
- Silva, J. (2005). “*El nuevo escenario del delito fiscal en España*”. Barcelona: Editorial Ateliers.

- Silva, J. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en sociedades postindustriales*. 2ª edición, Madrid: Editorial Civitas.
- Silva, J. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en sociedades postindustriales*, 2ª edición, Madrid: Editorial Civitas.
- Silva, J. (2012). Prólogo. *El sistema moderno del derecho penal. Cuestiones fundamentales. Estudios en honor del Claus Roxin en su 50º aniversario*, 2ª edición, Buenos Aires: Editorial B de F.
- Stefano, C. (2004). “*La estructura del dolus eventualis. La distinción entre dolo eventual y culpa consciente frente a la nueva fenomenología del riesgo*”. En: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*. N° 4. Lima: Grijley.
- Torres, A. (1999). *Introducción al Derecho / Teoría General del Derecho*. Lima: Editorial Palestra.
- Vallespin, E. (1993). Introd. Luhmann, Niklas. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Madrid: Editorial Alianza.
- Velásquez, F. (2010). *Manual de Derecho Penal: Parte general*. Bogotá: Ediciones Andrés Morales.
- Vilcapoma, J. (2013). *Aprender e investigar / Arte y método del trabajo universitario*. Lima: Editorial Argos.
- Villa, J. (2008). *Derecho penal. Parte general*. Tercera Edición. Lima: Editorial Grijley.
- Villavicencio, F. (s.f.e.). *La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana*. Toledo- España: Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla La Mancha.

- Vogel, J. (2008). “*La internacionalización del Derecho penal y del Proceso penal*”. En: Revista penal, Núm. 22. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extaut?codigo=190389>.
- Weigend, T. (2006). “*Los límites de la complicidad punible*“. En: Revista de Derecho Penal. Autoría y participación, Santa Fe: Editora Rubinzal-Culzoni.
- Weigend, T. (2006). “*Los límites de la complicidad punible*” En: Revista de Derecho Penal. Autoría y participación, Santa Fe: Editora Rubinzal-Culzoni.
- Wolfgang, F. (2000). “*Informe sobre las discusiones. Acciones neutrales y otras cuestiones. La discusión sobre la ponencia del Profesor Roxin*”, en Roxin, Jakobs, Schünemann, Frisch y Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Editorial Civitas,
- Zelayarán, M. (2000). “*Metodología de la investigación jurídica*”. Lima: Ediciones Jurídicas,

VI. ANEXO

01. MATRIZ DE CONSISTENCIA LÓGICA

TITULO: FUNDAMENTOS DEL FUNCIONALISMO PARA NO IMPUTAR RESPONSABILIDAD PENAL EN LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN MEDIANTE CONDUCTAS EXTERNAMENTE NEUTRALES EN EL PERÚ

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	MARCO TEÓRICO	ASPECTOS METODOLÓGICO
<p><u>GENERAL:</u> ¿Cuáles son los fundamentos del Funcionalismo para no imputar responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas externamente neutrales en el Perú?</p> <p><u>ESPECÍFICOS:</u></p> <p>a. ¿Cuáles son los fundamentos dogmáticos y normativos del funcionalismo penal para no imputar responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas externamente neutrales en la legislación penal peruana?</p> <p>b. ¿Qué particularidades jurídicas penales caracterizan a los delitos de Organización en relación con las conductas neutrales?</p> <p>c. ¿Cuáles son las consecuencias de no imputar responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas externamente neutrales en el Perú?</p>	<p><u>GENERAL:</u> Analizar los fundamentos del funcionalismo penal para no imputar responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas externamente neutrales en la legislación penal peruana.</p> <p><u>ESPECÍFICOS:</u></p> <p>a) Describir los fundamentos dogmáticos y normativos del funcionalismo penal para no imputar responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas externamente neutrales en la legislación penal peruana.</p> <p>b) Explicar las particularidades jurídicas penales caracterizan a los delitos de Organización en relación con las conductas neutrales en la legislación penal peruana.</p> <p>c) Analizar las consecuencias jurídicas de no imputar responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas externamente neutrales en la legislación penal peruana.</p>	<p>Los planteamientos teóricos de Günther Jakobs en Alemania; Silva Sánchez José María en España y, García Caveró Percy en el Perú constituyen los fundamentos jurídico penales para no imputar responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas extremadamente neutrales en el Perú, basado en que el cumplimiento de un deber general o especial no genera ninguna responsabilidad penal, sino todo lo contrario.</p> <p>Variables Variable Independiente: Los fundamentos del funcionalismo penal para no imputar responsabilidad penal</p> <p>Variable Dependiente: Delitos de organización mediante conductas extremadamente neutrales.</p>	<p>1. Antecedentes 2. Bases teóricas 2.1. Funcionalismo penal 2.1.1. El funcionalismo en el sistema penal 2.1.1.1. Contexto en que nace el funcionalismo sistémico 2.1.1.2. Diferencia entre el análisis funcional y funcionalismo sistémico 2.1.2. El funcionalismo penal de Jakobs 2.1.3. El funcionalismo sistémico y el derecho penal del enemigo 2. Conductas neutrales 2.1. Ubicación del problema en la teoría del delito 2.2. Límites de naturaleza objetiva o subjetiva 2.3. Los delitos de organización 2.3.1. Antecedentes 2.3.2. La internacionalización del derecho penal 3. Definición de términos</p>	<p><u>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</u> Dogmática <u>TIPO DE DISEÑO:</u> No Experimental <u>DISEÑO GENERAL:</u> Transversal <u>DISEÑO ESPECÍFICO:</u> Explicativa <u>MÉTODOS ESPECÍFICOS:</u> Exegético, Hermenéutico, Dogmático, Argumentación jurídica. <u>UNIDAD DE ANÁLISIS:</u> Estará será DOCUMENTAL conformada POR LA Doctrina, Normatividad y jurisprudencia. <u>PLAN DE RECOLECCIÓN, PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS</u></p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Identificación del lugar donde se buscara la información. ▪ Identificación y registro de las fuentes de información. ▪ Recojo de información en función a los objetivos y categorías. ▪ Análisis y evaluación de la información. ▪ Sistematización de la información <p>Para el análisis de la información se empleará la técnica de análisis cualitativo: Triangulación de teorías.</p> <p><u>INSTRUMENTO(S) DE RECOLECCIÓN DE LA INFORMACIÓN</u> Recojo de información: Técnica documental Instrumentos: Fichas y la técnica de análisis de contenido cuyo instrumento es la ficha de análisis de contenido.</p> <p><u>VALIDACIÓN DE LA HIPOTESIS:</u> Método de la argumentación jurídica.</p>

02. OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

Variables	Definición conceptual	Definición operacional	Indicadores
<p>Independiente:</p> <p>Los fundamentos jurídicos del funcionalismo penal para no imputar responsabilidad penal</p>	<p>Su fundamento presenta la forma esquemática funcional de la teoría del delito, en él ve el derecho como la estabilización social, como medio de instrumentalización en la sociedad para formar así una integración social entre los ciudadanos; justifica su teoría dentro de su esquema de un planteamiento denominado teoría de la imputación objetiva, se entiende por dicho concepto como conjunto de hipótesis que permiten concluir si la conducta crea o no un riesgo para el bien jurídico; todo ello orientado a corregir o complementar las diversas teorías sobre la relación de causalidad material.</p>	<p>Permitió determinar los fundamentos del funcionalismo penal normativista planteados por Jacobs para la no imputación de la responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas neutrales.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • El funcionalismo penal • Funcionalismo penal normativista • Planteamientos de Roxin y Jakobs • Teoría de la imputación objetiva • Derecho penal del enemigo • Normatividad • Jurisprudencia
<p>Delitos de organización mediante conductas extremadamente neutrales.</p>	<p>Son aquellas que, si bien no son inequívocamente delictivas, acaban favoreciendo conscientemente la comisión de un delito. Es decir, se tratan de comportamientos que, conformes en sí mismas al ordenamiento jurídico, son aprovechadas por terceras personas autorresponsables– para llevar adelante un ilícito penal.</p>	<p>Permitió justificar la no imputabilidad de responsabilidad penal en los delitos de organización mediante conductas extremadamente neutrales</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Fundamentos dogmático penales • Delitos de organización • Conductas externamente neutrales • Legislación penal • Tipificación • Importancia • Seguridad