UNIVERSIDAD NACIONAL DE UCAYALI

UNIVERSIDAD NACIONAL DE UCAYALI
15/05/08
BIBLIOTECA CENTRAL
U.N.U.

TESIS

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN

BACHILLER : SR. FRANCISCO GUILLEN PABLO

ASESOR : DR. JOSE IGNACIO PINTO DE LA SOTA

PUCALLPA
2008

INDICE

DEDICATORIA Pág. 07

INTRODUCCIÓN Pág. 08

CAPÍTULO I
MARCO METODOLÓGICO

1.1 Enunciado del tema Pág. 11

1.2 Planteamiento del problema Pág. 11
1.2.1 Objetivos de la investigación Pág. 11
1.2.1.1 Objetivos generales Pág. 11
1.2.1.2 Objetivos específicos Pág. 11
1.2.2 Desarrollo de las preguntas de investigación Pág. 12
1.2.2.1 Alcances del problema Pág. 12

A. Formulación del problema de investigación Pág. 12
B. Sistematización del problema de investigación Pág. 13

1.2.2.2 Conveniencia de la investigación Pág. 13
1.2.2.3 Relevancia de la investigación Pág. 14
A. Implicancia teórica Pág. 14
B. Implicancia práctica Pág. 15
C. Implicancia metodológica Pág. 15
D. Antecedentes del problema de investigación Pág. 15
E. Medios de investigación disponibles Pág. 16

1.3 Formulación de hipótesis Pág. 16
1.4 Variables de la hipótesis Pág. 17
1.5 Delimitación del universo y muestra Pág. 17
1.5.1 Temporal Pág. 17
1.5.2 Espacial Pág. 17
1.5.3 Social Pág. 17
1.5.4 Física Pág. 17

1.6 Métodos y técnicas Pág. 18
1.6.1 Método Pág. 18
1.6.2 Técnicas de recolección de información Pág. 18
1.6.3 Técnicas de procesamiento de datos Pág, 18

1.6.4 Universo Pág. 18
1.6.5 Muestra Pág. 18
1.7 Procesamiento de la información obtenida Pág. 19
1.8 . Interpretación de los datos Pág. 19

CAPITULO II
MARCO TEÓRICO – CONCEPTUAL

2.1 La omisión estudiada desde el orilologicismo. Pág. 20
2.1.1 La definición pre jurídica de la omisión Pág. 20
2.1.1.1 El causalismo clásico Pág. 21
2.1.1.2 El neocausalismo Pág. 24
2.1.1.3 El finalismo Pág. 26
2.1.1.4 El post finalismo Pág. 31
2.1.1.5 Toma de posición Pág. 32
2.1.2 La [elación de causalidad en la omisión Pág. 36
2.1.2.1 La teoría de la equivalencia de las condiciones y la conditiosine qua no Pág. 39
A. Tesis de Von Buri Pág. 39
B. Tesis de Mir Puig Pág. 41
C. Critica a la teoría de la equivalencia de las condiciones y de la fórmula. Pág. 42
2.1.2.2 La teoría de la causalidad adecuada Pág. 43
A. Tesis de Von Bar Pág. 43
B. Critica a la teoría de la causalidad adecuada Pág. 44
2.1.2.3 La teoría de la relevancia típica: tesis de Mezger Pág. 45
2.1.2.4 La teoría de la ley causal necesaria Pág. 46
A. Tesis de Armin Kaufmann Pág. 46
B. Tesis de Ingeborg Puppe Pág. 47
2.1.2.5 La teoría de la ley causal como apreciación subjetiva de juez: tesis del Tribunal Supremo Español Pág. 51
2.1.2.6 La teoría de la ley causal estadística: tesis de Gómez Benítez Pág. 52
2.1.2.7 La causalidad hipotética Pág. 53
2.1.2.8 Toma de posición Pág. 55

2.1.3 ¿Un matiz normativista o un ontologicismo ocultado?: La posición de garante en la omisión Pág. 63
2.1.3.1 Las fuentes formales de la posición de garante Pág. 64
2.1.3.1.1 La ley Pág. 65
2.1.3.1.2 El contrato Pág. 66
2.1.3.1.3 El actuar precedente Pág. 66
2.1.3.1.4 Crítica a las fuentes formales del posición de garante Pág. 68
2.1.3.2 Las fuentes funcionales de la posición de garante Pág. 70
2.1.3.2.1 Fuentes de protección de bienes jurídicos Pag. 71
2.1.3.2.2 Fuentes de vigilancia de fuentes de peligro para bienes jurídicos Pág. 72
2.1.3.2.3 Crítica a las fuentes funcionales de la posición de garante Pág. 73
2.1.3.3 Toma de posición Pág. 74

2.2 La omisión estudiada desde el normativismo Pág. 87

2.2.1 La definición normativa de la omisión debe ser formulada a través de la función del tipo que cumple en un Estado social y democrático de derecho Pág. 89
2.2.1.1 Concepciones positivas Pág. 89
A. Tesis de Bacigalupo Zapater Pág. 91
B. Tesis de Silva Sánchez Pág. 94
2.2.1.2 Tesis de Jakobs Pág. 97
2.2.1.3 Tesis de Sánchez – Vera Gómez – Trelles Pág. 103
2.2.1.4 Toma de posición Pág. 103

2.2.2 La relación de causalidad como categoría ontológica no tiene eficacia en la relación normativa – valorativa que genera la omisión Pág. 116
2.2.2.1 Tesis de Gimbernat Ordeig Pág. 117
2.2.2.2 Tesis de Fierro Pág. 121
2.2.2.3 Toma de posición Pág. 124

2.2.3 La posición de garante ¿es el elemento común entre la acción y la omisión? Pág. 128
2.2.3.1 Tesis dé Herzberg Pág. 129
2.2.3.2 Tesis de Jakobs Pág. 130
2.2.3.3 Tesis de lesch Pág. 132
2.2.3.4 Toma de posición Pág. 133

2.3 El juicio de imputación objetiva como herramienta nomológica para la adscripción de la conducta al tipo penal Pág. 138

2.3.1 El principio de imputación en el Estado social y democrático de Derecho Pág. 139
2.3.2 El juicio de imputación ~n el tipo objetivo Pág. 139
2.3.2.1 Modelo de Roxin : Pág. 142
2.3.2.2 Modelo de Jakobs Pág. 146
2.3.2.3 Modelo de Frisch Pág. 148
2.3.2.4 Otros modelos Pág. 151
A.Modelo de Hruschka Pág. 151
B.Modelo de Gimbernat Ordeig Pág. 152
C.Modelo de Corcoy Bidasolo Pág. 153
D.Modelo de Reyes Alvarado Pág. 154
E.Modelo de Sancinetti Pág. 155
F. Modelo de Bustos Ramírez Pág. 156

2.3.2.5 Excurso: La adecuación social Pág. 157

2.3.3 Críticas a la imputación objetiva Pág. 159
A.Tesis de Armin Kaufmann Pág. 160
B.Tesis de Joachim Hirsch Pág. 162
C.Tesis de Eberhard Struensee Pág. 163
D.Tesis de Lampe Pág. 164
E. Tesis de Rueda Martín Pág. 165

2.3.4 Respuestas a las críticas de la imputación objetiva Pág. 166

2.3.5 La imputación objetiva como herramienta para la intercambiabilidad de la acción y omisión en la realización del tipo penal de comisión Pág. 169
2.3.5.1 Punto de partida: los roles o competencia de las personas en sociedad recogidos en el tipo penal Pág. 169
2.3.5.2 Imputación del comportamiento: La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado Pág. 176

A.La creación de un riesgo prohibido Pág. 176
B.El principio de confianza Pág. 179
C.La prohibición de regreso Pág. 181
D. D. Las acciones a propio riesgo Pág. 182
2.3.5.3 Imputación del resultado: La relación de riesgo Pág. 182

2.4 Análisis de la omisión impropia en la legislación nacional Pág. 189
2.5 Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema con relación a la omisión impropia Pág. 180
2.5.1 Jurisprudencia referida a la omisión impropia Pág. 203
2.5.2 Jurisprudencia referida a la imputación objetiva Pág. 203

2.6 Análisis de la omisión impropia en la legislación jurídica comparada Pág. 203
2.6.1 Posturas a favor de la parte general Pág. 239
2.6.2 Posturas a favor de la parte especial Pág. 241
2.6.3 Posturas en contra de la parte general y parte especial Pág. 242
2.7 Balance final y toma de posición Pág. 243
2.8 Caso Utopia Pág. 211
1.4 Analisis de la Jurisprudencia de la Corte Suprema con relación a la Omision Impropia Pág. 221
2.5.1 Jurisprudencia Referedida a la Omision impropia Pág. 222
Omision en Homicidio Simple Pág. 223
2.5.2 Jurisprudencia Referedida a la imputación Objetiva Pág. 229
Lesiones Culposas Pág. 232
Estado de Coma e Imputacion Objetiva Pág. 235

CAPITULO III

MARCO EMPÍRICO

3.1 Tipo de investigación Pág. 263
3.2 Técnicas de recolección y procesamiento de datos Pág. 263
3.2.1 Técnicas de recolección-de datos Pág. 263
3.2.1.1 Encuesta Pág. 263
3.2.1.2 Entrevista Pág. 263
3.2.1.3 Análisis de registro documental Pág. 263
3.2.1.4 Análisis micro comparativo de sistemas extranjeros Pág. 264

3.2.1.5 Fichas de información jurídica Pág. 264
3.2.1.6 Búsqueda de internet Pág. 264
3.2.2 Técnicas de procesamiento de datos Pág. 264
3.2.2.1 Selección y representación por variables Pág. 264
3.2.2.2 Matriz tripartita de datos Pág. 264
3.2.2.3 Utilización de procesador sistematizada Pág. 264
3.2.2.4 Pruebas estadísticas Pág. 265
3.2.3 Limitaciones Pág. 265
3.3 Diseño del trabajo operacional Pág. 265
3.3.1 Población y muestra Pág. 265
3.4 Contrastación y comprobación de hipótesis Pág. 266
3.4.1 Contrastación de la hipótesis Pág. 266
3.4.2 Comprobación de la hipótesis Pág. 266

CONCLUSIONES Pág. 286
RECOMENDACIONES Pág. 294
BIBLIOGRAFIA Pág. 295
ANEXOS Pág. 313

DEDICATORIA

Al incondicional apoyo brindado por quienes con su cariño y comprensión lograron impulsarme hacia metas más altas: mis Padres y mis Hijos.

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

Para lograr justificar nuestra premisa es menester confrontamos con la compleja realidad problemática que presenta la omisión impropia. En efecto, analizar (sólo) la omisión en Derecho penal. origina el discutir una serie de interrogantes, como por ejemplo, el concepto de omisión (pre-jurídico,

normativo, pre-típico, típico, negativo, positivo, etc.), el cual, desde 1986, el Dr. Silva Sánchez presentase, en lengua española, tan magníficamente; luego, habría que discutir (como Radbruch desde 1904) la posibilidad (o no) de establecer un supraconcepto que englobe tanto la acción como la omisión; además, se debe estudiar, en sede del- tipo objetivo, la posición de garante (entendiéndolo, o bien, como un elemento especial, exclusivo y excluyente de omisión impropia, o bien, como un elemento común en la imputación de responsabilidad sobre la base de roles), debiendo uno ir más allá a lo estudiado por Armin Kaufmann en la década de los 50; asimismo, hay que analizar el problema de la adscripción de la conducta al tipo de omisión impropia (ya sea eligiendo la teoría de la causalidad hipotética, o bien aplicando los criterios de la imputación objetiva); tampoco, no podemos dejar de estudiar el tipo subjetivo de la omisión impropia (¿dolo o cuasi dolo?); por lo demás, nos queda indagar sobre las causales de justificación e inexigibilidad en la omisión (propia e impropia), además la problemática de la autoría y participación, así como, de la tentativa y consumación, etc.

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO I
MARCO METODOLÓGICO

1.1 ENUNCIADO DEL TEMA

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

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

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

1.2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.2.1 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.2.1.1 OBJETIVOS GENERALES

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

1.2.1.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

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

1.2.2 DESARROLLO DE LAS PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

1.2.2.1 ALCANCES DEL PROBLEMA

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

A. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

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

B. SISTEMATIZACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

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

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

1.2.2.2 CONVENIENCIA DE LA INVESTIGACIÓN

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

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

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

1.2.2.3 RELEVANCIA DE LA INVESTIGACIÓN

A. IMPLICANCIA TEÓRICA

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

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

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

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

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

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

- Teleológico.- Porqué esta investigación pretende presentar conclusiones que puedan operar con la finalidad tanto de la Política Criminal, así como, de las normas jurídicas (esto es,

ámbito de protección o mensaje del tipo), con relación a la última ratio del Derecho penal (in concreto con la omisión impropia).

B. IMPLICANCIA PRÁCTICA

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

C. IMPLICANCIA METODOLÓGICA

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

D. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

En el Perú, y según los datos obtenidos por las Escuelas de Post - Grado en el Internet, no existe investigación alguna que se haya ocupado de la imputación objetiva en la comisión por omisión. Sin embargo, si tenemos investigaciones concernientes a la imputación objetiva; así tenemos, la tesis de Pre-Grado de José Caro J., titulad "Imputación Objetiva" y sustentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos; en esta tesis, se aborda los rasgos generales de esta figura y de la relación de causalidad. Además, tenemos la tesis de Post-Grado del Dr. Paredes Vargas, titulada "Imputación Objetiva en el Derecho

Penal", sustentada en esta tesis se presentan los hitos históricos de las teorías causales, los principales sistemas de imputación y las figuras operables en la imputación objetiva .

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

E. MEDIOS DE INVESTIGACIÓN DISPONIBLES

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

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

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

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

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

1.3 FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS

- **HIPÓTESIS PRINCIPAL**

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

- **HIPÓTESIS SECUNDARIA**

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

1.4 VARIABLES DE LA HIPÓTESIS

- **V ARIABLES INDEPENDIENTES (A)**

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

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

- **V ARIABLES DEPENDIENTES (B)**

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

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

1.5 DELIMITACIÓN DEL UNIVERSO Y MUESTRA

1.5.1 TEMPORAL

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

1.5.2 ESPACIAL

Carie Suprema de Justicia del Perú

1.5.3 SOCIAL

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

1.5.4 FISICA

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

1.6 MÉTODOS Y TÉCNICAS

1.6.1 MÉTODO

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

1.6.2 TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN

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

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

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

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

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

1.6.3 TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO DE DATOS

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

1.6.4 UNIVERSO

Considerando los lineamientos precisados, el universo es el siguiente:

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

1.6.5 MUESTRA

Del universo se han elegido:

- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú.
- El 60% de los casos concluidos durante el periodo 1997 - 2005.

1.7 PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA

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

1.8 INTERPRETACIÓN DE LOS DATOS

- Contratación de las hipótesis en el trabajo operacional
- Contrastación de los datos obtenidos de los casos analizados
- Contrastación de las encuestas a operadores.
- Procesamiento de información documental.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO – CONCEPTUAL

2.1 LA OMISIÓN ESTUDIADA DESDE EL ONTOLOGICISMO

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

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

La **corriente filosófica denominada: ontologícismo, postula que existen realidades previas, que el legislador no puede obviar.** Son realidades ónticas que tienen además la trascendencia, sobre todo en el ámbito de la acción. Así esta corriente, empieza a desarrollarse en Alemania en la década del 30'. En el resto de los países desde los 40-60.A continuación, analizaremos aquellas construcciones dogmáticas de la omisión elaboradas desde la perspectiva del ontologicismo.

2.1.1 LA DEFINICIÓN PRE JURÍDICA DE LA OMISIÓN

En este punto se estudiarán aquellas posiciones que tratan de definir a la omisión partiendo que el contenido del concepto es de materia ontológica, pues el objeto no se conforma a través del conocimiento, sino que ya está formado de antemano.

2.1.1.1 EL CAUSALISMO CLÁSICO

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

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

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

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

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

Y este entender de Beling se debe al concepto que da sobre la omisión, esto es, la voluntaria contención de los nervios motores. Se aprecia que la voluntad, como factor que distingue la conducta humana del acaso, constituye el elemento esencial. Y en ese orden de ideas, Beling diferencia el concept0[13] de omisión de su contenido; en donde el primero es de naturaleza ontológica, originando que la omisión tenga una posición sistemática antes del tipo, dado que, es el simple no hacer nada; en cambio, el segundo se determina en el tipo, dado que, lo relevante para el derecho penal es que no se hizo algo mandado.

No obstante, tal escisión tornaría al concepto per se de la misión irrelevante para el sistema penal, y como es sabido desde el primer nivel de la sistemática del delito, esto es, el comportamient0[14], cumple una función relevante, exclusiva y excluyente.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No obstante, se le critica a Liszt la falta de concreción de cuál es esa acción no llevada a término; y en ese sentido, las discrepancias en la doctrina son mayores, puesto que, para unos pasta omitir cualquier acción pensable (no realizada en un momento dado por el sujeto), y para otr9s, es necesario, además,que fuera posible, o bien, a través de otros criterios como: esperada en algún sentido, mandada, etc:[24]

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

producido un movimiento corporal, no aportando una definición de la omisión más allá de la simple redundancia.

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

2.1.1.2 EL NEOCAUSALISMO

En el sistema neo-causa lista o causa lista de corte valorativo o neokantismo jurídico, también pretendía construir su modelo de imputación en base a todas las manifestaciones delictivas posibles (acciones y omisiones, dolosas e imprudentes), pero apreció una inconsistencia en su sistemática, [26] por que concibieron a la acción como causal, y por tanto, no captaron la esencia de las omisiones que interesarían al Derecho penal, que como es afirmado en la actualidad, en la omisión hay una total ausencia de causalidad.

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

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

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

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

Así, M. E. Mayer precisó que la omisión niega la actividad, pero no la acción. Pues para la acción - continúa el jurista - es esencial una voluntad de realización, causalmente, la técnica de esta voluntad de realización. Pero, al igual que es indiferente con qué músculo se inserta la voluntad en el mundo exterior - concluye el autor - tampoco importa silo querido se estampa exteriormente en un movimiento corporal o en una inactividad corporal[30] Sin embargo, Mayer fue inconsecuente con su teoría, pues a la omisión culposa lo - entiende como una especial categoría de delitos sin actuación de voluntad (¡ !), conllevando una ruptura, ya no a nivel del comportamiento (en el sentido de Radbruch) sino en el tipo, que según -Mayer es el primer elemento del delito, debiéndosele definir como un suceso.

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

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

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

2.1.1.3 EL FINALISMO

El rechazo a la escisión de la voluntad con su contenido fue una de las consecuencias derivadas del método del finalismo. Para esta corriente, no se trata de incorporar la valoración en el proceso de construcción categorial, y menos por cada sujeto en particular, lo que conduciría a un rechazable

relativismo y subjetivismo; más bien se trata de advertir la dimensión de sentido inherente a la realidad, sus estructuras lógicas - objetivas, ya partir de ahí, concluir cuál es la regulación jurídica que debe darse a los diferentes problemas penales. El método seguido - una vez sentadas las premisas ontológicas - será de naturaleza deductiva - abstracta.[32]

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

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

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

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

Asimismo, para Rueda Martín, el finalismo en modo alguno se limita a señalar el carácter ontológíco de la acción humana, sino que lo que hace es

ordenar la materia antes de efectuar las valoraciones a través del concepto ontológico de la acción (imputativitas) a la que añade, posteriormente criterios de significación social extraidos de la realidad social".[36]

Frente a ello, hay que distinguir lo siguiente, que el punto de partida de la construcción finalista se halla en la concepción retributiva de la pena y del Derecho penal como mecanismo dirigido a la protección de valores ético-sociales de la acción.[37] En la base de la argumentación welzeliana se halla la idea de que el Derecho no está constituido por meras normas de valoración, sino que tiene la misión de influir .sobre el comportamiento humano (de constituir una fuerza configuradora de la vida social) y, por tanto, dirige a sus destinatarios mandatos y prohibiciones de conducta; al ser la conducta humana el objeto de sus normas, el Derecho queda vinculado a las estructuras del ser de aquélla.

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

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

En lo que respecta al delito de omisión, el finalismo adoptó un punto de vista ontológico; es decir, pretende aprehender la estructura lógica-objetiva del ser del hombre, del actuar y del omitir, que determina el juicio subyacente a la norma y al injusto, originando un concepto negativo - transitivo de la omisión, en donde quien omite es aquel que no realiza una acción final, pese a tener capacidad de acción. [41]

No obstante, el propio Welzel, descubrió que el tema no era fácil, porque con el transcurrir del tiempo, ha ido variando su pensamiento en relación a la naturaleza de los delitos de omisión. En un primer momento considero que la omisión era un problema concretado en la voluntad, luego

considero que la omisión era un problema de finalidad y causalidad potencial de la persona. Pero fue Kaufmann, quien hizo los mayores estudios de la omisión en el campo del finalismo.

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

Posteriormente Welzel reestructura su noción de omisión; así en esta segunda etapa, el finalismo elaboró, para armonizar el concepto de acción final con el de omisión, -pues la acción y la omisión de una acción son dos subclases independientes dentro de la "conducta" susceptibles de ser regida por la voluntad final-una no finalidad por una finalidad potencial y la no causación por una causación potencial, que no fueron más que confesiones de insuficiencia o falta de elaboración.[43]

Es decir, que se acepta que la omisión en sí misma no puede existir, que verdaderamente sería una nada, con lo cual el concepto de omisión sólo cobrá vigencia en la medida que está referida a una determinada acción. Por lo tanto, Welzel, ha dicho que "la omisión no es un mero concepto negativo, sino uno "limitado": es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho (a la finalidad potencial de la persona). Omisión es la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción. Sólo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho (dominio del hecho) de una persona, puede ser omitida".[44]

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

En ese sentido, en la versión acabada de la doctrina finalista de la omisión, ésta no es el simple no hacer algo (mandado, esperado, posible, etc.), sino que, denota el no hacer una acción final, teniendo capacidad de acción, esto es, la capacidad de formular decisiones, dirigirse de acuerdo lo decidido, contando con los medios (físicos) para hacer lo posible.[45] Por

tanto, el énfasis está dado por el conocimiento y la posibilidad de actuar, sobre la base de ese conocimiento.

Así, por un lado, en una faceta interna, esto es, el conocer; en donde el conocimiento de la situación no debe ser solo posible sino un conocimiento real, efectivo,';6 esto es, un saber seguro, y no una mera posibilidad de conocer.[47]

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

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

Sin embargo, cómo concordar esta finalidad potencial [50] con la exigencia de un conocimiento real, dado que, si la finalidad es solamente potencial, debería ser lógico, la sola exigencia de una posibilidad de conocer. Asimismo, si lo decisivo si hay un deber de estar atento a fines de la acción cognoscibles, se dejaría sin sustento la ounibilidad de la omisión por culpa inconsciente, en donde, precisamente, lo que falta es un conocimiento efectivo, real; y en ese orden de ideas, el sujeto que, desconociendo la existencia de una situación de peligro para un bien jurídico pero pudiéndola conocer, no actúa debería quedar impune.

En suma, la exigencia de un conocimiento real y actual conllevaría a indebidas consecuencias, como el ejemplo señalado, y sobretodo el origen de contradicciones en el seno de la doctrina finalista en donde, por ejemplo, la noción de culpa descansa en una finalidad real y no potencial.

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

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

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

Esquematizando lo señalado se puede decir que, la tipicidad, por ejemplo, que en la comisión consiste-en que la acción concuerde con la descrita en el tipo prohibitivo, en la omisión se aprecia en sentido contrario: la acción es típica cuando no coincide con la mandada por el tipo prescriptito. Con todo estas peculiares inversiones no parecen ir más allá del tipo, ya que, según Welzel, la antijuridicidad y la culpabilidad de los delitos de omisión no presentan características especiales: la primera será la omisión típica no justificada, Y dado el tipo de injusto se dará también la culpabilidad si el deber de actuar (que no pertenece a la estructura del delito de omisión, como el deber de omitir no pertenece a la estructura dogmática del delito comisivo) le era reconocible al autor y su cumplimiento le era exigible.

No obstante, en este punto es más notaría la renuncia por parte el finalismo de sus propios presupuestos, esto es, si el sistema penal debe erigirse sobre la base de las estructuras lógico - objetivas, Y siendo una de esas estructuras es la presencia de una finalidad inescindible en el comportamiento humano, entonces cÓmo negar a la omisi6n toda presencia de finalidad,[54] aun más cómo justificar figuras como el cuasi - dolo, en donde se elimina la voluntad y se deja en el puro aspecto conativo.

En ese orden de ideas, el principio de inversión tornaría a la misión ciega y solo a la acción vidente; así como, revelaría como posiciones de base

ontológicas, como el finalismo, es incapaz de elaborar una noción de omisión, sin caer en la renuncia a sus propias premisas metodológicas.

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

2.1.1.4 EL POST FINALISMO

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

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

A partir de estos presupuestos, observa Zielinsky que el concepto de capacidad final de acción de Kaufmann no es el que se deriva del concepto final de acción, sino que contiene, además, los elementos de la capacidad de resultado, de la realización con éxito de una acción. Frente a esto, entiende, que la capacidad de acción final no requiere de elementos objetivos, sino que lo esencial es la finalidad del sujeto, aún cuando esté movida por representaciones erróneas de la realidad.

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

La crítica a esta concepción estriba en que al convertir la omisión de no realización de una acción posible en no realización de una acción pensada como posible, amplía hasta límites muy elevados de inconcreción el ámbito del concepto de omisión.[57] Asimismo, se la puede objetar en el sentido que,

como el omitente no es causal respecto del resultado, por tanto, no dirige ningún curso causal, así como, no puede actuar de modo final.

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

2.1.1.5 TOMA DE POSICIÓN

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

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

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

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

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

Así la dogmática causa lista fracasó al tratar de analizar la omisión a través de la causalidad (que se estudiará en el siguiente punto), así como, de la figura de la posibilidad, el cual, peca de ambiguo y, por ende, incapaz de ser un criterio delimitador de la omisión. Asimismo, la doctrina del finalismo fracasa al fundar la omisión en nociones como la finalidad potencial, la cual, como se ha indicado, contradice con la exigencia de conocimiento real, esbozado por el finalismo. Al respecto, Fernández Carrasquilla acota lo siguiente: "Su realidad específica no ha podido ser captada por el causalismo (no es un proceso causal) ni por el finalismo (no es sobredeterminación de un proceso causal". [64]

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

Por tanto, son erradas aquellas posiciones que elaboran conceptos de la omisión partiendo de su referencia con el mundo real.[66] Así tenemos, en Baumann, para quien la abstención, el no movimiento del hombre, que le era posible realizar a éste, queda relacionada con su entorno y adquiere el alcance de una especial proyección del sujeto en ese mundo.[57] Y son erradas porque la noción de omisión - útil para la estructura de la teoría del delito - no parte de criterios naturalísticos, sino que, la significación depende de la regulación legal de la estructura de cada tipo penal.[67]

En España, actualmente, aún encontramos autores que postulan un concepto ontológico de la omisión. Así, Gracia Martín, precisa que "acción y omisión constituyen realidades diversas, irreductibles e incompatibles en la esfera ontológica".[69]

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

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

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

Mención especial merece la teoría de Maurach, la cual distingue entre acción comisiva y acción omisiva. Para Maurach, en el plano ontológico sólo hay acciones - término equivalente a conducta humana - dominadas por la voluntad dirigente, las cuales, pueden llegar a un objetivo tanto por medio de la actividad corporal propia, .0 bien, por inactividad corporal desde un plano de valoración jurídica_.[74] Esta aparente acercamiento a la posición tomada en el concepto de omisión es solo eso, aparente, dado que, Maurach pretende hallar una solución entre la dicotomía de A y no A en la consideración de la acción en la omisión, como una mera categoría jurídica, lo que significa una dicotomización del concepto mismo de acción, o sea, entendida como una realidad en el tipo activo y como una categoría jurídica en el omisivo.

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

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

En suma, en este punto se ha querido demostrar la inviabilidad de un concepto de omisión de corte ontológico; sino que, el sistema jurídico - penal aplicable, por ejemplo, a la omisión, tenga un corte normativo delimitado, tanto, por criterios' de política - criminal, así como, de los datos empíricos que la realidad brinda; esto es, vinculación entre normativísmo y la referencia a lo empírico. En ese sentido, nos adherimos a las siguientes palabras de Roxin: "El sistema penal no debe, entonces, proveer deducciones de conceptos normativos abstractos ni tampoco ser un reflejo de leyes ontológicas, sino constituir una interconexión de ideas centrales de política criminal que penetran en el material jurídico, lo estructuran y posibilitan soluciones a los problemas adecuadas a la peculiaridad de estos" [77]

2.1.2 LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN LA OMISIÓN

Desde la concepción del delito -por Franz van Liszt aparecen como características típicas: (1) la acción, (2) el resultado, y (3) la relación de

causalidad, las cuales, per se, originan una clasificación de los tipos penales.[78] En lo que respecta a la cuestión de la causalidad, se recuerda las palabras de Binding en que el Derecho distingue la voluntad humana como causa de todas las otras causas. El hombre causa una modificación cuando desencadena un movimiento en dirección a un fin y logra aumentar la fuerza de este movimiento de manera tal que supera los obstáculos que nunca faltan.[79] Sin embargo, el tema de la causalidad ha sido objeto de comentario de importantes filósofos como Platón,[80] Aristóteles[81] o Santo Tomás de Aquino;[82] siendo los trabajos de STUART MILL, la primera consideración sistemática de la causalidad en el Oerecho penal.[83]

En la actualidad se habla de un "Principio de causalidad", dado que, la forma de conocimiento humano aplicable, como evidente e inmediata, es la estructura lógico - formal de la causalidad, la cual, puede explicar la relación que existe entre una acción como causa y un resultado. Es decir, el principio según el cual a toda causa le sigue un resultado se denomina principio de causalidad y a la relación entre dicha causa y su resultado, relación de causalidad. Así pues para poder atribuir un resultado a Una persona como consecuencia de su actuar, es preciso determinar si entre ambos – acción y resultado - existe relación de causalidad desde un punto de vista natural, para a continuación, determinar la existencia de un vehículo jurídico entre ambos.[84]

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

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

En la teoría causalista clásica, la imputación se redujo a la determinación de causalidad, y la teoría que sirvió para la explicación de

este elemento fue la equivalencia, según la cual un resultado, es la consecuencia de todas las condiciones que han contribuido a su producción. Asimismo, la teoría causalista clásica contempló la relación de causalidad como un elemento de la acción previo al tipo; surgiendo así el denominado dogma causal .

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

y en lo que respecta a la omisión se tiene que, en la medida en que el punto de partida del modelo de teoría del delito ofrecido por los causalistas clásicos, estaba constituido por conductas vinculadas causalmente a un resultado típico, su preocupación central estuvo constituida por encontrar un denominador común para la acción y la omisión en el ámbito de la causalidad.[89]

La explicación de Beling, para quien un movimiento corporal voluntario podía consistir en un hacer (acción positiva) como por ejemplo levantar la mano, o en un no hacer (omisión) ofreciendo el ejemplo de una distensión de músculos, ni siquiera tuvo consenso aún entre quienes consideraron cautivadora la claridad y consecuencia de la sistemática del positivismo.[9o]

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

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

Sin embargo, cabe mencionar que, la perspectiva neokantiana no abandonó las categorías naturalistas. En efecto, llega entonces a sostener que si bien acción y omisión no constituyen lo mismo en el plano ontológico, las mismas pueden equipararse jurídicamente; de tal manera, la omisión

(específicamente la impropia) puede ser equiparada normativamente a la acción causal del resultado. Por tanto, aunque distintos en el ámbito ontológico o del ser real, tanto la acción como la omisión llegan a equipararse en plano de los valores.[93]

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

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

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

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

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

Como se puede apreciar, estas teorías no pueden ofrecer un argumento que permita afirmar la presencia de una relación de causalidad en la omisión. En efecto, encontrar un denominador común a la acción y a la omisión en el ámbito de la causalidad es una tarea infructuosa, porque desde el plano de la

causalidad no es lo mismo matar que impedir morir, que entre una omisión y resultado típico no existe un nexo causal, quien nada hace no puede desencadenar ningún proceso causal[96]

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

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

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

A. TESIS DE VON SURI

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

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

La cuestión de cuándo una conducta ha sido condición del resultado se suele resolver mediante la ayuda de una fórmula heurística de carácter hipotético: la fórmula de la conditio sine qua non; según esta concepción

será causa de un resultado cualquier condición que suprimida mentalmente haga desaparecer el resultado.

La aplicación de la fórmula de la condigio exige, ante todo, aislar un resultado concreto y elegir una determinada condición antes de preguntar si esa condición ha causado el resultado. Pues si no se hace esa modificación, nada impide encontrar otra condición que, en ausencia de aquélla, cause el resultado.

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

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

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

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

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

B. TESIS DE MIR PUIG

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

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

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

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

Las críticas que se han elaborado a esta concepción son:

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

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

c. La fórmula de la conditio sine qua non falla en aquellos casos en que concurren a la producción de un resultado dos condiciones, de modo que cada una de ellas hubiera sido suficiente para producir el resultado.

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

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

2.1.2.2 LA TEORIA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

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

Estos son los postulados de la teoría de la causalidad adecuada, que a continuación se analizarán.

A. TESIS DE VON BAR

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

De acuerdo con la formulación inicial que de esta teoría planteó Van Bar para el ámbito jurídico, debe reconocerse que un fenómeno es siempre producto de la confluencia de diversas circunstancias sin cuya acción conjunta no podría ser explicado; pero consciente de la indefinición de dicho planteamiento, sostuvo Von Bar la necesidad de distinguir entre causas y condiciones, de tal manera que una condición adquiría la categoría de causa solo cuando de acuerdo con la forma como regularmente se desarrollan los fenómenos conduzca a un resultado,. es decir cuando de acuerdo con las reglas generales de la vida. de conformidad con la experiencia general esa condición sea adecuada para la producción de un determinado resultado.[106]
Al respecto, sin desconocer que en su momento representó un significativo aporte en el intento de limitar la exagerada extensión de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causalidad adecuada no alcanza a solucionar casos en los cuales pese a lo improbable del curso causal y aún del resultado resulta innegable la existencia de una causa jurídicamente relevante (por ejemplo. la balística nos enseña innumerables casos en que la muerte se ha producido por una inimaginable trayectoria de los proyectiles al chocar contra partes sólidas del cuerpo humano).

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

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

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

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

En efecto, la no realización de la acción esperada, se transforma en un criterio normativo determinante de la causalidad en la omisión. Sin embargo, lo erróneo de esta conclusión está dado por la determinación de una categoría naturalística, cual es la de la causalidad, a través de un elemento normativo; esto es, la relación de causalidad per se es un enlace ontológico, cualquier otra denominación: causalidad especial, causalidad jurídica, causalidad sui generis, es simplemente un fraude de etiquetas; por ende, si es una relación ontológica sólo su contenido podrá determinarse con criterios o elementos naturalísticos.

D. CRITICA A LA TEORIA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

Las críticas que se han elaborado a esta concepción son:

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

2. Solamente permite resolver los problemas de los llamados "cursos

causales extraordinarios"; no constituye, en consecuencia, una explicación general de lo que es la conducta prohibida

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

2.1.2:3 LA TEORíA DE LA RELEVANCIA TiPICA: TESIS DE MEZGER

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

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

Ha sido criticada por manejar igual que la teoría de la causalidad adecuada consideraciones normativas dentro de la causalidad adecuada. Es imprecisa e indeterminada, pues no ha sido capaz de indicar y fijar los criterios de la relevancia típica de una causa, que en cambio han sido luego elaborados y precisados por la teoría de la imputación objetiva.

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

A esta concepción se le observó en el sentido que, la tesis de Mezger establece la causalidad de la omisión como una idea, esto es, como algo que agrega el sujeto cognoscente a un suceso, más precisamente, como una conexión ideal entre dos momentos de la realidad. Por lo que, la causalidad de la omisión sólo puede hacerse en el plano del pensamiento, pero no en el

plan5de la realidad misma.[110] Frente a ello, Mezger reconoció resignadamente que la omisión no es causal respecto al resultado, y que el fundamento de la omisión es normativo.[111]

2.1.2.4 LA TEORÍA DE LA LEY CAUSAL NECESARIA

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

A. TESIS DE ARMIN KAUFMANN

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

Para poder afirmar eso (concreta causalidad) hace falta, previamente, que ya se haya establecido una ley de la naturaleza (causalidad general) según la cual acontecimientos de las características XX causan acontecimientos de las características YY. Sólo cuando, posteriormente, Y ha ido precedido de X se podrá afirmar que X ha causado Y en aplicación de la ley general según la cual a X sigue Y. [113]

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

Mientras pueda ser enunciada una ley general que explique los acontecimientos y que sirva como ley de cobertura, la conclusión - juicio de causalidad - no planteará problemas. Estos, sin embargo, surgen cuando en las ciencias empíricas no existe acuerdo mayoritario sobre el enunciado total de una ley universal o, incluso, sobre su propia existencia. Para esta

corriente, la función del juez se deberá limitar a seleccionar la ley causal objetiva y necesaria bajo la cual subsumir el concreto supuesto de hecho.

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

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

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

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

B. TESIS DE INGEBORG PUPPE

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

En un estudio realizado en el 2001, [119] Puppe desarrolla sus postulados equidistantes entre las tesis normativistas radicales y las antinormativistas. En particular, sin rechazar en absoluto el planteamiento

básico del normativismo, sí pretende criticar el desprecio que, en ocasiones, se manifiesta desde éste hacia las descripciones y distinciones fácticas así como hacia las estructuras lógicas existentes entre éstas. En última instancia, se trata de no prescindir del recurso a las ciencias empíricas y sociales allí donde éstas pueden aportar conocimientos relevantes para el Derecho penal.

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

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

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

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

Sin embargo, Puppe es consciente que, en el mundo de la causalidad, uno se puede encontrar con ámbitos que no presentan leyes causales determinados, pero ello no implica que el Juez inmediatamente

aplique el in dubio pro reo, dado que, ante la falta de una causalidad estricta, esto es, de leyes causa/es con certeza absoluta, el Juez puede recurrir a la ley de probabilidades que sustituye a la causalidad: en ámbitos que no están plenamente determinados, no puede establecerse empíricamente más que una ley de probabilidad de este tipo; es pues, una cuestión normativa la de si tales leyes estadísticas pueden ser utilizadas o no para el establecimiento de un nexo causal en ámbitos que no están plenamente determinados. Esta cuestión no se resuelve en un sentido negativo mediante el in dubio pro reo, como lo asume la doctrina dominante. 122

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

En ese orden de ideas, para Puppe la causalidad de la omisión se establece a través del siguiente procedimiento: (1) la elaboración de una proposición en donde se describe, como estado de cosas, que una persona ha omitido cumplir un determinado deber de garante; y, (2) esta proposición es una cuestión de hecho[125] que debe se probado en el proceso, Y al establecérsele como cierto, entonces es un hecho.

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

La ley general establece que una decisión de los administradores de una sociedad administrada conjuntamente es tomada si la mayoría de los administradores están de acuerdo ella. En cuatro administradores la

mayoría asciende, cuanto menos, a tres. En este sentido, no necesito partir más que de tres votos para formar la condición mínima suficiente. Tomo así por ejemplo, a los administradores A, B Y e y compruebo que su votación fue suficiente para la aprobación de la decisión. Si luego suprimo mentalmente la votación de A de esta condición suficiente, ésta deja de ser suficiente. La votación de A es, en tal sentido, parte necesaria de esta condición suficiente y, por ello, causal de la decisión [126]

Frente a ello, se puede comentar que Puppe requiere, por4l[n] lado, de una ley general, y por el otro lado, de la fórmula de la conditio sine qua non, para encontrar la parte necesaria de la condición suficiente que a su vez es causa del resultado. En lo que respecta a la ley general, ésta debe ser "natural", esto es, fáctico o empírico, que al no encontrarse puede ser reemplazada por la ley de probabilidades (como se indicó ut supra). Sin embargo, cómo es posible ~ encontrar una ley natural en la omisión, cuando la misma es una figura normativa cuyo fundamento lo hallamos en el tipo. En otras palabras, si en la omisión (impropia) lo único relevante es la imputación al autor de un resultado según una equivalencia legal y material con el tipo penal de comisión; y si esa -imputación, en términos de Puppe, se le define como infracción de deberes jurídicos; entonces cómo fundamentar la imputación por omisión tanto por leyes naturales, así como, por leyes jurídicas.

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

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

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

De todo lo descrito en la concepción de PUPPE se comparte que en los

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

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

La Sala 11 del Tribunal Supremo español ha elaborado una tendencia jurisprudencial, la cual, postula que en el ámbito jurídico penal no se requiere para la formulación de la ley universal (causalidad abstracta) una certeza empírica de carácter matemático y necesario, similar a la que requieren las ciencias de la naturaleza. Por el contrario, en el ámbito penal la prueba decisiva para el enjuiciamiento penal se obtiene cuando el juzgador, tras la total celebración del proceso, está realmente convencido de la existencia de los hechos precisados de prueba de acuerdo con las exigencias racionales y lógicas de las ciencias del espíritu, dentro de las que se inserta la reconstrucción historiográfica, en cuya área resulta impensable la adquisición de una seguridad excluyente de toda duda; lo que determina que la demostración científico natural, no supone una certeza matemática y una verificabilidad excluyente de la posibilidad de lo contrario, sino simplemente la obtención de una certidumbre subjetiva.[129]

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

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

Sin embargo, se puede observar esta tesis al no decir cuáles son los límites de tal apreciación subjetiva, que evite pronunciamientos jurisdiccionales sesgados. En efecto, no es suficiente afirmar que en la

omisión no hay una ley causal aplicable, sino que es necesario establecer los criterios nomológicos por los cuales se elimina la presunción de inocencia.

2.1.2.6 LA TEORIA DE LA LEY CAUSAL ESTADISTICA: TESIS DE GÓMEZ BENITEZ

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

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

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

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

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

seguridad que el medicamento o el aceite en cuestión eran los que realmente habían causado el daño en la salud de las víctimas.

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

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

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

2.1.2.7 LA CAUSALIDAD HIPOTÉTICA

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

En efecto, para la causalidad hipotética se debe indagar por la posibilidad fáctica o capacidad abstracta que tuvo el sujeto de evitar el resultado, es decir, si la acción se hubiera ejecutado, se da por seguro, o por

lo menos, como muy probable que el resultado no se hubiera producido.[136] En la omisión, para esta teoría, lo decisivo no es la existencia efectiva de una relación causal entre la omisión y el resultado, sino únicamente la virtualidad causal de la acción que hubiera debido realizarse para evitarlo, ya que hubiera concurrido en el caso hipotético de que hubiera podido evitar el resultado.[137]

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

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

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

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

En efecto, la teoría de la causalidad hipotética nos lleva a operar no con juicios de necesidad causal, sino con juicios de probabilidad. En este sentido, si se dice que la acción esperada hubiera impedido con probabilidad rayana en certidumbre el resultado típico, es afirmar simultáneamente en un

porcentaje, aunque mínimo 1 % en los que la acción esperada no hubiese impedido el resultado, y aun así se condena por el delito de resultado cometido, por ejemplo, en comisión por omisión.[141]

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

2.1.2.8 TOMA DE POSICIÓN

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

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

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

De esta forma, Luden, en el marco de la omisión impropia, señala que: La omisión de una conducta que hubiere evitado el resultado es idéntica, en el plano causal, a la causación del mismo a través de una conducta activa por lo que, lógicamente, ha de estar comprendida junto con ésta en la misma normé! de la Parte Especial de la que directamente, sin necesidad de la existencia de un deber jurídico especial, se deriva su equiparación punitiva a

fa comisión. 147 Se aprecia, por tanto, que la tesis causal de la omisión de Luden se basa en la conducta positiva coetánea o alternativa realizada por el sujeto.

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

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

Así, la idea de BINDING para quien en una acción previa engendra la necesidad de actuar posteriormente, por lo que la omisión sólo debía ser apreciada como una parte dé la ejecución de la acción prohibida. La acción previa impide y promueve el peligro al mismo tiempo, conduciendo así a la aceptación de la garantía, pero en el momento decisivo el sujeto que ha tomado sobre si la función garantizadora, voluntariamente no actúa. Esa decisión del sujeto de no detener una causación puesta en marcha por él mismo, es lo que posibilitaría la causación por la llamada omisión.

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

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

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

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

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

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

Ante tal situación, Merkel, sostuvo que es necesario que en el momento de llevar a cabo la acción precedente, le fuera previsible a-quien después omite el advenimiento del resultado típico así como el completo curso causal que en él desemboca.[152]

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

Por lo indicado, la tesis del actuar precedente se le debe observar, dado que, tampoco este criterio pudo prevalecer, ya que hay casos en los que no existe un obrar previo (ej.: la madre, que habiendo quedado embarazada en estado de inconsciencia, deja morir de hambre a su hijo).

Pero más decisivo fue que la pretensión de fundamentar la existencia de causalidad fáctica en la comisión por omisión sobre la base del comportamiento previo del autor, nunca pudo superar el problema insalvable del dolo subsequens.

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

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

Por su parte, Villa Stein, al precisar que no es pacífico lo referente al tema que nos ocupa, centra como la "regla jurídica madre" a la figura de la posición de garante. Para Peña Cabrera, en los delitos de omisión (impropia) no cabe el nexo de causalidad, sino la imputación objetiva aplicable entre el comportamiento omisivo y el resultado producido.[157]

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

Luego de revisada la opinión de la doctrina peruana se deduce que aún un sector de la doctrina nacional prefiere trabajar con la causalidad hipotética; sin embargo, cabe recordar, que dicho nexo claramente imaginario resulta imposible afirmar con certeza si una omisión fue o no causa de un resultado que en realidad no ocurrió,

puesto que un vínculo entre dos acontecimientos que solo hipotética mente hubiera podido ocurrir no pasa de ser una hipótesis más.

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

El citado jurista, influenciado por el aporte de Bunge, según el cual el

principio de causalidad integra el principio del determini~mo universal, pero no lo agota,[160] deduce que, la causalidad es sólo una entre muchas categorías de determinación, ni más ni menos importante que las otras. 161 Cada una de esas categorías, entre las que cabe destacar -:-además de la causal - a la determinación estadística y la teleológica,162 tiene su propio ámbito de aplicación y sus propias leyes, y se rige por sus propios principios.

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

Para Pérez Barberá, la acción que se señala como omitida hubiese podido evitar el resultado es una cuestión que, como desde siempre lo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia - aunque sin extraer de ello las consecuencias pertinentes, sólo puede determinarse estadísticamente. - Fórmulas como las de "probabilidad rayana en la certeza" muestran esto con toda claridad.

Es cierto - afirma el autor - que tales fórmulas resultan insatisfactorias dentro de un marco teórico causal, pero pueden tener gran poder explicativo si se las presenta, como corresponde, dentro de un contexto teórico conformado excluyentemente por leyes estadísticas, Y se las comprende conforme al concepto de certeza estadística desarrollado más arriba. Concluye pues el autor, que la problemática de la omisión pertenece, pues, a la clase de los "ámbitos determinados estadísticamente", Y sólo merece un tratamiento aparte por sus especiales características.

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

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

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

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

En consecuencia, y aplicando a la omisión (propia y especialmente la impropia) reglas que rigen para el. delito de acción, la probabilidad rayana en la seguridad de que la acción omitida hubiera evitado el resultado, no puede servir de base para imputar éste al omitente: el marido que no solicita atención médica para la mujer que está sufriendo una peritonitis, no puede ser hecho responsable de ese resultado, ya que con su inactividad "sólo" ha elevado el nesga de muerte, pero no se puede decir que ésta sea reconducible a aquella omisión, en cuanto que hay muchas personas que, una vez declarada la enfermedad, fallecen no obstante por mu~ rápido y acertado que sea el tratamiento médico al que se las somete.

Y lo mismo rige incluso para enfermedades menos (o mucho menos) graves en las que la actitud pasiva del cónyuge mantiene la situación de ausencia de tratamiento médico, porque teniendo en cuenta que el proceso causal hipotético que hubiera puesto en marcha la acción omitida no llegó a desencadenarse, por ello nunca .!lodremos . descartar con seguridad - sino sólo con un juicio de probabilidad - que no hubieran surgido entonces incidentes imprevistos -no llegada a tiempo de la .ambulancia o posterior avería de ésta, tratamiento médico inadecuado, etc.- que hubieran impedido la curación de la enferma leve: también aquí, por consiguiente, nos encontramos con una probabilidad (ciertamente, mucho más elevada) de

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

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

Por otro lado, está la posición de Hurtado Pozo, para quien la causalidad no es una cuestión perteneciente al ámbito de la naturaleza de las cosas, sino que corresponde al dominio normativo y que consiste en determinar bajo qué condiciones un resultado puede ser imputado al autor de un comportamiento determinado.[168] En ese orden de ideas, considera que una omisión no puede tener efectos en el .sentido de las leyes de la naturaleza (ex nihil nihil fít); por lo que, resulta más conveniente hablar de una relación de tipo normativo entre el comportamiento n9 ejecutado y la producción del resultado, cuya realización trata de ser evitada mediante el tipo legal.[169]

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

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

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

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

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

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

Por ende, al eliminar el elemento de causalidad en la omisión, no se está restando de seguridad jurídica a los ciudadanos de las consecuencias que los operadores pueden extraer de la omisión, si es que se emplean, como se postula en esta investigación, las reglas de la imputación objetiva. Aún hoy en día y pese a que las ciencias sociológicas e incluso físicas han abandonado definitivamente el dogma causal, la teoría del delito no ha

logrado desprenderse de él, perdiéndose de vista que lo que pretende explicar es la forma de conexión que reviste la vinculación (acción y omisión) entre los sujetos de una relación social dada con el tipo y esto es completamente independiente de la pretendida problemática de la causalidad.[177]

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

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

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

Es sabido que, en los delitos de omisión impropia, los que consideran su análisis a través de la causalidad hipotética, también consideran que es necesario que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de su cargo o profesión. Esta obligación especial, convierte al sujeto en garante de que no se produzca el resultado, de ahí el nombre con el que suele denominarse doctrinalmente: posición de garante.[181][182]

Sin embargo, también se considera que en los delitos de omisión propia, el círculo de los posibles sujetos activos está restringido por el tipo legal a aquellos sujetos que tenían el deber de realizar la acción omitida.[183] La diferencia, por tanto, operaría, que en los delitos puros de omisión, la

calidad de sujeto activo se deduce directamente del tipo legal; en cambio, en los de omisión impropias hay que acudir a la totalidad del ordenamiento jurídico.

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

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

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

2.1.3.1 LAS FUENTES FORMALES DE LA POSICIÓN DE GARANTE

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

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

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

que implicaran la infracción de un determinado deber de actuar deberían ser típicas.

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

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

2.1.3.1.1 LA LEY

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

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

En cambio, el resto de los ciudadanos no garantes, que no tienen la

obligación especial extrapenal de garantizar la vida de determinadas personas, sino sólo la obligación general jurídico - penal que nos afecta a todos de socorrer a cualquier ser humano, responderían, si no interviniesen, únicamente por delitos de omisión propia. [194]

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

2.1.3.1.2 EL CONTRATO

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

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

2.1.3.1.3 EL ACTUAR PRECEDENTE

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

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

Frente a ello, se ha indicado que el inicio de la teoría de las fuentes formales de la posición de garante se debe a Feurbach;[201] sin embargo, éste sólo consideró a la ley y al contrato como fuentes que originan la obligación de actuar; la incorporación de los casos de injerencia es posterior, y sólo pudo encontrar un fundamento que permitiera afirmar su equivalencia con la acción mediante la teoría de la causalidad de la acción ejecutada en lugar de la omitida de Luden, pues ésta afirmaba que la acción positiva realizada en lugar de la impuesta por el orden jurídico era la causa del resultado (teoría de la aliud 3gem). La tesis de Luden fue generalmente rechazada: resultaba evidente que si la otra acción era suprimida mentalmente, según la fórmula de la conditio sine qua non, el resultado se hubiera producido de todos modos. A partir de entonces el problema de los casos de injerencia no encontró ninguna solución plausible en el marco de la teoría formal de las fuentes del deber. [202]

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

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

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

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

2.1.3.1.4 CRITICA A LAS FUENTES FORMALES DE LA POSICIÓN DE GARANTE

A las fuentes formales se les critica porque la mera infracción del deber jurídico de actuar (antijuridicidad formal) impuesta por una ley o un contrato no sl1pone automáticamente la contrariedad a Derecho de la omisión si no va acompañada de la afección de un interés jurídico - penalmente protegido (antijuridicidad material). Así, el deber legal de alimentar a un hijo no expresa todavía el deber de garantía, que propiamente se fundamenta en la estrecha vinculación personal y de dependencia existente entre el obligado y la persona a su cuidado.[206]

Por otro lado, se considera como debilidad de esta construcción su excesiva indeterminación como consecuentemente por su escasa fidelidad al principio de legalidad, lo que se evidencia al analizar las fuentes tradicionales de la posición de garante. [207] Es inadmisible que se pretenda salvar la legalidad penal con el deber de emerger de otras leyes, como puede ser la civil: incumplimiento de un contrato no es materia del Código Penal, sino que constituye un injusto civil y nada autoriza a convertirlo en penal en ausencia e un tipo escrito; igualmente, la violación a un deber impuesto por el derecho de familia tiene sus sanciones reguladas en ese mismo derecho y, 16m ausencia e tipo legal, no es admisible la construcción judicial de un tipo para imponer una pena, cuando lo único legal sea un divorcio por injuria o la ,exclusión hereditaria, con su consecuente efecto patrimonial. [208]

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

Otra crítica es que la teoría formal es demasiada unilateral, conduciendo que la calidad de posición de garante se desligue en su referencia con el bien

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

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

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

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

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

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

c) Lo que considera más grave, son los casos de injerencia, por un lado debido a que estos se postulaba sobre la base del derecho ~onsuetudinario, así como por la dificultad e imprecisión para describir los requisitos que debía reunir el hecho previo, ya que no resl.,lltaba suficiente ql,Je este hubiere generado una

situación de peligro, sino que incluso ¡judo haber sido consecuencia de un comportamiento ajustado a derecho.

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

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

2.1.3.2 LAS FUENTES FUNCIONALES DE LA POSICIÓN DE GARANTE

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

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

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

Sin embargo, resalta la teoría de las funciones de KAUFMANN, que en 1959, propuso la división de las posiciones de garantía en función de las tareas que se esperan de quien en una de ellas se encuentra colocada. En ese sentido, dedujo que el fundamento está dado por la necesidad de evitar la lesión de

determinados bienes jurídicos. De manera que la posición de garante se constituye en una posición de protección o de defensa de un bien jurídico. Esta posición es en la actualidad mayoritaria mente aceptada, por lo que, constituirá el núcleo del presente punto que a continuación se va a desarrollar. Por otro' lado, la tesis de Kaufmann es la aceptada mayoritariamente por la doctrina, al plantear que la calidad de garante debe estar remarcada por una exigibilidad de evitar el resultado derivada de una determinada relación jurídica entre el sujeto obligado con el bien jurídico protegido; relación que puede traducirse, por un lado, de protección de bienes jurídicos, y por el otro lado, de vigilancia de aquellas fuentes de peligro para los bienes jurídicos; a continuación, se analizarán ambas fuentes.

2.1.3.2.1 FUENTES DE PROTECCIÓN DE BIENES JURIDICOS

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

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

a doctrina dominante entiende que la posición de garante con fundamento familiar debe extenderse más allá de lo que dispone el Código Civil, y, sobre la base de la estrecha relación vital ylo de la comunidad de vivienda, extiende la obligación extrapenal de actuar y, consiguientemente, la posición de garante por la integridad de los bienes jurídicos amenazados, a los padres respecto de sus hijos emancipados y viceversa, a cualquier ascendiente respecto de· sus descendientes y viceversa, a los hermanos entre sí, e incluso a parientes más lejanos.[216]

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

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

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

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

2.1.3.2.2 FUENTES DE VIGILANCIA DE FUENTES DE PELIGRO PARA BIENES JURIDICOS

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

A. Se tiene. al actuar precedente o injerencia, es decir, quien con su hacer activo ha dado Jugar al peligro inminente de un resultado típico, tiene obligación de impedir la producción de un resultado; es decir, la injerencia supone la creación de un riesgo para el bien jurídico, en virtud de la que se obtiene una obligación específica de impedir el resultado lesivo.[221] Por ejemplo, quien enciende una hoguera y, no apagándola adecuadamente, no evita que se produzca un incendio forestal.Asimismo, se exige que, los peligros emanados de un hecho anterior del omitente la posición de garante sólo deba admitirse cuando los peligros generados por el comportamiento previo hayan sido previsibles y evitables en el momento de la realización de la acción que originó el peligro. [222]

Además, otro elemento configurador de la injerencia está dado por la exigencia que el hecho anterior sea contrario a deber (esto es, quien está amparado por una causal de justificación o por el riesgo permiti90 no puede surgir una posición de garante por injerencia) y que origine directamente el resultado típico.[223]

Sin embargo, hay una posición doctrinal que considera que el comportamiento precedente tiene que ser lícito, dado que, si el comportamiento precedente pudiera ser antijurídico, no sería posible afirmar que el sujeto asume el deber de controlar la fuente de peligro, toda

vez que el riesgo de dicha fuente sería ya típico; es decir, si el comportamiento precedente fuera ilícito, el sujeto tendría que ser sancionado ya por realizar el comportamiento precedente, y no habría necesidad de esperar nada más.[224]

En suma, hasta hoy el principio de la injerencia no ha logrado una formulación del todo satisfactoria, manteniéndose los puntos c9ntrovertidos señalados anteriormente.

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

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

2.1.3.2.3 CRÍTICA A LAS FUENTES FUNCIONALES DE LA POSICIÓN DE GARANTE

Como se ha indicado, la teoría de la posición de garante clásica, que en un sentido genérico menciona como fuentes jurídicas de los deberes de garante la ley, el contrato y la injerencia, deja en suspenso el fundamento material de la responsabilidad y tiene a lo sumo un rendimiento nemotécnico.

También la distinción funcional entre deber de garante del protector, que apunta a la tutela de un bien jurídico frente a los peligros externos que le amenazan, y deber de garante del vigilante, que tiene como contenido el aseguramiento de una fuente de peligro a favor de todos los bienes jurídicos situados fuera de la fuente de peligro, tampoco desvela el fundamento de la responsabilidad, sino que sólo caracteriza el contenido del deber con mayor detalle.

Si bien la teoría de las fuentes funcionales permite fundamentar la existencia de una posición de garante en la relación funcional materialmente

existente entre el sujeto y el bien jurídico, siguen sin estar claros los criterios que hacen surgir esa relación funcional, esto es, no explica suficientemente el origen de las funciones de protección y de control que se atribuyen al garante.

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

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

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

2.1.3.3 TOMA DE POSICIÓN

Pese a lo indicado a lo largo de este punto, la doctrina mayoritaria considera a la posición de garante como un elemento exclusivo y excluyente del tipo de omisión impropia, el cual, genera las siguientes consideraciones:

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

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

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

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

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

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

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

En relación con los conceptos que detienen los delitos especiales como una restricción del círculo de posibles autores del delito por medio de una serie de elementos exigidos por el tipo, pueden ser formuladas, a su vez, dos observaciones: una primera, referida al objeto de la restricción contenida por los delitos especiales; una segunda, referida a los elementos legales por medio de los cuales se practica la referida restricción. En lo referente a la observación relativa al objeto de la restricción operada por la ley en los delitos especiales, es preciso señalar que la mayor parte de las definiciones de delito especial que se

incluyen en la clase de definiciones que ahora nos ocupan se caracterizan por atribuirles una restricción del círculo de autores o sujetos activos del delito.

Por lo que respecta a la segunda observación, referida a los elementos por medio de los que la ley procede a restringir el ámbito de los autores del delito, es obligado señalar que las definiciones que nos ocupan no permiten todavía arrojar luz alguna sobre la discusión doctrinal existente especialmente en Alemania en torno a la naturaleza de estos elementos; esto es, la cuestión relativa si se trata de elementos de naturaleza normativa o bien de naturaleza ontológica, elementos objetivos o elementos personales, elementos de autoría o elementos de la acción, o elementos que afectan al injusto típico, a la culpabilidad, a la punibilidad, al merecimiento de pena, o a cuestiones más generales :!e Política Criminal.[230]

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

Al especto. como indica Gómez Martín, no es correcto concebir los binomios comisión-omisión, autoría-participación y tentativa-consumación como meras "formas especiales de aparición del delito",

Así, la distinción entre tipas de acción y tipos de omisión expresa las dos distintas modalidades que puede presentar el tipo legal dependiendo de Su estructura y de su significado normativo; la distinción entre tipos de autoría y tipos de participación representa las dos distintas clases de tipos a partir de la posición de sus sujetos, del mismo modo que puede decirse que el sujeto que participa en el hecho típico y antijurídico ejecutado por el autor comete también delito al realizar el tipo de participación en el tipo de autoría principal, por último, la distinción entre tentativa y consumación de un delito tampoco son únicamente de manifiesto la existencia de distintos grados de ejecución que puede cometerse un delito.

Volviendo al tema que nos ocupa, antes de plantear nuestra opinión sobre esta primera cuestión, planteamos el siguiente ejemplo: X es un funcionario de una represa; es el encargado de observar que el fluido del agua proveniente de un río caudaloso presente un nivel adecuado (esto es, que no origine la ruptura de los muros de contención de la represa). Sin embargo, como es temporada de lluvias, el caudal del río aumenta, se desborda, y el nivel del agua aumenta a niveles catastróficos. Frente a ello, X, descuidadamente, omite

jalar la palanca 1 (que abre los muros de la represa y canaliza el exceso de agua a una laguna artificial), y por el contrario, jala la palanca 2, la cual, no genera ninguna medida de seguridad ante tal evento catastrófico, originando que los muros de la represa ceda ante la presión del agua, y que la misma se dirija a una comarca, conllevando la muerte de algunos pobladores.

Un segundo ejemplo: Juan tiene la intención de matar a Pedro. Para ello, ha puesto dos cargas de dinamita en zonas diferentes de la casa de Pedro, pero cada una es suficiente para destruir la referida vivienda. Juan, decidiendo omitir presionar el detonador N° 01, presiona el N° 02, destruyéndose la casa de Pedro y muriendo éste.

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

Sin embargo, ¿acaso será relevante determinar si la responsabilidad de estos sujetos se debió a la omisión de una determinada conducta (de jalar la palanca N° 01 o de presionar el detonador N° 01), o bien, por la realización de una determinada acción (de jalar la palanca N° 02 o de presionar el detonador N° 02)? Al respecto, la respuesta debe partir en la consideración que, para la subsunción del comportamiento en el tipo penal correspondiente, su definición debe surgir si bajo ellos cae un actuar o un omitir, o ambos; y, en los tipos de homicidio configurables en los casos antes mencionados, es factible, mediante un sentido empírico, así como, normativo, que tanto el actuar como el omitir, estos tipos penales se configuren: por lo que, es intrascendente averiguar si, en los ejemplos mencionados, fue la omisión de algo o la realización de algo o el concurso de ambos, lo que originó la afectación del bien jurídico; basta con determinar el riesgo típico creado por el sujeto que se manifestó en el resultado.

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

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

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

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

En efecto, no se pueden tener expectativas respecto de meros individuos que ni son conocidos personalmente por los otros miembros de la sociedad, ni quieren serlo; puesto que, el Derecho penal, por el contrario, desea garantizar también contactos sociales anónimos, las expectativas no van referidas a individuos entre sí, sino a individuos en su rol en sociedad y recogidos en el tipo penal. Así pues, las expectativas normativas son identificadas con determinados roles normativos.

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

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

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

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

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

UNIVERSIDAD NACIONAL DE UCAYALI
BIBLIOTECA

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

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

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

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

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

Frente a ello, en la medida en que la realización activa de un delito y la comisión por omisión son idénticas, y que en ambos supuestos el sujeto activo ha de haber creado el riesgo típico, resulta lógico pensar que si para la realización de un delito de resultado mediante un hacer no se requiere posición de garante alguna, ésta tampoco S8' ha de exigir para su comisión por omisión.[237] La persona responsable que con su comportamiento activo (por

ejemplo; disparar contra el enemigo) crea un riesgo y produce un resultado lesivo (muerte del enemigo), responde por el resultado porque asume las consecuencias de su comportamiento.[238] Lo mismo vale para la omisión impropia: *el responsable que con su comportamiento omisivo crea un riesgo típico, responde por el resultado porque asume las consecuencias de* su *comportamiento, no necesitando establecer si el sujeto tuvo o no una relación especial con el bien jurídico.*

Por tanto, *la imputación objetiva cumple un rol principal tanto en la comisión como en la omisión,* esto es, *como el juicio normativo valorativo tendiente a la determinación de la presencia de un riesgo típica* y su *realización en el resultado establecido en el tipo penal correspondiente.*

Así, para la realización activa de un delito de resultado como para su omisión impropia, es necesario pues que el sujeto haya asumido las consecuencias de su comportamiento. En los delitos de resultado que se perpetran de manera activa ello pasa normalmente desapercibido, ya que la *exteriorización* del comportamiento activo (disparar, empujar, atropellar, etc.) permite" que podamos percatamos que el sujeto crea el riesgo típico que permite se le impute el resultado. En la omisión impropia, por el contrario, resulta un tanto más fácil advertir este principio, en tanto que la no realización de la acción esperada / debida presupone claramente que el sujeto debió actuar de una manera determinada.[239]

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

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

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

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

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

Al respecto, cabe recordar que al estar la omisión impropia contenida en

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

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

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

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

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

No obstante, este criterio presenta un contenido difuso, similar a las antiguas fórmulas como: *proximidad social, dependencia* o *rol social,* todos ellos ontológicos, como el propio de Schunemann. En efecto, la equiparación no- es, como quiere Schunemann, una cuestión ontológica que puede ser resuelta en el terreno de la naturaleza de las cosas, sino una cuestión enteramente normativa,[245]

Similar posición a la de Schunemann es mantenida por GRACIA MARTIN, para quien el problema de la identidad radica en primer término en la "situación *típica"* y, más concretamente, en la posición en que se encuentre el sujeto con respecto a ella, Sólo si dicha posición es idéntica a la que adopta el sujeto cuando realiza la acción *típica* cabrá afirmar que el resultado que se produzca satisface el contenido del valor *específico* del resultado. Una fijación

de criterios determinantes de la identidad con pretensiones de validez desde el punto de vista del principio de legalidad y del contenido de lo injusto y, por ello, de la posibilidad de subsunción directa de la omisión en el tipo sólo puede alcanzarse si no se violentan las siguientes premisas metodológicas. La primera es que no se trata de buscar una identidad entre acción y omisión, es decir: una identidad en la esfera-'ontológica, porque las dos formas de comportamiento son ontológicamente diversas. De lo que se trata es de fijar una identidad entre acción y omisión *típicas,* es decir: una identidad valorativa, normativa, que ha de ser fijada en la esfera del *tipo de lo injusto.* Ahora bien, y esta es la segunda premisa, como las posibilidades de valoración de un objeto están condicionadas y predeterminadas por sus propiedades ónticas, una identidad normativa entre acción y omisión sólo podrá establecerse a partir de la determinación del sustrato *ontológico* de la omisión con respecto al que sea posible deducir, en la esfera normativa, la *tipicidad* de la omisión. *Ontológicamente* la omisión es la no realización de una acción *finalista* determinada por quien tenía capacidad de realizarla en la situación concreta.[246]

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

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

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

Por otro lado, la misma realidad fenomenológica, en la que se basan los representantes de esta posición de la relación de dominio, denota que, el dominio del riesgo típico no reside en la formalidad del *status,* sino que es material, y se basa en la función que realiza el sujeto frente a los bienes

jurídicos.[247] Obviamente, el ejercicio de estas funciones se manifiesta *positivamente,* esto es, mediante acciones, las cuales, por conexión lógica, implican la abstención de otros comportamientos.

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

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

No se pretende decir que basta la infracción de un deber (máxime si consideramos la no existencia de un deber especial, exclusivo y excluyente en la omisión impropia, como es la posición de garante), sino la valoración de las consecuencias realizadas por el comportamiento de un sujeto; esto es, que el objeto del juicio normativo (imputación objetiva) es lo sucedido en la realidad (material empírico), con la salvedad que, la omisión *per* se es normativa, y el plano de lo normativo no puede confundirse con el plano de lo empírico.
En suma, la idea del *dominio,* ya sea como criterio identificador de posiciones de garantía (Schunemann), así como, elemento que pretende la equivalencia entre la acción y la omisión (Gracia), no es adecuado, dado que, no concuerda con el carácter normativo de la omisión. Asimismo, la sola idea de *dominio* no es un fundamento idóneo ni siquiera para la comisión, cuando se le desconecta de los deberes genéricos de toda persona; como indica Jakobs: *el dominio sin competencia no* es *de interés ni jurídico - penalmente ni en los demás aspectos de la vida social. Cuando no existe un deber del último de ocuparse de las consecuencias, un conocimiento que a pesar de ello concurra sólo puede ser un conocimiento causal, especial. que coloca al último en exactamente la misma posición que cualquiera tiene en caso de disponer conocimientos causales.*[248]

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

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

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

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

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

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

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

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

Esta toma de posición, origina las siguientes consecuencias:

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

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

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

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

2.2 LA OMISIÓN ESTUDIADA DESDE EL NORMATIVISMO

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

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

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

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

No obstante, es habitual hablar que determinado hecho se omitió, porque aquel sujeto que pronuncia tal enunciado, lo realiza desde una determinada perspectiva.

Ejemplo: Los padres de familia, desde la perspectiva de educadores de su hijo, enunciarán que el mismo omitió estudiar para el examen de matemáticas, porque sus notas así los revelan, o, porque lo vieron jugando todo el día, o, porque sufrió un accidente que originó que fuese al hospital de emergencia, etc.

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

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

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

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

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

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

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

2.2.1.1 CONCEPCIONES POSITIVAS

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

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

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

Se le critica a esta concepción el hecho que, lo único verdaderamente positivo en la omisión sería el ejercicio de voluntad, es decir, un fenómeno interno; la omisión en sí constituiría, en lo externo, algo meramente negativo. Si bien, para esta posición, la positividad de la omisión se halla en la toma de posición del hombre frente a la sociedad, sigue siendo su contenido un *no hacer algo;* esto es, la expresión, en un sentido negativo, de lo que el entorno le exige al sujeto. Por tanto, desde una perspectiva ontológica, la omisión no presenta un

contenido positivo, sino una *negatívidad transitiva: no hacer algo;* pero que, es determinado no por lo que uno aprecia del mundo del ser, sino de la adopción de un punto de vista: la identidad normativa de la sociedad expresada en el tipo penal.

El segundo grupo de teorías postula que siendo la omisión un no hacer algo posible y esperado, la idea de la expectativa se muestra como la única posibilidad de atribución de un contenido de sentido al concepto de omisión; [255] siendo el elemento central: la *expectativa,* para que de lugar a una omisión en sentido jurídico penal. Sin embargo la discusión reina en que, basta la defraudación de cualquier expectativa, o bien, que debe infringirse una expectativa de base normativa - social, o solamente debe ser una expectativa jurídica, o una expectativa jurídica - penal, o, finalmente, la defraudación debe ser de la expectativa recogida en el tipo penal.

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

No es posible aceptar la tesis que sostiene que el-concepto penal de omisión se configura en base a la defraudación de una expectativa de naturaleza prejurídica, pues un mero examen superficial demuestra que el ordenamiento jurídico penal está en condiciones de crear omisiones que no lo son desde otros puntos de vista (ej.: sociales).

En consecuencia, el enjuiciamiento social de algo como omisión no prejuzga la visión penal del tema.[256]

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

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

A. TESIS DE BACIGALUPO ZAPATER

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

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

La primera, representada por sU investigación realizada en 1969 y publicada en 1970, partió desde el método ontológico del finalismo, el cual, se refería a las cosas tal como son. En el contexto de la teoría finalista, se entiendo que ontología significaba considerar que el ser de la acción humana era el definido por las ciencias de la acción humana, El ontolog^{ismo} de Welzel, por otra parte, se debe completar con una premisa metodológica basica: las normas, con su valoración de la acción, no transfo!11lan el ser de ésta, por lo que no puede haber un concepto "juridico" de acción distinto del concepto de la acción de las ciencias especificas. Este punto central en el pensamiento de Welzel desde el principio, fue desarrollado especialmente en la polémica con Mezger.

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

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

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

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

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

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

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

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

Así, Bacigalupo afirma que los delitos -impropios de omisión son aquellos en los que el mandato de acción requiere evitar un resultado que pertenece a un delito de comisión y son, por lo tanto, equivalentes a los delitos de comisión. Los

delitos propios de omisión, sólo requiere la realización de una acción, y su punibilidad no depende de la existencia de un delito activo.[264]

Asimismo, el tema de la posición de garante ya no es una cuestión de la autoría en la omisión impropia (como en la primera etapa de su pensamiento), sino que es una base firme de la equivalencia entre la realización activa del tipo y la omisión del cumplimiento de los deberes que emergen, precisamente, de la posición de garante. Así, esta posición surge de dos maneras: (1) de la libertad de organización del sujeto; o (2) de la posición institucional del sujeto; siendo el caso que, a través de estas dos formas el sujeto, también, puede configurar los tipos de comisión.[265]

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

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

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

En suma, la actual posición de Bacigalupo conjuga, por un lado, el carácter *positivo* de la omisión desde la perspectiva del tipo penal, y por el otro lado, la dicotomía de delitos realizada por Jakobs. En efecto, JAKOBS

distingue entre dos clases de delitos: los delitos de *"responsabiUdad por competencia por organización" ("Haftung kraft Organisationszustandigkeif)*, que consisten en delitos en que el deber de la norma correspondiente regula por completo la relación del autor con el objeto de protección; y los "delitos de *responsabilidad por competencia institucionaf' ("Haftung kraft institutione/ler Zustandigkeit')*, en los que el deber se limita a asegurar' penalmente una-- - relación ya existente con independencia del deber. Originando que, si los deberes de garantía se originan en ambas modalidades delictivas, entonces, tanto en la comisión como en la omisión (que se configuran tanto en los delitos organizacionales, así como, en los delitos por posición institucional) se podrá hablar de *posición de garante.* Sin embargo, más adelante, se indicará la posición de Jakobs que ha tantos juristas ha influenciado.

B. TESIS DE SILVA SÁNCHEZ

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

En ese orden de ideas, Silva Sánchez considera que lo decisivo en los tipos de omisión es la obtención de *prestaciones positivas* de unos individuos a favor de otros con el fin de mejorar o potenciar situaciones jurídicas. Así, el concepto de omisión se vincula a la existencia de un contenido material prescriptivo de prestación positiva.[27o]

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

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

Sin embargo. Situación compleja es la comisión por omisión, dado que, para Silva Sánchez, es comisión y es omisión. Se distingue de la comisión activa porque en ella no hay una creación activa (por vía causal efici~nte) de riesgo. A la vez, se distingue de la omisión pura porque en ella, de modo previo, se adquiere voluntariamente UA- *compromiso de aetuar* a *modo de barrera de contención de riesgos concretos que amenazan* a *bienes jurídicos específicos.* Dicho compromiso produce un efecto de confianza y "abandono", tanto en los potenciales afectados como en terceros potenciales intervinientes. De este modo, si luego se incumple el compromiso de contención dejando que el riesgo se haga actual y se realice en el resultado, se tiene un *dominio de dicho riesgo,* un control del proceso lesivo, que es normativa mente idéntico al de la comisión activa, pese a no haber en la conducta del sujeto causalidad en relación con el resultado *(identidad estructural y materia~en el plano normativo).273*

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

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

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

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

El compromiso de actuar como <;barrera de contención, para Silva Sánchez, revela así un doble aspecto: por un lado, de reducción de peligro (en la medida que asume el control); por otro, de aumento de peligro, en la medida en que se da la base para que no surjan (o decaigan~ otros intentos de contención del riesgo, que pasan a estimarse innecesarios.[2] 8

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

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

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

En ese orden de ideas, para el jurista español, estas reglas deben de partir del compromiso voluntario que la persona asume para la protección del bien jurídico.

2.2.1.2 TESIS DE JAKOBS

Como se sabe, la concepción de Jakobs se inserta en la denominada corriente del funcionalismo sociológico, el cual, precisa que en una sociedad tan compleja como la actual, el Derecho penal no pretende sino ser un medio a través del cual sean posibles las relaciones sociales; y en ese sentido, como sistema regular de la existencia de *personas* que es, impone como deber principal a cada uno de sus miembros *no dañar a-otra persona.* Dicho deber

. _denominado por Jakobs *relación negativa* lleva implícito a su vez una. *relación positiva,* pues significa reconocer al otro como persona.
Ahora bien, la responsabilidad del autor puede producirse - por una violación de los *deberes negativos* o por haberse infringido *deberes positivos.* En el primer supuesto el autor responde por haber producido *un empeoramiento de la situación de* ottos. Es decir que en estos casos si no hubiera existido el autor, la víctima no hubiera resultado afectada (un peatón cruza la calle y es embestido por un conductor ebrio, o simplemente negligente). Se habla aquí de los llamados *deberes negativos.*[282]

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

En ese orden de ideas, para Jakobs, no es relevante que el delito sea cometido por violación de un mandato o una prohibición, es decir, por omisión o por comisión; el fundamento último de ambas se explica en que el autor tiene a su cargo un ámbito de organización, Y si quiere ser libre dentro de él, debe responder por las consecuencias dañosas que genere; es decir: *libertad de organizar versUS responsabilidad por las consecuencias.* Afirma, que vivimos en una sociedad libre y organizada que reconoce y protege los derechos de sus miembros, pero como contrapartida, se impone a los mismos e! deber de responder por las consecuencias lesivas derivadas de,,?u actuar, siempre que dicho resultado penalmente reprobado sea individualmente evitable en la razón

determinante de dicho resultado, estableciendo lo que es o no determinante por un sistema social (y no físico natural, o meram,ente final) de interpretación. Así, *lo relevante para el Derecho penal no* es cómo se *realiza la conducta (si* es *activa* o *pasiva) sino el deber jurídico que* se *infringe (deberes negativos* o deberes *positivos).284*

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

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

Aclarado este punto, ahora se precisará como operan los *deberes en virtud de responsabíJidad por organización.* Para comprender lo que se entiende por organización, hay que considerar que cada individuo goza de un marco jurídico para obrar y realizar sus intereses. El aspecto esencial de esta libertad consiste en que cuando uno actúa tiene la obligación de organizarse de manera que garantice los intereses de terceros y de la comunidad no sean

dañados o puestos en peligro. De esta organización del espacio personal de actuar se deriva la responsabilidad de no aumentar los riesgos para los bienes jurídicos de terceros.

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

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

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

Estos dos primeros tipos de deberes se diferencian, para Jakobs, porque en el primer caso, el ámbito de organización se determina a través de

cosas o comportamiento; en cambio, en el segundo caso, se da a través de las consecuencias de la relación con cosas o del comportamiento, es decir, de los resultados delictivos potenciales.

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

Si es así, entonces en el primer momento, la persona *deberá asegurar* que las cosas o las conductas - cuando sean usadas o realizadas - no materialicen el peligro insito que llevan en daños a terceros. En cambio, en el segundo momento.

Entonces, se puede concluir que los deberes de salvamento se dan en el caso de injerencia; por lo que sería equivocada la ubicación que Jakobs le da a esta figura en el marco de los deberes de aseguramiento.

Sin embargo, Jakobs justifica su posición, en el sentido que, el deber de salvamento por injerencia es materialmente un deber de aseguramiento, esto es, un deber negativo: *retirar, en la medida de lo posible, los efectos de la usurpación en la esfera de libertad ajena.*[289] Si *ello* es *así, entonces Jakobs estaría vaciando de contenido a los deberes de salvación, convirtiendo* a *su modelo de deberes por organización en un esquema monista.-*

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

Ante lo señalado, se aprecia que *en* los deberes *en* virtud de responsabilidad por organización son *deberes negativos.* Es decir,son deberes que exigen que la persona *revoque su usurpación de una organización ajena.* y estos deberes negativos recaen en cualquier persona, _ esto es, *todos deben retirar su organización cuando el estado actual de ésta amenace con lesionar* a *otros.* _ Por lo tanto, la *negatividad* se entiende, en el sentido de: que los efectos

generados por la manera en como organice mi conducta NO dañe esferas de libertad ajenas; y para lograr ello, pueden emplear acciones u omisiones. Acciones, en el sentido de hacer algo para que no se dañe la esfera de libertad ajena. Omisiones, en el sentido de abstenerse de proseguir su comportamiento, cuando está próxima a dañar la esfera de libertad de otra persona. Asimismo, mediante acciones u omisiones, la forma como la persona organizó su conducta puede originar, hacia fuera, condiciones dañosas. Por ende, para Jakobs, en el ámbito de organización de la conducta, *se dan situaciones en que la comisión* y *la omisión son prácticamente convertibles, generando que, quien utiliza la libertad de actuar de modo que no* es *posible evitar daños en otros sin emplear esfuerzo, debe soportar* ese *empleo de esfuerzo.* 291

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

En cuanto a la posición de garante en virtud de las instituciones, el fundamento es la idea de que el único medio para garantizar la libertad de cada individuo es la existencia de relaciones sociales durables:t reconocidas en el ordenamiento jurídico.
(por ejemplo, relaciones entre padres e hijos, marido y mujer, relaciones de poder estatal, presencia de una justicia y una administración sometidas a derecho, etc.).

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

1. Del padre cuando no ha nacido el hijo; es decir, mientras esté . en el claustro materno, no existen deberes-de garante para evitar la interrupción del embarazo, lícita o antijurídica, por parte de la madre.

2. Del padre frente a su hijo ilegítimo, en el sentido que, es solamente responsable del bienestar del niño a través del pago de los alimentos.

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

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

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

En suma, para Jakobs se debe distinguir entre los "delitos de *responsabilidad por organización",* donde la relación del sujeto con el objeto material es puramente negativa (el deber:-de garante se agota en el deber de conservación del bien jurídico); y los "delitos de *responsabilidad por institución",* caracterizados por que la conservación del bien jurídico debe hacer posible una relación positiva. Nos hallaremos -según Jakobs- ante un delito omisivo de responsabilidad por organización cuando la posición de garante resulte de una injerencia previa o de la asunción voluntaria de la protección del *bien* jurídico. Por el contrario, en el supuesto de los padres que dejan morir de hambre a sus hijos, no basta con referirse a la prohibición

de dejarlos morir. Entre los padres ysus hijos no existe uná relación meramente negativa, esto es, un deber de no intromisión de los padres en la esfera de organización ajena (de los hijos), sino una relación positiva. Así, en la concepción defendida por JAKOBS, existen relaciones puramente negativas tanto en algunos delitos de comisión como en algunos delitos de omisión, por una parte, y deberes especiales propios de un *status,* por otra.[294]

2.2.1.3 TESIS DE SÁNCHEZ - VERA GÓMEZ - TRELLES

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

Esta institución negativa, que no presupone la existencia de un deber jurídico ~special,.pu(3d~ ser lesionada por eljndividuo, que goza de "libertad de organización" *("Organisationsfreiheif'),* según Sánchez-Vera, tanto mediante un hacer como por. medio de un no-hacer. *Los delitos consistentes en la lesión de la institución negativa Ilneminem laedere*[JJ] *recibe en la concepción de Sánchez-Vera la denominación "delitos de responsabíJidad por organización".*

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

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

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

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

No obstante, cómo surge esa *"impresión"* en la colectividad, de que tal sujeto ha asumido un compromiso frente al bien jurídico. Frente a ello, Silva Sánchez decidió no desvincularse por completo a la teoría de la posición de garante, sino que, opina que la tesis de Kaufmann: *garante para la protección de un bien jurídico,* y, *garante para el control de fuentes de peligro para el bien jurídico,* es el más adecuado.[298]

Ante lo señalado, se le puede trasladar a la posición de Silva Sánchez las críticas elaboradas a la teoría funcional de la posición de garante de Armin Kaufmann;29g sin embargo, lo más criticable es que, Silva Sánchez. cae en una circularidad conceptual cuando afirma que la demarcación de las situaciones de garantía se produce a partir del concreto compromiso del garante. 300 Entonces, da a entender que, la posición de garantía no determina el _ contenido del compromiso sino a la . inversa, volviéndose a plantear la interrogante inicial: cuáles son los criterios que permiten inferir que una persona determinada ha asumido el denominado *compromiso de contención~*

En suma, se comparte con Silva Sánchez de que el contenido de la. omisión se determina por el sentido del concreto tipo penal; es decir, que la omisión es el resultado de un proceso de adscripción típica, y que para ello, las reglas de la imputación objetiva cumplen un rol fundamental. Sin embargo, se _ considera que la fórmula de *asunción voluntaria del compromiso de ser barrera*

de contención de aquellos peligros para los bienes jurídicos, inexorablemente deviene en la criticada tesis de la posición de garante, como elemento exclusivo y excluyente del tipo de omisión (impropia), caso contrario, manifestaría a la referida fórmula como vacia de contenido, es decir, sin criterios que permitan su formación en la realidad.

Por otro lado, está la segunda tendencia que pretende argumentar que lo importante es determinar cómo se puede defraudar un deber o expectativa (negativa o positiva), dado que, la acción y la omisión serían figuras intercambiables. La base de esta segunda tendencia radica en la distinción de los dos posibles títulos de responsabilidad penal: la responsabilidad por 6rganizaciÓñ (afeCtación de un· deber negativo =- genérico - o institución negativa) y la responsabilidad por institución (quebrantamiento de un deber positivo - especial - o institución positiva).--

Sin embargo, se han levantado crítica para la primera de estas dos formas de responsabilidad, que, en palabras de SÁNCHEZ-VERA, constituye la responsabilidad del sujeto que infringe la prohibición general de lesionar al prójimo *("neminem la* e *dere")*, *equivale, explicado con* otras *palabras menos claras-,* a *la clásica responsabilidad penal general por la lesión* o *puesta en peligro de bienes jurídicos.*

Asimismo, en lo que respecta los delitos de responsabilidad por institución, si lo que pretenden decir JAKOBS y SÁNCHEZ-VERA es que, en estos delitos, el núcleo del injusto consiste en la lesión de una institución prejurídica garantizada por el derecho, como, por ejemplo, la de funcionario, soldado, padre, madre, tutor, persona en quien se confía, etc., o una institución positiva en la que el propio derecho integra al individuv, como por ejemplo, la AdministraciÓn de Justicia eo el .caso deJ testigo, mediante la infracción del deber jurídico especial que recae sobre el sujeto cualificado, consideran que existen. motivos para creer que .esta idea resulta de muy dudosa admisión, dado que, se *corre el riesgo en caer en modelos autoritarios, así* como, *en un excesivo formalismo.*

Ante tal situación aún es menester elaborar una noción de omisión, y no caer en el relativismo de Radbruch, el cual, convencido de la imposibilidad de formular un supraconcepto que englobase a la acción y la omisión, prefirió prescindir de la base ontológica del comportamiento, como primer elemento de la teoría del delito, y sustituirla por la tipicidad.

Frente a ello, considero que la configuración del Derecho penal (y por ende de sus categorías) se debe realizar en función del programa político social de un determinado país. En efecto, la aplicación de herramientas normativas se da en función a los lineamientos de una determinada política criminal, la cual es un componente de la política social del país, cuyas bases son extraíbles del modelo de Estado establecido en la Constitución.

Así, si nuestra Carta Magna establece que el Perú es un *Estado social* y *democrático de derecho, tanto la política social, así como, la política criminal*

deben ser diseñadas en función de este *tipo de modelo de Estado, implicando que, las categorías jurídicas (incluida la omisión) también se vean condicionadas* a los *fines de ese concreto tipo de Estado.*

".

Así, en un Estado social y democrático de derecho, el delito se erige en la realización de un comportamiento humano constituido, generalmente, por una actividad positiva.[3]0[1] Esto permite afirmar nuestro primer presupuesto (dirigido a" la formulación de una definición de la omisión):

> *Que siendo respetuoso de este modeJo de Estado (aceptado cada vez más por los países del mundo) "* es *posible afirmar la no presencia, en el mundo del ser, de omisiones. En los tipos penales de omisión, desde un plano óntico el sujeto . realizó .. una conducta, esto es, una actividad positiva.*

En efecto, lo señalado líneas arriba no significa que en el delito de omisión no se hable de comportamientos humanos, dado que, el sujeto si ha tenido que realizar una determinada conducta (controlada por su voluntad y, por qué no, dirigida a un fin), lo que ocurre es, que el sentido típico no descansa en lo que hizo sino en lo que obvió; pero claro está, en la descripción de los hechos por parte del sistema de justicia penal, se hará mención de lo que hizo, así como, de lo que debió hacer.

Ahora bien, si en el mundo del ser no hay omisiones, entonces, cuando el operador jurídico se refiere que un *sujeto omitió,* es que ha interpretado lo que hizo ese sujeto con relación a lo que debía hacer; es decir, dándole *sentido* al comportamiento de aquella persona.

Esa labor de interpretación, sólo será relevante para el Derecho penal si se realiza a nivel del tipo penal, puesto que, éste le permitirá valorar si lo que realizó el agente era o no lo que debía haber realizado. Esta dependencia del tipo penal concuerda con el principio de legalidad, pilar del Estado de Derecho; por lo que, podemos elaborar el segundo presupuesto:

> *Tampoco* es *inconsecuente afirmar que, en el modelo de Estado social* y *democrático de derecho, el operador jurídico tendrá que ceñirse., exclusivamente, al marco del tipo penal, para afirmar que el sujeto realizó una omisión (relevante para el Derecho penal); esto seria respetuoso con el aspecto formal del principio de legalidad.*

En ese orden de ideas, si el tipo penal brindará las herramientas de

análisis para determinar si se está o no ante una omisión, se deoe especificar cuáles son esas herramientas.

Al respecto, el tipo penal es expresión de aquello que defrauda una expectativa o interés, lo que, mayoritariamente se le denomina bien jurídico, que para nosotros es equivalente al:.r. término: *identidad normativa de la sociedad.*

En efecto, por *identidad normativa de fa sociedad* se entiende a las *condiciones de desarrollo de la persona en una determinada sociedad, expectativas que son los denominados BIENES JURIDICOS. 302* En ese sentido, nos alejamos de posiciones extremadamente funcionalistas, como la de Jakobs, quien, por un lado, n.o configura su partida metodológica en función a los bienes jurídicos, y por otro lado, cuando entiende a esta identidad normativa como la manera en que está organizada la sociedad en un momento dado, la misma que, para su configuración, no depende de las personas, sino que, es la sociedad la que detenta la facultad de otorgar a los individuos su identidad, esto es, elevados a la categoría de personas.[303] Tal concepción es totalmente rechazada, puesto que, la sociedad no puede disponer del concepto de persona en función de intereses preponderantes o de una determinada constitución social, ya que, es un status que atribuye a todo individuo por el hecho de ser - Un ser humano.

Si la configuración de la sociedad está orientada a la persona, resulta evidente que el punto de partida deberá ser el concepto de persona. Frente a ello, nos afiliamos a la posición de García Cavero, para quien *personétes* aquel que no sólo busca existir, sino proyectar su realización individual en medio de una comunidad.[304] Por tanto, estamos en condiciones de elaborar nuestro tercer presupuesto para la definición de la omisión:

> *No es contrario al Estado social y democrático de derecho afirmar que, lo que se pretende proteger es la identidad normativa de la sociedad, entendida como aquella que busca el desarrollo personal a través de expectativas, intereses (bienes juridicos) en las concretas condiciones sociales.*

Ahora, si son las expectativas de desarrollo de la persona lo que dota de contenido a la sociedad, se debe cuidar que esas expectativas no se vean amenazadas; siendo la pregunta, ¿se pueden defraudar esas expectativas? Si la persona se le considera un ser libre, entonces cabe el riesgo que de la libertad de esa persona se dirija a negar la vigencia de determinadas

expectativas; por lo que, si son expectativas recogidas por el Derecho penal, entonces la persona, a través de la expresión de su libertad, puede defraudar esas expectativas normativas.

Para evitar la defraudación de expectativas normativas de conductas esenciales, es que, se le debe atribuir a toda persona roles, es decir, delimitar su ejercicio de libertad a través de la asunción de funciones, posiciones, responsabilidades o deberes; los cuales, se manmestan en principios constitucionales tales como: *toda persona deberá cumplir con la Constitución* (art. 38° Const.); o, *el poder del Estado se ejercerá con las limitaciones V responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen* (art. 45° Const.); estos principios persiguen que el libre desarrollo de la personalidad del hombre se logre sin afectar el de los demás ..

En ese sentido, nuestro cuarto presupuesto es:

> *Dentro del Estado social y democrático de derecho, el ámbito de actuación de las personas puede estar delimitado por roles o deberes.*

-- Los roles atribuidos al ciudadano pueden clasificarse de dos formas. En primer lugar, se encuentra el *rqJ general de ciudadano,* el cual, se fundamenta en la *separación de esferas de organización entre los ciudadanos y la autonomía organizativa dentro de las mismas.* Como contrapartida a esta libertad de organización, se le atribuye el *deber negativo de evitar organizaciones en su propia esfera que afecten a otras personas.* En la medida en que se trata de separación de esferas, el ciudadano résponde únicamente por su propia organización, esto es, que en este ámbito rige el llamado *principio de autorresponséibílídad.*

En ese orden de ideas, en el proceso de imputación del hecho deberá precisarse el rol de ciudadano en determinadas actividades, esto es, cuál es el rol de ciudadano del médico, mecánico, camarero, etc. *Pero este rol con referencia a lo social, no es el único criterio a emplease, sino que se requiere de instrumentos normativos - vaJorativos (recogido de manera expresa o tácita en la norma penal).305*

Frente al rol general de ciudadano se encuentran los llamados *roles especiales.* Los contactos sociales no se rí3ducen pues a ung separación de esferas de organización, sino que también se fundamentan en vinculaciones entre estas esferas con base en instituciones sociales elementales. Debido

que, el desarrollo de las personas no se realiza solamente al interior de su propia esfera de organización, sino que requiere de relaciones estables- con otras personas, existen roles especiales derivados de las instituciones sociales que vinculan de una manera concreta una esfera de organización con otras. Si el titular de un rol especial no cumple con esos deberes positivos, cabrá entonces imputarle jurídico - pena/mente el hecho que afecta la vigencia de la institución social respectiva.

Como se aprecia es legítimo, en aras del logro del desarrollo individual de la persona, atribuirle a ésta roles, ya sean genéricos o especiales, caso contrario, se caería en la ambigOedad de Silva Sánchez, quien no precisa cómo surge el compromiso de una persona de actuar como barrera de contención; obviamente, ese compromiso no es otra cosa que un deber (aunque trate el jurista español de evadir ese término); quedando sólo precisar, en el caso concreto, si ese deber es genérico (el de todo ciudadano) o uno
especial.

Por otro lado, los críticos a la teoría del deber jurídico postulan que la misma podría devenir en modelos autoritarios; sin embargo, se ha demostrado como la imposición de deberes a la persona es un principio constitucional, esto es, cuando este deber se configura dentro de los contornos de la Constitución: *principio de constitucionalidad;* caso contrario, estaríamos hablando de *autoritarismo,* modelo totalmente rechazado por nuestra concepción, que por el contrario, pretende condicionar el modelo de sociedad al desarrollo del individuo (con respeto a las esferas de desarrollo ajenas).

Asimismo, los críticos de esta teoría del deber jurídico pretenden reemplazarla con criterios como el *dominio;* para ello, fundamentan esta *dominabilidad,* a través de las funciones que realiza el sujeto: *la esencia del dominio del riesgo típico no reside en la formalidad del status, sino que* es *material, y se basa en la función que realiza el sujeto. Lo que al sujeto le ',confieredominio, capacidad de disposición sobre fa vulnerabilidad del bien jurídico, no* es *el status, sino el ejercicio de la función en que* se *encuentra implicado el bien jurídico.*[306] ..

Sin embdrgo. si nos preguntamos, cuál es el ámbito de ejercicio de tales funciones, la respuesta dependerá en determinar lo que el sujeto *debe* realizar; Ej.; Si al funcionaría público "Juan" se le pregunta cuál es su función, éste va a afirmar que su función es X, por lo que, sólo *debe* realizar X, y no Y o Z. El ejercicio de funciones implica la asunción de *deberes y facultades;* otra cqsa es etiquetar la manera como ejercerá esos deberes y facultades, esto es, *dominando* sus movimientos (Schunemann), ejerciendo

su *capacidad personal* (Gracia), etc. En suma, la búsqueda del contenido de las funciones, conllevará a delimitar los roles del sujeto.

No obstante, un verdadero riesgo de la teoría del deber jurídico es que puede caer en el excesivo formalismo, desconectado totalmente de la realidad y del sentido común (como ocurrió en aquellos casos de relación paterno filial _ el padre con el concebido, y el.padre con el-hijo ilegítimo - que inconsecuentemente Jakobs negaba toda posibilidad de deberes o roles).

Frente a ello, el operador jurídico, si bien no puede desvincularse del material normativo, tampoco 10 puede hacer del material fáctico; en ese sentido, lo empírico revelará cómo aquella persona ha ejercido su rol, esto es,

si lo ha obser,¡ado o bien lo ha defraudado. Por tanto, *el contenido del rol* es *normativo, pero su concreta realización* se *establece empíricamente.*

Demostrada, la legitimidad de hacer partir el análisis jurídico - penal en la identidad normativa de la sociedad (la cual está en función al individuo), así como, de los roles de las personas, se concluye que, el operador jurídico, cuando realice el análisis de la presencia o no de una omisión, deberá considerar *cuáles* son *aquellos roles que al ser incumplidos generaron la . defraudación de aquellas expectativas propia de la identidad normativa de la sociedad.* Y lo señalado no es sólo privativo de la omisión, sino que, también en la comisión, el operador jurídico se ciñe al respectivo tipo penal, el cual, le informa de aquellas expectativas defraudadas,-así como, del mundo fáctico, el cual, le precisa cómo los roles (genérico o específico) de la persona han sido inobservados, generando la- defraudación de esas expectativas: Por tanto, nuestro quinto presupuesto para la definición de la omisión es:

> *Dentro de un modelo de Estado social* y *democrático de derecho, el incumplimiento, por parte de la persona, de sus deberes* o *roles (material fáctico)* a *mérito de* su *capacidad de autodeterminación* y *auto rresponsab ilidad (material normativo), que conlleva* a *la defraudación de aque/las expectativas protegidas por el Derecho penal (bienes jurídicos* y *fundamento de la antijuridicidad), delimitan el injusto tanto de la omisión como de la acción.*

En ese sentido, si un tipo penal concreto puede establecer que una expectativa normativa puede ser defraudada tanto por acción como por omisión, a través del incumplimiento, por parte del sujeto, de su rol, entonces, la intercambiabilidad de la acción con la omisión puede ser predicada, y al estar sujeta a lo que dice el tipo penal, se es respetuoso con el aspecto *material* del principio de legalidad.

Frente a todo lo indicado, se puede realizar la siguiente lectura de los presupuestos señalados anteriormente, esta vez, enlazándolos con la naturaleza de la omisión:

i. La definición de la omisión no puede elaborarse en un ámbito previo al tipo penal, esto es, en el mundo del ser, dado que, en este último sólo hay acciones; y esto no afectará la premisa que todo delito parte de un comportamiento humano, porqu8.,– para afirmar que *algo* se omitió es- que (ontológicamente) la persona realizó una conducta expresada en una actividad positiva (acción).

ii. Al afirmar que la definición y contenido de la omisión se hallan en el ámbito del tipo penal, permitirá ser respetuoso con el aspecto *formal* del principio de legalidad.

iii. La omisión debe generar la defraudación de una expectativa ñormativa, dado que, su sentido se halla en el tipo penal, el cual, regula la defraudación de una determinada expectativa propia de la identidad normativa de la sociedad, orientqda a la realización de la persona como ser libre y sujeto de derechos.

¡v. Para la defraudación de una expectativa normativa, el sujeto debió de inobservar el rol (genérico o específico) impuesto en el marco del principio de constitucionalidad; rol que si bien tiene un sustrato normativo (las capacidades de . autodeterminación y autorresponsabilidad de la persona), tiene una verificación empírica, es decir, averiguar si *realmente* el sujeto cumplió o no con su deber.

v. Si la omisión implica la. defraudación de una expectativa normativa, denotando que la persona incumplió su rol (genérico o específico), a mérito de sus capacidades de autodeterminación y autorresponsabilidad. y si lo mismo ocurre en la comisión. Entonces, se concluye que entre la omisión y la comisión puede darse una identidad normativa (intercambiabilidad, si el tipo penal lo permite), respetuosa del aspecto *material* del principio de legalidad.

Todo ello permite entender a la omisión como *la abstención típica de una*

prestación positiva encaminada, o *bien, al cumplimiento de su deber negativo (la revocación de los efectos* dañosos *que sU~f71bito de organización ha originado a esferas de organización ajenas),* o *bien de su deber positivo (la prestación a un círculo de organización·ajeno su apoyo); conllevando a la defraudación de expectativas n()rmativas (bienes jurídicos) recogidas en un determinado tíRo penal, al cual se le adscribe normativa mente al sujeto, debido* a sus *capacidades de autodeterminación* Y *autorresponsabilidad que permitan afirmar ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que* se *relaciona* con *el resultado (nivel de imputación objetiva).J07*

Por *abstención típica de una prestación positiva,* se entiende que, el sujeto ha realizado cualquier actividad positiva (acción), más no, la que (desde la perspectiva del tipo penal) debió de realizar.

Por *(in)cumplimiento de su deber negativo: la revocación de los* efec;tos *dañosos que su ámbito de organización ha originª*do a *esferas de organizaCÍón ajenas,* se entiende al primer título de imputación que la abstención de una prestación puede generar: *la competencia por organización,* en el sentido que, el no cumplimiento de una determinada prestación positiva conlleva a la inobservancia del deoér de evitar configuraciones de su esfera de organización que perjudiquen a otras personas. Y como se ha indicado *ut*
. *supra* este deber io detenta cualquier persona en calidad de sujeto libre, puesto que, la manera con;to organiza su libertad puede conllevar la afectación,

ilícita, de la esfera de organización de libertad de otra persona, debiendo asumir los excesos de su propia organización.

Por *(in)cumplimiento de* su *deber positivo: la prestación* a *un círculo de organización ajeno* su *apoyo,* se entiende al segundo título de imputación que la abstención de una prestación puede generar: *la competencia institucional,* en el sentido que, el no cumplimiento de una determinada prestación positiva conlleva a la inobservancia del deber de contribuir a la configuración de una situación socialmente deseable: la mejora de la situación del bien jurídico. Y como se ha indicado, también, *ut supra,* este deber, *constitucionalmente* (esto es, observando el contenido de la Constitución)·, sólo se le puede atribuir a determinadas personas que generan relaciones estables con otras personas, derivados de las instituciones sociales que vinculan de una manera concreta una esfera de organización con otras.

Por *defraudación de las expectativas normativas recogidas en* ***un*** *determinado tipo penal,* se entiende al resultado que origina la abstención de una determinada prestación positiva, esto es, la afectación de una condición

esencial para el desarrollo de la persona en sociedad; y por su carácter de *"esencia}",* el Derecho penal (observando los principios de legalidad,308 fragmentariedad, subsidiariedad, merecimiento y necesidad de pena[309]) ha decidido proteger, elaborándose el co(respondiente tipo penal.

Por, *adscripción normativa del sujeto al tipo penal,* se entiende el empleo de la imputación objetiva, sobre la base de criterios normativos - valorativos, como son: las capacidades de autodeterminación Y autorresponsabilidad, así como, la idea< del riesgo jurídicamente desaprobado, originado por el sujeto y que puede ser relacionado con el resultado. Estos criterios complementan a la noción de rol o deber, puesto que, completan la aseveración de que el sujeto es responsable de sus actos. Por esta razón, ***el*** *juicio de imputación objetiva ocupa-* ***un*** *rol esencial en el análisis de la omisión, puesto que ante el análisis de una figura normativa (como la omisión)* se *requiere de criterios normativos brindados, en* este caso, *por la imputación objetiva.*

Se aprecia, que la omisión es el resultado de un juicio (interpretación) negativo de algo realizado. Este juicio tiene como referencia los roles de las personas, dado que, la sola posibilidad de hacer algo, como propiedad del concepto omisión no es suficiente. Asimismo, la referencia del tipo penal como el lugar para analizar si la misma puede ser configurada tanto por acción, como por omisión, origina el respeto al principio de legalidad, así como, a las garantías propias de un Estado social y democrático de derecho, modelo por el cual, nuestra concepción puede desarrollarse.

Por otro lado, se puede vislumbrar que en un modelo de imputación de responsabilidad con base en roles, permite centrar el análisis no en la dicotomía acción / omisión, sino en hallar los fundamentos de cómo, en función a ID descrito en el tipo penal, se le puede imputar a una persona que la defraudación de una expectativa normativa se debe al incumplimiento desu rol o deber (negativo o positivo).

Lo indicado se puede apreciar en la dicotomía delitos comunes / delitos especiales, delitos de dominio / delitos de infracción de un deber. La primera dicotomía, partía en la descripción formal del sujeto activo. Así, si la fórmula descriptiva del autor era: *el que,* se entendía que cualquier persona podía realizar ese *delito;* en cambio, *si* se especificaba al sujeto activo, se entendía que el delito era 8$pecial. Ante ese panorama, la

omisión (impropia) se leconsideraba un delito especial, dado que, el sujeto activo es un sujeto especial (el garante); sin embargo, colisionaba con la cuestión de cómo corresponder la omisión impropia, como delito especial, en delitos de comisión, que, usualmente, son delitos comunes.[310]

Sin embargo, partiendo en la distinción de los roles o deberes (negativos o positivos) la taxonomía de los delitos no girará entorno a la descripción formal del sujeto activo, sino a un fundamento material (el de imputación sobre la base de roles); en donde, si el rol infringido es el genérico, es decir, el deber negativo (no dañar esferas ajenas), los delitos que se 'configuran sólo serán de competencia por organización (o de dominio), porque sólo se requiere que el sujeto haya organizado (dominado) la configuración de

)10 Si Juan (médico), dolosamente, no suministra la insulina a Pedro, falleciendo éste, será unánime considerar que se ha'configurado el tipo de homicidio doloso, via omisión impropia. Sin embargo, si este tipo penal es de naturaleza común (cualquiera puede ser sujeto activo de homicidio simple) ¿como encuadrar_en la rnisill3 una figura que se considera especial? la esfera de su libertad, respondiendo por los excesos (daños) que haya originado. En cambio, si el rol infringido es uno especial, es decir, el deber positivo (específico) de configurar una mejora en la situación del bien jurídico, entonces los delitos a configurarse será'h de competencia por institución (o de infracción de un deber), dado que, se requíere de una posición especial para el sujeto activo con relación al bien jurídico, esto es, que las funciones que exclusivamente desarrollan son las que permiten la mejora de ese bien jurídico, y si no éumple con esas fl,jnciones, infringe los deberes especiales que le han atribuido.

Ahora bien, no siempre. se podrá afirmar que, cuando el legislador describió genéricamente al sujeto activo, - se está fundamentando en la defraudación de expectativas normativas a través del incumplimiento del rol genérico de ciudadano (deberes negativos); dado que, en lá fórmula genérica de *el que,* se esté camuflando un delito de infracción de un deber, porque para afectar el bien jurídíco, se necesita que el sujeto activo esté en una posición especial frente al mismo.[311] A la inversa, no siempre un delito especial (cuando el legislador describe a un específico sujeto activo) implica un delito de infracción de un deber. Por tanto, no está en la forma de descripción formal del sujeto activo, sino en la clase de roles *'j'* deberes que deben ser infringidos para defraudar una expectativa normativa, propia de la identidad normativa de la sociedad.

Y, respetando esto, se podrá solucionar la problemática de cómo un deHto€special (omisión impropia, por la posición de garante) puede corresponder con un delito común (cuando el sujeto activo descrito es cualquier persona). Y se soluciona, porque la omisión (impropia) ya no estará atada a un elemento exclusivo, excluyente y especial, *como* es la posición de garante, sino que, al igual que en la acción, dependerá del tipo.. de rol infringido; es decir, si es el rol genérico el inobservado, ya sea por acción o bien por omisión, entonces el delito configurado será de dominio o de competencia por organización. En cambio, si es un rol específico el inobservado, ya sea por acción u omisión, entonces el delito realizado es uno de infracción de un deber o de competencia por institución.

Además, en este modelo, se aprecia, nuestra cercanía a la posición de JAKOBS, así como, de SÁNCHEZ - VERA; en efecto, somos de recibo que es *inexacto afirmar que, en el caso de la omisión impropia,* se *requiere que el delíto sea redactado en forma activa; sino cuáles son los roles* y *expectativas recogidas en el tipo penal pueden ser afectados tanto por acción como por omisión;* sin embargo, no aceptamos una funcionalización de la persona, (como es lo que propone la concepción de Jakobs), esto es, que no es la sociedad quien configura a la persona, sino es la persona quien informa a la sociedad de cuáles son las condiciones esenciales que haran posible su libre desarrollo personal.

Asimismo, compartimos la observación de SIL VA SÁNCHEZ que entre omisión (impropia) y *comisión no se hable* de *CORRESPONDENCIA (o equivalencia) sino* de *plena IDENTIDAD.* En efecto, si la actuación de una prestación o su abstención son formas por las cuales el sujeto puede incumplir sus deberes (negativo y/o positivo) afectando expectativas propias de la identidad normativa de la sociedad, ello conduce a que *entre la acción* y *fa omisión que realizan el mismo delito, no puede haber correspondencia, sino, únicamente* y *según la literalidad de los preceptos de la Parte especía/, plena identidad.*

Frente a ello, aún queda resolver algunas cuestiones tales como: a) cuál es el papel de figuras como la relación de causalidad, la posición de garante y la cláusula de correspondencia del arto *13°* del Código Penal en este modelo de imputación de responsabilidad con base en roles;~y, b)cuáles son las reglas *y/o* principios a emplear en el análisis de este modelo de imputación. Estas cuestiones serán abordadas a continuación, Y constituyen los últimos puntos
de la construcción teórica que se está elaborando.

2.2.2 LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD COMO CATEGORíA ONTOLÓGICA NO- TIENE EFICACIA EN LA RELACiÓN NORMATIVA - VALORA TIV A QUE GENERA LA OMISiÓN

En la filosofía antigua, el concepto de omisión era entendido en relación a la existencia o inexistencia de la *nada.* Así, Parménides señalaba que del no _ ser no puede hablarse siquiera en virtud del principio de que sólo el "ser *es; la nada no es, . no* es *posible q"ue exista lo qUe no existe; los cuales creen que ser* y *no ser son lo mismo* y *no son lo mismo.* Por su parte, en Roma, Cicerón (De fato, X) expresa: *"Si esto es así, todo cuanto sucede, sucede por obra* de *causas antecedentes: si esto es así, todo sucede por obra del destino. Resulta entonces que por obra del destino sucede cuanto sucede".*

En otro contexto, en la filosofía griega, encontramos a Platón, que en su *Timeo,* sostenía que *"Todo lo que nace, nace necesariamente por la acción* de *una causa, pues* es *imposible que algo pueda nacer sin causa";* admitió, sin embargo, el "ser del no-ser' Y definió la *nada* como alteridad, es la alteridad del ser, esto es, la negación de *un ser determinado,* el ser *otro".*

En el Derecho canónico, también el tema de la omisión fue abordado, pero desde la perspectiva de la causa de una omisión pecaminosa. Santo Tomás en la Suma Teológica (1.2.q.7, art.1, ad 1) disertaba extensamente al respecto, y a la pregunta referida a la naturaleza del *pecado* de comisión respondía que era una malicia positiva que *ex consequenti* induce la privación de la rectitud, mientras que, en el de omisión, su esencia consiste en una" . privación voluntaria, o pretermisión del acto mandado; de manera que el acto sólo puede constituir su esencia como causa o como ocasión de omitirlo, lo cual es necesario para que la omisión sea voluntaria pues, si no lo fuera, la omisión sería pecaminosa, como no es aquel que omite lo mandado por un olvido invencible.

En la dogmática penal, al analizarse los delitos de comisión de un resultado, la doctrina consideró la necesidad de la constatación de una relación entre acción y resultado, como presupuesto previo a la atribución de la 90nducta a su autor. En ese sentido, la constatación de la relación de causalidad debía consistir en la aplica~ión (a la aparición de un resultado) de principios explicativos lógicos que excTuyen, antes de realizar una valoración jurídico-normativa, aquellos supuestos que no son en ningún caso consecuencia de un actuar humano. En sentido positivo, consiste en la explicación -lógica- de cuándo un resultado fue consecuencia de una acción.[312]

Esta situación, la doctrina pretendió trasladar al ámbito de la omisión. En efecto, la doctrina dominante exige, no obstante, como requisito _

imprescindible de la responsabilidad por un resultado en la comisión por omisión -tanto en la dolosa como en la imprudente- una cuasicausalidad: ésta concurre cuando consta _ que la. acción omitida por el garante, COD_ una . probabilidad rayana en la seguridad, hubiera evitado el resultado.

Esta fórmula de la cuasicausalidad es una adaptación a la comisión por omisión de la funesta fórmula de la conditio sine qua non con la que un sector doctrinal trata de determinar la causalidad en el delito de acción; y así como en éste lo que se trataría de establecer sería si suprimiendo el comportamiento el resultado desaparecería o no, en aquélla lo que habría que constatar sería si añadiendo la acción (omitida) el resultado desaparecería o no.

Sin embargo, la cuestión estriba sobre si es necesario o no una relación de causalidad en un modelo de imputación de responsabilidad con base en la omISIon.

2.2.2.1 TESIS DE GIMBERNAT OROEIG

Para Gimbernat, la teoría jurídica del delito tiene elementos normativos y elementos ontológicos. La causalidad, para Gimbernat, es un concepto ontológico: *saber si un resultado* es *reconducible* a *un comportamiento no tiene nada de valorafjvo, no* se *puede normativizar el dato de* si *hay una relación físico-natural entre un comportamiento* y *un resultado.*

Asimismo, para él, el comportamiento, en gran medida, también es ontológico, pero no del todo: *se trata de conceptos pre-jurídícos, lo que no siempre equivale* a *ontológico.* Por lo que se refiere a la acción, Gimbernat considera que, si alguien lesiona un bien jurídíco durante el sueño o sufriendo una *vis absoluta,* diremos que no se le puede atribuir, pero ontológicamente lo que hay es un movimiento corporal con un resuttado.

En el lenguaje prejurídico, continúa Gimbemat; para que haya un centrÓ de imputación, tienen que estar excluidos los i71ovimientos reflejos, la fuerza irresistible o los estados de sonambulismo. Perc una vez que sabemos, afirma imbernat, ya prejurídicamente que ése es el centro de imputadón, ya hay un cierto elemento normativo para poder distinguir el mero movimiento corporal del movimiento corporal que se puede atribuir. Ahora bien, este mínimo elemento normativo es prejurídico.

Por otro lado, sobre la cuasi - causalidad en la omisión,313 Gimbernat realiza dos objeciones:

Primera objeción. Si la probabilidad rayana en la certeza es insuficiente para imputar un resultado en un comportamiento positivo (porque supondría convertir al delito de resultado en un delito de peligro) y, por ello, no es posible imputar la muerte en el supuesto de hecho de la sentencia del TS ~e 9 de mayo de 1964 (aborto con resultado de muerte), ni en el "caso Vinader", ni tampoco en el ejemplo de que el fallecimiento con un 99 % de probabilidades se debió al veneno· Y únicamente" con una posibilidad del 1 % al apuñalamiento, a pesar de que en todos estos casos tanto la persona que practicó el aborto, como Vinader, como el envenenador causaron la muerte con una probabilidad rayana en la seguridad, entonces -y si se quiere mantener la equivalencia entre acción y omisión-, tampoco a ésta se le puede imputar el resultado si "sólo" existe una probabilidad rayana en la certeza de que la acción omitida hubiera evitado el resultado.

Segunda objeción. pero es que, además, cuando llega el momento de aplicar a los casos concretos de comisiÓn por omisión la fórmula de la conditio sine qua non ni siquiera se respeta lo que se ha establecido a nivel de principi.°: por el contrario, se prescinde de la exigencia de la probabilidad rayana en la certeza -porque ésta muchas veces no puede encontrarse en la vida real- y se califican de delitos consumados de comisión por omisión supuestos en los que sólo existe una (más o menos) elevada probabilidad (pero no rayana en la certeza) ~~ que la acción omitida hubiera evitado el resultado. Y así, ello es lo que sucede en dos "ejemplos de manual" de comisión por omisión, de acuerdo con los cuales respondería por la muerte de la esposa fallecida, como parricida, el marido que no la ha auxiliado cuando cayó enferma o el que no impidió que un tercero la matara.

Si la esposa, continúa Gimbernat, sufre una peritonitis o un infarto y el marido no la ayuda, que la acción omitida hubiera evitado el resultado dista mucho de ser una probabilidad rayana en la certeza; pues como se trata de enfermedades con índices de supervivencia que, según la gravedad de la afección, pueden ser del 50 % e incluso inferior, por ello es imposible determinar en el caso concreto si la mujer enferma pertenecía o no al grupo de personas que, a pesar de ser atendidas médicamente, no obstante no habrían podido superar la enfermedad, es decir: de la acción omitida sólo se puede predicar la probabilidad (pero ni de lejos una probabilidad rayan"a en la certeza) de que hubiera evitado el resultado. Esta probabilidad rayana en la certeza de evitación del resultado ni siquiera se puede afirmar en enfermedades con índices de supervivencia mucho mayores o que incluso lo

tienen del cien por cien si se presta a tiempo atención médica; pues como el proceso causal que habría desencadenado la acción omitida de solicitar auxilio nunca se puso en marcha, el marco dentro del cual nos tenemos que desenvolver es el de las

(más o menos probables) hipótesis, pero tampoco el de la probabilidad rayana en la seguridad de que la acción del cónyuge de recabar atención médica hubiera evitado el fallecimiento: como el marido no recabó esa atención -es decir, como tenemos que operar con lo.que nunca ha sucedido.., es imposible averiguar si, en el supuesto de que el cónyuge hubiera realizado la acción (que no realizó) omitida, la ambulancia hubiera llegado a tiempo, si, llegando a tiempo, no obstante la ambulancia (que nunca fue avisada) habría conducido a la enferma al hospital o -a consecuencia, por ejemplo, de una avería, de que se habría quedado sin gasolina o de un eventual accidente de circulación- no lo habría conseguido, si, aun suponiendo que la ambulancia llegara a tiempo para recoger a la enferma y hubiera podido trasladarla al hospital, a pesar de ello todo habría sido inútil por la impericia de- un médico (que jamás ilegóa intervenir) ... , y así podríamos seguir enumerando las eventualidades que podrían haber sucedido en un curso causal hipotético; pero no es necesario, porque la consecuencia de todo ello se ha extraído ya por sí misma: por definición y por tener que trabajar sobre un proceso causal hipotético e independientemente de la mayor o menor gravedad de la dolencia, ni siquiera en enfermedades con índices altos o incluso seguros de supervivencia, si se llega a prestar una atención médica correcta, podremos saber -con la probabilidad rayana en la seguridad que, a nivel de principio, exige la doctrina dominante- si la acción omitida hubiera evitado o no el resultado.

y lo mismo rige, prosigue Gimbernat, para el otro "ejemplo de manual" que hemos elegido: el marido, si hubiera realizado la acción omitida, sólo habría pOdido intentar íeducir a quien iba a matar a su mujer, pero que lo hubiera conseguido o no es algo que depende de la fuerza y de la destreza del marido, de la capacidad de resistencia del homicida, de la actitud de la propia mujer y de muchos otros factores cuya eventual incidencia -porque no tuvieron ocasión de manifestarse en la realidad- jamás podremos averiguar con una probabilidad rayana en la certeza .

Continúa Gimbernat, en afirmar que los resultados a los que se llega comparando los requisitos de la causalidad en el delito de acción con los que se exigen para el de comisión por omisión son los siguientes: en primer lugar, que como el tipo objetivo del delito de acción exige la seguridad de que el comportamiento activo haya causado el resultado, por ello no puede serie equivalente una omisión de la que lo más que puede decirse es que habría

evitado el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad; y, en segundo lugar, que la doctrina dominante ni siquiera se toma en serio el criterio de la probabilidad rayana en la seguridad, sino que subsume en los delitos de resultado (en comisión por omisión) supuestos en los que esa probabilidad dista mucho de rayar en esa seguridad.

Frente a ello, Gimbernat es de la opinión que la relación de causalidad, como cualquier otra característica típica, tiene que estar acreditada con toda seguridad para que el comportamiento pueda ser subsumido en el correspondiente tipo de lesión.

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

La renuncia, prosigue a Gimbernat, a operar con procesos causales hipotéticos en la comisión 'por omisión, así como, en la acción, para $p9^{der}$ imputarle el resultado, no hay que preguntarse si, suprimiéndola, el resultado desaparecería, porque esa pregunta muchas veces es imposible de contestar, sino sólosi esa acción efectivamente ha elevado a prohibido un foco de peligro que, a su vez y efectivamente, ha causado el resultado, de la misma manera en la comisiÓn por omisión, y en contra de lo que mantiene la doctrina dominante, tampoco hay que preguntarse si la acción omitida hubiera evitado el resultado, *sino únicamente si la omisión* de *aplicar una medida de precaución ha hecho posible que el* foco de *peligro superara efectivamente el riesgo permitido (ya que* se *habrfa mantenido dentro de* éste, *si* se *hubiera adoptado aquella medida)*

El control de ese peligro puede ser, por una parte, en origen, cuando se establece para conseguir que el foco de peligro sea puesto en funcionamiento dentro de los límites del riesgo permitido. Y puede ser, también, posterior, cuando se encomienda a determinadas personas la aplicación de medidas de precaución para evitar que, a consecuencia, por ejemplo, del deterioro natural de las cosas o de un comportamiento, f~rtuito, imprudente o iRcluso doloso de un tercero, el foco, después de haber sido puesto en funcionamiento, rebase el nivel de peligro jurídicamente tolerado; asimismo, estos controles posterior, a 'su vez, se subdividen en: permanentes, periódicos o facultativos.

Los controles posteriores serán permanentes, cuando el foco encierra un alto e ininterrumpido peligro de exceder del riesgo permitido. Otras veces el foco no presenta una amenaza continuada de convertirse en prohibido, porlo que son suficientes revisiones periódicas (más o menos espaciadas en el tiempo, en función de la mayor o menor tendencia del foco a desequilibrarse) para comprobar que se mantiene establemente dentro del riesgo permitido. Finalmente, los controles facultativos suelen tener por objeto focos de peligro que se encuentran bajo la dependencia directa de particulares, quienes son, por consiguiente, los primeros responsables de que aquél no sobrepase, por acción o por omisión, el riesgo permitido.

Frente a lo señalado, la tesis de Gimbernat implica, por un lado, una reducción de la posición de garante fundamentadora de una comisión por omisión a los supuestos de vigilancia de una fuente de peligro, y por el otro lado, que la imputación del resultado al omitente no se haga dep_ender ya del recurso a procesos causales hipotéticos, por definición y porque no han sucedido en la realidad, imposibles de determinar: *la pregunta* a *formular no* es *ya si la acción omitida hubiera (con mayor* o *menor probabilidad)· evitado el resultado! sino si consta que una inactividad -al no haberse aplicado una medida de precaución preceptiva- ha transformado (normativamente) un foco de peligro de permitido en prohibido!* y *si consta igualmente que* ese *foco de peligro (ilícito ya) ha causado materialmente el resultado.*

2.2.2.2 TESIS DE FIERRO

Para Fierro,314 el análisis de la evolución del tema de la causalidad en los planos superiores en donde nació, en la filosofía primero para pasar a partir del positivismo comtiano a la epistemología después, muestra de un modo contundente la vigencia del *corsí* e *rícorsí* de las ideas y de la ciega creencia en el más absoluto determinismo causal; se

llega - a fines del siglo XIX y principios del XX con el advenimiento de la nueva física, en la que primaba la mecánica cuántica de ~LAN.CK y el principio de la indeterminación de HEISENBERG, por señalar dos de los nuevos hitos - a un sistema en el cual la causalidad es sustituida por el concepto de "probabilidad" y se la relega al cajón de los trastos viejos, pues se trataría de una "reliquia de tiempos pasados" (RUSSELL), un "fetiche" (PEARSON), "una ficción analógica" (VAHINGER) o un "mito" (TOULMIN) que jamás retornará, y ello explica la afirmación de RUSSELL que en un famoso trabajo publicado en 1912 recomendaba eliminar el vocablo *causa* del léxico filosófico.

Según Fierro, el profesor HEIDELBERG, citando al filósofo científico SUPPES, explica que en el año 1970 parece que poco queda de las convicciones de RUSSELL, pues causa y causalidad son términos imprescindibles en los trabajos de la física más avanzada, y en 1982 BUNGE, refiere a Wlretorno a la causalidad, afirmando que hace veinte años se creía sepultado para siempre el problema de la causalidad, pero él está tan vivo como lo puede estar cualquier problema filosófico, ya que los filósofos se han reencontrado con dicho tema y ello ocurre no sólo en la física actual, sino también en la biología, la psicología y las ciencias sociales, en las que sus

cultores hablan nuevamente sin complejos de factores y encadenamientos causales. Ese retorno no significa hacerlo en los mismos términos en que lo pensaron COMTE o STUART MILL, y ahora se entiende que no existe *el* problema causal, sino un cúmulo de tale4s problemas.

Por su parte, continúa Fierro, la importancia del tema de la causalidad en el derecho y en el derecho punitivo en especial, ha sufrido vaivenes significativos Y en el ámbito específico del derecho penal llegó a tener un auge indiscutido durante casi una centuria, particularmente dentro del campo de la teoría de la acción, que, al igual que la categoría causal, ha experimentado transformaciones de enorme relevancia. Viene al caso la opinión de SOLER, quien destacaba que L:no de los- males inferidos al pensamiento jurídico reside en la inevitable -aparentemente - tendencia de clasificar las expresiones del pensamiento precediéndolas de rótulos y hasta de motes.

Tal actitud se complace, a veces superficialmente, en crear contraposiciones Y en colocar las ideas en falsas simetrías que en ocasiones dejan perplejo al lector al que constriñen ante posibilidades antagónicas irreductibles - en la mayor parte no son tales ~ y ello genera escepticismo acerca de la validez de los conocimientos jurídicos y proyectan

la sospecha de arbitrariedad sobre toda construcción dogmática en la que, según este enfoque, sólo hay blancos y negros y la posibilidad de adoptar algún tono del gris está vedada o es fuertemente impugnada.

El problema de la causalidad, según Fierro, suele manejarse en el mundo jurídico, pero siempre se ha pensado que la cuestión de la causalidad aquella elaborada por la ciencia y la filosofía - no es lo que interesaba al derecho y por ello hace décadas atrás se prefirió sostener la existé'ncia de un concepto de *causalidad jurídica* - afirmación duramente criticada por muchos-;

lo cierto es que puede haber sido un error inventar una causalidad particular, una causalidad para andar por la casa del derecho penal, como decía JIMÉNEZ DE ASÚA, que difiera de la elaborada en el campo científico, pero ese error no invalida la idea central que subyace en dicho intento y lo que en definitiva se discute puede ser una cuestión de denominaciones. Desde un concepto semántico estricto, no puede dejarse de reconocer que al derecho no le compete crear una *causalidad* particular; ella es una sola, aquella *necesaria* e *infinita* de la que habla tanto la ciencia como la filosofía, siendo por ello la equivalencia de las condiciones la teoría que mejor se adapta a ese criterio. Pero sus opositores tienen parte de razón, puesto que ese concepto de *causalidad* no siempre es el que interesa al derecho, equivocándose empero al denominar *causalidad jurídica* a lo que debiera ser llamado imputación, o deterTllinación, o motivación o atribución o razón suficiente, según sea el caso.

En síntesis, Para Fierro: que es menester explicar mejor lo siguiente: la imputación no pretende sustituir el principio de causalidad como categoría del conocimiento, sino manejarlo -no ya a la causalidad que pertenece al mundo del ser y resulta inmanejable, sino a esa creación hUrT)ana que llamamos el *principio de causalidad* - conforme a las propias necesidades jurídicas. Dicha utilización particular para satisfacer los fines del derecho, que sería arbitraria desde una perspectiva intelectual estrictamente causalista, - toma los cursos causales en la medida y con el alcance en que ellos sean adecuados a esos fines y desecha la problematica de la causalidad, inescindible desde un punto de vista científico o filosófico, cuando ella le es ajena.

Es que el derecho, según F.ierro, computa esencialmente otros ingredientes que son ajenos a la pura *causalidad,* esto es, la *valoración* en función de los *fines* perseguidos, insita en toda norma jurídica, y la *libertad* que conlleva toda acción humana, objeto de esa valoración, sea ésta positiva (aprobación) o .negativa (reproche). Tales componentes están incorporados

al concepto de imputación, que tiene un punto final, y no al de causalidad, signado por la necesariedad y la infinitud. Ambas posturas, aquellas que rechazan de plano la existencia de una causalidad jurídica y las que la -admiten, tienen desdesuspmpios puntos de vista su cuota de verdad y la -- correlativa de error.

Finalmente, en lo que respecta a la omisión, Fierro deslinda el fundamento de la imputación en los delitos de omisión con la causalidad; distinguiendo entre riesgo permitido y desaprobado. En ese sentido, Fierro entiende a la imputación objetiva como una categoría general válida para todos los tipos penales; siendo el núcleo de la misma que: el resultado solamente será imputado objetivamente cuando secrealice en él el riesgo jurídicamente no permitido creado por el autor.

Frente a lo indicado, se tiene que, en la enjundiosa obra de Fierro se analiza con rigor la causalidad en materia penal, sin olvidar sus desarrollos en el ámbito civil. Repasa con particular erudición, la evolución histórica de tan apasionante tema, partiendo del pensamiento primitivo hasta la física cuántica, que con sus nuevos conceptos transforma la causalidad en una probabilidad. -

En suma, el autor se adhiere a la conceptualización jurídica de causa.
En tal sentido para dilucidar cuando una consecuencia puede ser atribuida a la acción de un sujeto, sin renunciar a las leyes naturales, sostiene que cabe hablar de una relación de imputación en vez de causalidad. Le asigna al procedimiento de la "conditio sine qua non" la función práctica de la verificación de una pista seleccionada en forma previa por la experiencia. Considerando que, sirve más para descartar una supuesta condición del resultado que para afirmarla como tal.

2.2.2.3 **TOMA DE POSICIÓN**

Desde la perspectiva del naturalismo, el tipo penal fue concebido con base en criterios propios de las ciencias naturales, y por esta razón se elaboró el dogma de la causalidad. Esto originó las siguientes consecuencias:

a. Para la realización del tipo bastaba demostrar que entre la actividad del hombre y el resultado existía un nexo de causaJidad que debía ser corroborado empíricamente. La imputación se redujo, entonces, a la determinación de la relación de causalidad, y la teoría que sirvió para la explicación de este elemento fue la equivalencia.

b. Si el dogma causal debe predicarse en todas las clases de delitos, entonces en el tipo de omisión, la misma deberá darse. Sin embargo, naturalísticamente, como acción y omisión no pueden presentar una misma identidad, origina gue la omisión (específica mente la impropia) tenga una especial relación de causalidad, que al menos, la haga equivalente (correspondiente) con la comisión.

c. Esa relación de causalidad especial implica una reformulación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, específicamente, la fórmula de la conditio sine qua non, en el sentido que, se establezca, hipotéticamente, que si el sujeto hubiese actuado conforme a la conducta mandada el resultado hubiese desaparecido (al menos con una seguridad rayana a la certeza).

Sin embargo, en la actualidad, estas tres consecuencias de la perspectiva naturalista pueden ser observadas en la siguiente forma:

d. Afirmar que la imputación se reduce a la demostración del nexo causal se está confundiendo dos categorías *per* se independientes, dado que, la causalidad busca averiguar qué papel desempeña en el complejo causal, un acto humano que se inserta entre los antecedentes del resultado; y para ello toma el dato óntico, lo que se presenta en la realidad. En cambio, la imputación es un juicio normativo, que emplea criterios de valoración que brinda el ordenamiento jurídico. Si, ontológicamente puede haber una relación entre el acto cÓn el resultado, no siempre implica que el resultado se le pueda imputar al autor como el producto de su comportamiento.

Al analizar, naturalísticamente a la omisión, originó, por un lado cuestiones intrascendeiltes, tales como: si la omisión, para que sea

punible, debe o no preceder a la acción; si puede o no darse un concurso cuando concurre tanto acción y omisión. Y, por otro lado, el ingreso, en el seno de la discusión dogmática, una supuesta inconstitucionalidad de los tipos de omisión impropia, debido a su falta de identidad con la acción .

c. Si para salvar cuestiones como la constitucionalidad de los tipos de omisión impropia se tuvo que elaborar criterios de equivalencia con los tipos de comisión, como son: la causalidad hipotética y la posición de garante, entonces, se debe afirmar que estos tipos penales son inconstitucionales, dado que, estos criterios de equivalencia no han podido cumplir con su función asignada.

d. En lo que respecta a la causalidad hipotética,315 su función como nexo entre la omisión con el resultado fracasa: a) porque este tipo de causalidad es en sí un tipo de imputación; es decir, si la relación de causalidad implica establecer un nexo óntico, que precisa, a *posteriori,* de una valoración jurídica través de las reglas de la imputación, se tiene que, al incorporar mentalmente la actividad omitida~ se *(pre)juzga,* se *(pre) valora,* que la misma hubiese evitado el resultado: este nexo implica, *per se,* a la imputación; b) porque la fórmula: seguridad rayana a la certeza genera resultados indemostrables: hipotéticamente puede ocurrir todo (hasta la peor enfermedad del mundo puede ser curada), mas ello no implica que hacía sea en la realidad; c) porque si en el tipo de comisión no se trabaja con la fórmula: seguridad rayana a la certeza entonces qué equivalencia o correspondencia este tipo tendría con l~ omisión (impropia), el cual, supuestamente, si emplea esta fórmula.

No obstante, el problema práctico de extender el análisis causal a la omisión es que obliga a suponer una causalidad hipotética (¿qué habría sucedido si el demandado hubiera actuado?)316 y ello causa problemas muy serios de prueba. El concepto de acción supone la causación de efectos y el de omisión su ausencia, pero siempre que hacemos algo evitamos algo (lo que habría ocurrido si no hubiéramos hecho nada) y omitimos algo (lo que habríamos podido hacer pero no hemos hecho).317

Filosóficamente, hay muchos trucos para rodear el problema de la causalidad en la omisión. Véase el siguiente: hay causas "propiciativas" *(contributing),* que contribuyen positivamente a la ocurrencia del efecto, y "resistivas" *(counteracting),* que contribuyen a su no ocurrencia: fumar es causa propiciativa de cáncer de pulmón; hacer ejercicio es una causa resistiva. Este carácter no es absoluto, pues puede alterarse en presencia de otras causas: la arena es causa propiciativa de accidentes de carretera, pero en presencia de *hielo* es causa resistiva.[318]

Sin embargo, si es tan dificultoso mantener unS3 categoria como es la causalidad en el campo de la omisión, porque no decidir prescindir de ella. Y lo ~difiéultoso esqúe la causalid¿d-es una categoría ontológica,319 como afirmó correctamente Gimbernat, y la omisión se ubica en el campo normativo. y en ese orden de ideas, son de recibo determinadas aportaciones de Gímbernat, así como, de Fierro.

En lo que respecta Gimbernat es correcto plantear que la abstención de una prestación positiva puede *crear* o *aumentar* el peligro de afectación a una expectativa esencial de la identidad normativa de la

sociedad. En efecto, la abstención de una prestación puede conllevar un exceso en la configuración de su ámbito de orga¡::¡ización, y por ende, la infracción del rol genérico de ciudadano: *no dañar* esferas *de organización ajena,* generando, además, la presencia (creado o aumento) un peligro o riesgo en el titular de la esfera de organización afectada por el exceso de configuración del infractor.

Por ende, desde una perspectiva naturalística, la omisión no crea nada; pero, desde una perspectiva normativa - valorativa, el operador jurídico puede interpretar que, la abstención típica de una prestación positiva puede generarun riesgo a la identidad normativa de la sociedad.

Por otro lado, lo que no se comparte de la tesis de Gimbernat, es que, al centrar su posición en la transformación de una fuente de peligro lícita a una ilícita, le es indispensable precisar cómo se da esa transformación; y, sobre este punto, Gimbernat considera que la posición de garante de una fuente de peligro para el bien jurídico es el indicador que permitirá establecer si se dio o no esa transformación; es decir, si el garante no controló la fuente de peligro, y ésta se transformó en ilícita, entonces tendrá que asumir las consecuencias que generen los resultados perniciosos.

En ese sentido, la injerencia, la creación de riesgos y la vigilancia de terceros serían las situaciones generadoras del deber de realizar controles (originarios o posteriores), dado que, éstos son los casos, por los cuales, una persona se convierte en garante de fuentes de peligro.

Sin embargo, esa lectura generaría grandes lagunas de impunidad, y, peor aún, no tendría legitimidad fundar la responsabilidad penal en la exclusiva infracción de un deber de vigilancia o control.

En efecto, presenta dificultades dogmáticas el hecho de considerar la infracción del deber de vigilancia un hecho merecedor de responsabilidad penal, especialmente, si el injusto no depende, como tal, del delito cometido por el sujeto.

Por otro lado, se comparte la posición de Fierro de que en el tema de la causalidad, se ha caído en el error que, para temas como la omisión, se ha tenido que crear una *causalídad particular (i!);* cuando la causalidad (como categoría ontológica que es) siempre es una sola: *aquella necesaria* e *infinita de la que habla tanto la ciencia como la filosofía,* Y en.-ese orden de ideas, tesis como la causalidad hipotética es un claro ejemplo del error que cayó un sector de la dogmática jurídico - penal.

Frente a ello, la lectura de Fierro es clarísima; esto es, *si el Derecho requiere de un instrumento apropiado* a sus *necesidades, entonces la categoría* a *elaborarse no debería ser un equivalente funcional de una categorfa, como la causalídad, que per se no presenta ninguna.*

En ese *orden de ideas, el instrumento idóneo* es *la imputación, entendida como el juicio normativo - valorativo destinado* a *atribuir el resultado* a *la conducta riesgosa realizada por la persona;* satisfaciéndose los fines del derecho, al alejamos de urfa perspectiva intelectual estrictamente causalista, inaplicable en el tema de la omisión.

En suma, en un modelo de imputación de responsabilidad en base a los roles, ni la relación de causalidad, ni la vigilancia de fuentes de peligro, cumplen un papel adecuado; máxime, si como se ha indicado a lo largo de esta tesis, *se debe partir en la distinción entre el plano del ser* y *el plano de las valoraciones; en el primero, sólo* se *presentan actividades positivas (acciones), puesto que,* son *imperceptibles' para nuestros sentidos las omisiones;* y *en* ese *orden de ideas, las omisiones sólo* se *presentan· en el plano de valoraciones (el. observador valorando lo realizado por el sujeto, podrá afirmar que, este último omitió algo);* y *el plano de valoración, fa relevante para el Derecho penal,* es *la valoración normativa* a *partir de lo descrito en el tipo penal, en donde, el operador jurídico, delimitado por el sentido del tipo penal, valorará si la infracción de un rol* o *deber (genérico* o *específico) conlleva* a *imputarle objetivamente af infractor los resultados perjudiciales que por* su *obrar ha generado* a *fa identidad normativa de fa sociedad. Por tanto, en el esquema expuesto, la relación de causalidad no detenta papel alguno;* sí el tema en cuestión descansa en el plano ontológico, entonces la relación de causalidad tiene razón de ser (como categoría óntica que es).

2.2.3 LA POSICIÓN DE GARANTE ¿ES EL ELEMENTO COMÚN ENTRE LA ACCIÓN Y LA OMISIÓN?

Como se indicó en el apartado anterior, desde una perspectiva naturalística, la acción y omisión (impropia) son figuras que no pueden presentar una identidad sino solamente una equivalencia o correspondencia; entonces, para justificar la punibilidad de la omisión (impropia) se requiere que su injusto esté contenido en un tipo comisivo o en uno propio, y que el sujeto activo cuente con una posición especial y excluyente, denominada: *posición de garante.*

Sin embargo, como se indicó anteriormente,320 la posición de garante, como elemento especial y excluyente del tipo de omisión· impropia, no encuentra sentido en un modelo de imputación de responsabilidad en base a roles.

En efecto, en este modelo de-imputación, la perspectiva a tomarse- en cuenta no es naturalista, sino normativa, en donde, son los títulos de imputación: competencia por organización / competencia por posición . institucional lo determinante en la configuración de los tipos penales y los indicadores que permitirán establecer si el comportamiento de la persona se adecua o no a un determinado tipo penal.

En ese sentido, la omisión es una idea que nace con la norma. Es decir la acción y la omisión que interesan para elaborar una teoría del delito no so~ conceptos naturales, la significación de ellas depende de la regulación legal,
de la estructura de cada tipo.

Ante este cambio de paradigma, de que la acción y omisión, según la estructura de un concreto tipo penal, pueden ser intercambiables, porque lo primordial es la infracción de un deber; cabe preguntarse, si la misma intercambiabilidad puede darse con la posición de garante; es decir, si la omisión no presenta un deber exclusivo y excluyente, ¿podrá afirmarse que, si tanto la acción como la omisión pueden configurarse sobre la base de deberes,
el sujeto activo en ambos casos detentará una posición de garante?
Síla respuesta es afirmativa, entonces la posición de garante encuentra un lugar en un modelo de imputación de responsabilidad con base a roles; si por el contrario, la respuesta es negativa, entonces tendríamos que eliminar del sistema de delito a este deber de garantía.

2.2.3.1 TESIS DE HERZBERG

Herzberg pretendió construir un concepto de acción tomando cemo modelo la estructura de la omisión delictiva. Para él, este punto de partida se justifica por el fracaso de las concepciones naturalistas que habían procedida a -¡a inversa. Consiguientemente, se trata de descubrir, también el la acción, la presencia de *un sujeto especialmente responsable que no evita un resultado delictivo que podría evitar.*[321] esto es ,la denominada teoría negativa de la acción. El concepto se llama *negativo* es porque lo decisivo lo que el autor *no hace.*

Para. la teoría del concepto negativo ello es perfectamente posible, puesto que, si generalmente se reconoce una posición de garante, que sUf']e

del deber de control de una fuente de peligro, es evidente que tal posición será tanto más clara cuanto más cerca esté el sujeto de la fuente de peligro. En este sentido, parece incontestable, afirma Herzberg, que el centro de peligro' más próximo al individuo es su propio cuerpo: si *pudiendo hacerla, el sujeto no evita que de su cuerpo salgan peligros para terceros* se *dan los elementos necesarios para hacerla, en su caso, crimína/merrte responsable.*[322]

Así, por abstracción, acción es evitable no evitar una *posición garante;* y este concepto de acción puede cumplir perfectamente la función de supraconcepto de las modalidades delictivas comitivas y omisivas.[323]

A esta conclusión llegó Herzberg debido que, los atributos de la omísitn: (a) contraria al deber de cuidado; y, (b) penalmente desvaloradacomo característica común de todos los delitos el *injusto·penalmente típico,324*

Como se aprecia, en la concepción de Herzberg, la posición de garante, debería ser un elemento común tanto de la omisión como de la acción, dado que, la estructura de esta última parte de la primera, *Esta deducción lógico abstracta,* se originó a partir del problema de la equiparación entre la omisión impropia con los tipos puros de resultados (realizables vía acción); y entendiendo que para la configuración de este tipo penal, es imprescindible, entre otros elementos, que el sujeto se encuentre en una posición de garante, concluyó que este elemento se presenta tanto en la acción como en la omisión.

2:2.3.2 TESIS DE JAKOBS

A diferencia de Herzberg (quien realiza un proceso de *abstracción* de .la ley penal a fin de determinar a la posición de garante como fundamento de la equiparación entre la omisión impropia con la comisión; y, por consecuenciá *lógica,* estimó que la misma era común tanto para el hacer como para el no hacer; le permitió entender la posibilidad de elaborar un supraconcepto que englobe la acción y la omisión), Jakobs parte de su entendimiento de la *sociedad* para afirmar *que tanto en la acción como en la omisión~eJ sujeto activo debe detentar una posición de garante.*

En efecto, Jakobs considera que el *mundo social no está ordenado de;' manera cognitiva, sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativos, sobre la base* de *competencias,* y *el significado de* cada *comportamiento se n'ge por el contexto ... se trata* de *delimitar el comportamiento socialmente adecuado* o *inadecuado".* 325

Para Jakobs, en una sociedad donde los contactos suelen ser anónimos, se torna imprescindible que las expectativas de comportamient6[U] sean fijadas normativamente; se sepa qué rol va a desempeñar cada persona. Para ello, debe pensarse en que cada persona porta un *rol* determinado, que significa la expectativa que genera, es decir, lo que los demás esperan de él, porque así se podrá encontrar en *situación de garantía* y responderá por la frustración que produzca, lo que en definitiva será el resquebrajamiento de la norma, que es lo mismo que decir *el delito.* 326

Se aprecia que, para Jakobs, la persona, en convivencia social, debe actuar cumpliendo roles. Persona es quien se le adscribe el rol de un ciudadano respetuoso del derecho, Estas personas, en el pensamiento de Jakobs, suscriben ciertos estándares de conducta, ocupan posiciones y desde allí obran intersubjetivamente.

Sin embargo, la persona como portador de un rol, como -sujeto adscrito a deberes, para Jakobs, no lo es por naturaleza, sino que surge a través de atribución; asimismo, las expectativas que se le dirigen no son de carácter cognitivo, sino normativo; su contenido.) no dice que la persona se organizará de un modo determinado, sino que es competente para ello.[327] Y en ese orden de ideas, para Jakobs, la sociedad, en principio, atribuye a cualquier persona *deberes negativos,* los cuales son deberes de no atribuirse la organización que compete a otro y de revertir la atribución que ya haya tenido lugar[328]; y por otíO lado, la misma sociedad atribuye *deberes positivos* a personas con status especial;329 estos deberes implican que el obligado debe configurar un mundo - parcialmente - común con el tutelado, es decir, evitarle incluso daños que el especialmente obligado no ha causado así como proporcionarle en general ciertos "beneficios".330

Ahora bien, si la persona, como *constructo* de la sociedad, es portadora de roles, una base común de estos roles es que la persona tenga la capacidad de *evitar* los resultados perniciosos que ámbito de organización puede generar. La evitabílidad se, determina con la ayuda de la hipótesis de que el autor, sí hubiese tenido el motivo dominante de evitar una determinada acción, lo habría evitado.[331] Para el jurista alemán, las normas jurídicas son siempre e¡c.. motivo dominante, y lo que resulta en cada persona individual, a raíz del motivo dominante depende de su capacidad individual de dirigir su com portamiento. 332

En ese orden de ideas, para Jakobs la *acción* sería *"la causación de un resultado' evitable";* es decir, la realización individual y evitable del resultado; y la *omisión* sería *la no evitación evitable del resultado.* Sin embargo,

Igualmente, la teoria funcional, fundada en criterios sociologicos que si bien partia de la relacion factica entre los sujetos, amplia excesivamente el. deber de garante,, volviendolo en rnuchos casos vaporoso e indeterminable.[349]
En cambio, si se entiende a la persona - garante como aquella persona, titular de roles o deberes, entonces no generaria disfuncionalidad alguna al modelo de imputacion de responsabilidad sobre la base de roles. En ese orden de ideas, si en el caso concreto, la persona ha incumplido con su rol generico de ciudadano (e! deber negativo de no afectar esferas ajenas), se puede afirmar el mismo mensaje a traves de la siguiente preposicion: ***la persona garante en cumplir con su rol generico de ciudadano ha incumplido en observar tal roL*** Como se aprecia, ***la posicion de garante de una persona solo cumpliria un papel semantico similar a la siguiente preposicion: la persona es titular de roles o deberes.*** Ni cumple una funcion exclusiva y excluyente en el tipo de omision impropia, como es ejercer la funcion de permitir la equivalencia material entre este tipo de omision con la comision; ni fundamentar un supuesto especial de autoria.[350]
En suma, compartimos con la posicion de Jakobs que entiende al sujeto - garante como persona portadora de roles o deberes. Sin embargo, nos alejamos del citado jurista aleman, en puntos muy concretos, como son: a) el contenido de la identidad normativa de la^sociedad, el cual, debe estar orientado a la reaiizacion personal del sujeto;[J] b) la genesis de la obligation juridica, la misma que debe consistir en el reconocimiento de la persona como *ser libre;*[352] y, c) sobre la naturaleza del rol que servira de base para el juicio de imputacion, en el sentido que, ante un juicio normativo como es la imputation, se requiere analizar a la persona (sujeto de la imputacion) a traves de roles normativos (que obviamente parten de los roles y deberes que, *por el principio de constitucionalidad,* se les pueden imponer a las personas en sus contactos sociales que realizan como seres libres; pero, roles que deben ser interpretados a traves del *codigojuridico)*[353]

2.3 EL JUICIO DE IMPUTACION OBJETIVA COMO HERRAMIENTA NOMOLOGICA PARA LA ADSCRIPCION DE LA CONDUCTA AL. TIPO PENAL

A lo largo de la presente exposition teorica, se puede vislumbrar que, nos aunamos a aquel sector de la doctrina que busca reemplazar la posicion de garante como fundamento de la omision impropia; y por el contrario, postulo la no necesidad de buscar una distincion entre la omision (impropia) con la action en sede del tipo de comision, sino que, a traves de la imputacion objetiva, lograr dar sentido tipico (identidad) a la conducta realizada por una persona.
En efecto, considero que se debe trabajar la conducta tipica del sujeto activo a traves de principios y reglas normativas - valorativas (Ej.: responsabilidad por el propio comportamiento, separation de esferas organizativas autonomas, entre

otras), que buscando definir el contenido de un deber especial, exclusive y excluyente (como la posicion de garante), insertado desde una dogmatica de corte naturalista.

El problema no radica en distinguir las acciones de las omisiones, asi como, fundamentar el injusto de la comision por omision en la posicion de garante, sino que, *es un problema de adscripcion;* esto es, que la conducta de la persona (cualquiera que sea) tenga un sentido tipico. Y ello se determinara a traves de las *reglas de la imputacion objetiva* (figura por la cual es aplicable en la realizacion, por parte de la conducta, de cualquier tipo penal), deducidos de ideas rectoras, asi como, de principios axiologicos que no son de propiedad de un determinado tipo penal (como es el caso de la posicion de garante del denominado tipo de omision impropia). En suma, mas que distinguir estructuras tipicas hay que interpretar el tipo penal; y la forma como debera realizarse este juicio de adscripcion a traves de la imputacion objetiva, sera el tema del presente apartado. '

2.3.1 EL PRINCIPIO DE IMPUTACION EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRATICO DE DERECHO

Imputar el delito en su totalidad significa *"culpaf* a alguien como a su autor (si impura es atribuir algo a alguien, cuando to que se imputa es algo, etica o juridicamente disvalioso; imputar es culpar de ello). En efecto, como indica, Mir Puig, los tres niveles de imputacion (objetiva, subjetiva y personal) constituyen exigencias del *principio de culpabilidad,* entendido en el sentido amplio que permite y aconseja este termino para servir de fundamento a todas las exigencias que entrana la prohibicion de castigar a un inocente (no culpable) en un Estado social y democratico de derecho respetuoso de la dignidad humana.[354]
A continuacion, se analizara el primer nivel de imputacion (la objetiva), el cual, en el marco de las garantias de un Estado social y democratico de derecho, afirmar el disvalor intersubjetivo de la conducta y el disvalor del "resultado del tipo objetivo.

2.3.2 EL JUICIO DE IMPUTACION EN EL TIPO OBJETIVO

En principio, el termino *imputacion* asoma por primera vez en version "moderna" en la obra de Samuel Pufendorf, hacia mediados del Siglo XVII.[355] Con esta expresion, el autor entiende la posibilidad del individuo de impedir (gracias a *fu fuerza)* que se produzcan acontecimientos nuevos, hasta en la hipotesis en que el, imposibilitado en el momento de la comision del hecho, sin embargo habria podido evitar ponerse en la situacion que ha dado origen al comportamiento peligroso. Al echar las bases del concepto *actio libera in causa,* si bien de

manera incompleta, Pufendorf procede a la creacion de dos modelos de imputacion: ordinaria y extraordinaria. Trabajando en torno de la estructura de la imputacion ordinaria se llego luego a distinguir el par *imputatio facti* y *iun's,* y a aquel en gran parte semejante de *imputatio fisica* y *moralis.*[356]
Sin embargo, la teoria de la imputacion encueWa un desarrollo interesante desde los aportes de los filosofos como Aristoteles, Hegel y Kant, en relacion con el concepto de Derecho en general, y con aplicaciones a problemas especificos del Derecho penal en Feurbach, los hegelianos y la filosofia juridica valorativa de los neokantianos.[35']

En Aristoteles, desde una perspectiva muy particular, desarrolla una sugerente teoria de la imputacion; asi para Aristoteles, la imputacion descansa en el principio general del *dominio del acto,* en virtud del cual una accion solo sera imputable al hombre si se halla en el poder de este (si el mismo es su *dueno)* esto es, cuando se verifies la posibilidad de que el hombre dominara la situation hasta'el punto de que hubiera podido actuar de otro modo. De lo contrario, en lugar de accion imputable al hombre, habria caso fortuito inimputable.
En efecto, dice Aristoteles, que se obra voluntariamente porque el. principio del movimiento de los miembros instrumentales en acciones de esa clase esta en el mismo que las ejecuta, y si el principio de ellas esta en el, tambien esta en sus manos el hacerlas o no.
Despues de Aristoteles no se produce ningun progreso esencial en la teoria de la imputacion. No obstante, fue hasta la obra de Pufendorf donde se profundiza en la estructura de la imputacion. Asi, este autor utilizaba dos expresiones para explicar el concepto de imputacion: *la imputativitas y la imputatio.* La *imputativitas* esta conflgurada por los presupuestos matenales de la imputabilidad y las condiciones de su exclusion: la accion libre es perteneciente al autor cuando tiene su origen en el entendimiento y la voluntad y posee un modo especifico de determinacion: la determinacion por la voluntad Con la expresion *imputatio,* se hace referencia a las operaciones iudiciales ex post de comprobacion en primer lugar de la concurrencia de los elementos de la imputativitas, y en segundo luga'r, a la valoracion del 360
suceso.
Para Hegel la imputacion es el reconocimiento del sujeto de su libertad V personalidad a' traves del derecho objetivo, es decir, el derecho de la voluntad subjetiva; la persona sabe que el resuitado de su conducts le corresponde como una existencia transformada por su acto. Esto es, en la concepcion hegeliana, la *imputation del acto* a su autor representa juridicamente un juicio cie responsabilidad: mediante la atribucion de la accion al sujeto se verifica la propia responsabilidad. El derecho reconoce a *cada uno por su personalidad.* Desde esta perspectiva, la imputacion no solo consiste en la atribucion de un acto a su autor sino tambien en la atribucion de responsabilidad personal.[362]

En ese sentido, para Hegel, solo puede llamarse imputacion, en sentido estricto, a aquello que en una conducta puede ser reconocido como mio; de tal forma, propuso distinguir entre dos clases diversas consecuencias que una conducta genera, pues mientras algunas de ellas son parte de la configuration misma de la accion, a elle le pertenecen, son su alma y sin ella'nada representan, existen otras consecuencias que no le pertenecen a la conducta sino a la modificacion que en el mundo . exterior ha causado (mi) comportamiento; por consiguiente, solo las consecuencias que pertenecen a (mi) conducta, como modificacion del mundo exterior, pueden (serme) imputadas, mientras las consecuencias que se derivan no de (mi) conducta, sino de la modificacion producida en el mundo exterior, no (me) deben ser imputadas.[363]

Para Kant, la imputacion (imputatio), en su significado moral, es aquel juicio a traves del cual alguien es contemplado como *causante personal* (causa libera) de una accion, sometida a leyes, y a pesar de todo llamada hecho (factum).[364]

Para Feurbach, la imputacion es la relation (de causa a efecto) existente entre la determination de la voluntad de un sujeto causante y un acto descrito como punible por cuanto contradice la ley penal: la accion humana, infractora de la ley, es imputable al sujeto.[365]

Por otro lado, a principios de los afios 30 Honig pretendio, con la teoria de la imputacion objetiva, restringir de un modo "objetivo" e! concepto ilimitadamente "objetivista" del tipo penal, en aquel momento imperante en la teoria causalista.[366] En efecto, el punto de partida de Honig, es la vieja pugna entre la teoria de la equivalencia y la teoria de la adecuacion, pero inmediatamente lieva la discusion a otro terreno, at constatar que en la ciencia del Derecho no es posible que lo unico que importe sea la comprobacion del nexo causal en si, sino que hay que discutir la explication de una determinada propiedad, que corresponde a las exigencias del orden juridico, del nexo existente entre accion y resultado.[367]

« Frente a ello, Honig recurre a la *perseguibilidad objetiva-de una finalidad,* para eliminar cursos causales guiados por lacausalidad y distinguio en ella el criterio decisivo de un juicio de imputacion autonomo, absolutamente independiente del juicio causal; para ello Honig se sirvio del caso del *tio rico,* caso aim hoy discutido, para ilustrar como algo no puede ser objetivamente perseguido como fin.[368] Imputable solb seria aquel resultado que puede ser considerado como que ha ocurrido sirviendo a los fines.[369]

Otro autor considerado como fundador de la moderna teoria de la imputacion objetiva fue Karl Larenz, cuya investigation precedio a la de Honig. Larenz, preciso que el criterio juridico de la *imputacion* es un elemento distintivo de la causalidad penalmente relevante. Asi, segun este autor, que la imputacion no significa otra cosa que el intento basico de delimitar el *acto propio* del *suceso fortuito,* en cuya virtud la *imputacion objetiva,* es el juicio a traves del cual se *atribuye* a un sujeto un acto como propio.[370] La impronta causalista - naturalista

es evidente en Larenz, toda vez que, la imputacion objetiva, concebida como criterio de delimitation entre acto humano voluntario y acontecer fortuito, es objeto de consideration, por parte de la dogmatica penal imperante en aquel momento, *casi exclusivamente desde el punto de vista naturalistico de la causalidad*[37]
Partiendo de la conception filosofica en la que Larenz basa su construction, esta determinacion debe llevarse a cabo comprobando si lo sucedido constituye una action del sujeto, lo que solo sera el caso si el hecho puede entenderse como realization de su voluntad. La voluntad se realiza en el hecho en la medida en que constituye su principio determinante. Por ello,
para Larenz la imputacion al hecho es la referenda del acontecer a la voluntad, cuya determinacion fundamental, su esencia, es la libertad, que en cuanto significa *autodeterminacion* y pertenece al ser de la persona como *expresión* de su yo y de su racionalidad, abre la posibiiidad de imputar al ser humano su hecho como propio y hacerlo responsable-del mismo. El juicio de imputación sobre el hecho se configura, por tanto, como un juicio teieologico; dada la capacidad de la voluntad para establecer y realizar fines y dirigir el curso causal hacia una meta determinada, la voluntad domina lo que acontece en la naturaleza y lo convierte en hecho propio.

Con base a los aportes ofrecidos por Larenz y Honig a comienzos del siglo XX se ha construido la moderna teoria de la imputacion objetiva. No obstante' en la actualidad los fundamentos y alcances de la misma evolucionan en direcciones muy distintas de las que en su momento le imprimieron Larenz y Honig. El eje central se ha desplazado de la posibilidad de dominacion de la causalidad y de la separacion del hecho propio de los sucesos accidentales, a la accion peligrosa juridica'mente desaprobada, que se constituye en la base del sistema.[373] *

Asi, se habla de la imputacion objetiva en el sentido de un juicio o **de** una pluralidad de juicios orientados a fijar y a explicar las relaciones que deben establecerse entre los elementos del tipo objetivo para que el hecho sea juridicamente relevante, y que se ha convertido en el centra de una gran controversia. A continuacion se describiran, a saber, los mas importantes modeios de imputacion objetiva.

2.3.2.1 MODELO DE ROXIN

Antes de describir el modelo de imputacion objetiva (del resultado) **de** Roxin es menester presentar su sistema de delito, en el cual, se inserta la imputacion objetiva. Como se sabe, la propuesta metodologica de Roxin es la construccion de un proyecto sistematico - teleologico - politico criminal, esto es, un sistema orientado a valores. Su modelo no se define en terminos exclusivamente

consencuencialistas de prevencion eficaz del delito, sino que en su concepto nos hallamos ante una polftica criminal valorativa, que integra las garantias formales y materiales del Derecho penal.[374]

En ese sentido, Roxin ha estructurado el sistema de Derecho penal en cuatro funciones distintas, funcionalizando el tipo a partir del principio del *nullum crimen,* las causas de justificacion sobre la base de la solucion social de conflictos, la culpabilidad desde la teoria de los fines de la pena y, en trabajos complementarios, las condiciones objetivas de punibilidad con base en ponderaciones de intereses extrapenales.

En lo que respecta a la imputacion objetiva, Roxin retomo los e'studios sobre esta teoria en los comienzos de los ahos 70; es decir, se considera que el nacimiento de la moderna teoria de la imputacion objetiva no tuvo lugar hasta el ano 1970, en el que Roxin, en el Libra - Homenaje a Honig, dio el paso decisivo, extendiendo esta categoria mas alia de la definicion de Honig de la posibilidad objetiva de imputar como posibilidad de dominio mediante la voluntad humana.[37]

Para el jurrsta aleman, una dogmatica del tipo objetivo circunscrita a la muerte sobrevenida en el bosque a consecuencia de la caida de un rayo, solo se excluyan de la tipicidad a traves del tipo subjetrvo, ya que, comodeci.q Welzel, quien persuadio a la victima para que se adentrara al boque con la esperanza que le alcanzara una tormenta, no actuo con dolo de matar. Con mejor criterios, con argumentos de imputacion objetiva *{Objektive Zurechnung),* no se trata de un problema de dolo o tipo subjetivo, slno del tipo objetivo, ya que el tipo objetivo del homicidio no lo proporciona *solo)a* causalidad (en sentido naturalistico) sino aquello que, de forma juridicamente relevante, constituye un homicidio. De ahi que la imputacion al tipo objetivo se pueda basar en dos principios: (1) un resultado causado por quien actua solo es imputable al tipo objetivo si el comportamiento del autor no crea un neligrn para el objeto de la accion cubierto por el riesgo permitido, y el peligro asi creado se ha realizado en el concreto resultado; (2) aunque el resultado que representa la realiz'acion de un peligro creado por el autor seria, por regia general, imputable, de manera que se realice el tipo objetivo, sin embargo, excepcionalmente, puede excluirse la imputacion si el ambito del tipo no abarca fa evitacion de tales peligro.

Asi pues, la imputacion objetiva requiere, ante todo, *a)* que se haya creado *un nesgo no permitido,* lo que 'no ocurre en los cases, ya conocidos, de *dismmucion del nesgo* y de *creacion de riesgos permitidos,* como el del rayo y los de act.v.dades nesgosas (trafico aereo. naval, maritimo y automovilistico) generalmente permitidas. El criterio para determinar el caracter permitido o no permitido del nesgo es el del' observador objetivo ex *ante,* con los conocimientos (especiaies) del autor. Creado, asi, el riesgo no permitido, queda descartada toda consideracion ulterior acerca de posibles *cursos causales hipoteticos.* En estos casos, en los que se decide la causacion del resultado, como en aquellos en que su produccion se intensifica, se ha creado un nesgo no perm.tido imputable; *b)* el riesgo no permitido creado, ademas, ha de haber *causado el*

resultado, lo que no ocurre cuando no ha sido el riesgo desencadenado por el autor el causante del resultado sino *otro relacionado con aquel.* A este grupo de casos, de no concrecion del riesgo tipico pertenecen, entre otros, los supuestos de *nesgo atipico.* El supuesto mas importante y representative de falta de concrecion del riesgo engloba los casos de riesgos no abarcados por el *ambito de proteccion de la norma* Asimismo acontecimientos que el tipo no esta predeterminado a evitar, no se imputan (responsabilidad de la victima).
La amplisima gama de supuestos estudiados por Roxin con criterios de imputacion objetiva, por tanto, pueden refundirse en dos grandes grupos" *a)* el riesgo ha de. haber causado el resultado *(causaiidad del riesgo),* lo que no ocurre cuando el *comportamiento alternativo correcto* tampoco lo habria evitado; *b)* debe tratarse de un riesgo contemplado en el *ambito de proteccion de la norma lesionada.*

Mencion aparte merece la consideracion que el fundador de la moderna doctnna de la imputacion objetiva hace del caso, muy cuestionado por la doctrina mayoritaha, en que el autor ha aumentado el riesgo de la produccion del resultado y *no es seguro* que si comportamiento alternativo correcto lo hubiese evitado *{doctnna del aumento del nesgo,* que se contrapondna a la dominante, de exigencia de riesgo efectivo en el resultado). Frente a quienes oponen que ello convertiria a los delitos de lesion en delitos de peligro, responde Roxin que la unica diferencia entre ellos reside en la produccion del resultado lesivo en los delitos de lesion (lo que se constata en los casos amparados en su teoria del aumento del riesgo) y la produccion de un resultado - peligro, como quiera que este se determine en el tipo correspondiente, en los delitos de peligro.

De lo sefialado, las pautas efi el modelo de imputacion del resultado, para Roxin son:

- El primer nivel de la imputacion objetiva del resultado (creacion de un riesgo no permitido), se rige por los siguientes principios:

1. Se excluye si son conductas que disminuyen el riesgo.- Si el agente actua para disminuir el dano proximo corrido por el bien juridico y produce un resuitado, este no "puede ser imputado a su conducta porque la norma no debe prohibir acciones que buscan proteger aquel. Debe reunirse tres requisites: (a) debe tratarse del mismo bien juridico, cuya titularidad pertenezca a un solo sujeto; (b) que exista una misma relacion de riesgo; (c) que el sujeto no este obligado a reducir integralmente el peligro.
2. Se excluye si son conductas que no crean para el bien juridico un riesgo juridicamente desaprobado.- Si el autor realiza un comportamiento conforme al derecho, juridicamente permitido, no le es imputable objetivamente el resultado producto de esa accion. En tres casos puede configurarse esta figura: (a) todas aquellas conductas que valoradas ex *ante,* no representan ningun peligro

relevante para el bien juridico; (b) las conductas que, si bien llegan a significar un peligro relevante para un bien juridico, son consideradas socialmente adecuadas; y, (c) conductas que no incrementan en forma mensurable un peligro ya existente.[381]

3. Se configura ante conductas que incrementan o aumentan el riesgo juridicamente tolerado.- De la misma manera, si el agente con su actuar desborda los limites permitidos por el derecho y produce un resultado que afecta el bien juridico, debe afirmarse la imputacion objetiva, pues no le estaba permitido realizar el incremento del riesgo.

4. Se excluye en los casos de riesgo permitido.- Es decir, conductas que ponen en peligro los bienes juridicos pero dentro de limites que establece el ordenamiento juridico, o dentro de los parametros que ha venido configurando historicamente la sociedad. [383]

* E) segundo nivel, la realizacion del riesgo no permitido, se rige por las siguientes reglas: *

1. Se excluye si falta la realizacion del peligro.- Esta excluida ia imputacion, si, aunque el autor haya creado un peligro para el bien juridico protegido, el resultado se produce, no como efecto de pfasmacion de ese peligro, sino solo en conexion causal con el mismo.[384]

2. Se excluye si faita la realizacion del riesgo no permitido.- Asf como en la creacion usual de peligro la consumacion requiere ademas la realizacion del peligro, en caso de riesgo no permitido la imputabilidad del resultado depende adicionalmente de que en el mismo se haya realizado precisamente ese riesgo no permitido.[385]

3. Se excluye en caso de resultados que no estan cubiertos por el fin de proteccion de-la norma de cuidado.- Si bien, es cierto que para la cuestion de la realizacion del riesgo no permitido es importante si la conducta no cuidadosa tiene repercusiones causales, y si esas repercusiones han aumentado el riesgo, o si el aumento alcanza una medida relevante. Tambien es cierto que, alii donde el curso causal este en un nexo perfectamente adecuado con el riesgo no permitido, aun quedara excluida la imputacion del resultado si la evitacion de tales consecuencias no es el fin de proteccion, sino solo un reflejo de la proteccion del deber de cuidado, esto es, el fin de proteccion de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido (diferente al fin de proteccion del tipo penal). Se parte del principio de que las normas de cuidado que se han instituido para que el ciudadano se mantenga dentro de los limites del peligro socialmente tolerado, no tratan de evitar cualquier clase de resultados; su finalidad estriba en prevenir resultados concretos.[386]

4. Se excluye en el caso de conductas alternativas conforme a Derecho.- Se excluye la imputacion, si la conducta altemativa conforme a Derecho hubiera conducido con seguridad al mismo resultado; pues entonces no se ha realizado la superacion del riesgo permitido en el curso real del acontecimiento. Lo

determinante en estos casos no es preguntarse si el resultado se hubiera producido con una gran probabilidad, aun observando una conducta reglamentaria; lo que hay que indagar, es si la conducta^contraria a la norma de cuidado eievo el riesgo de production de un resultado.[387]

. El tercer nivel, dentro del alcance del tipo penal, se rige por los siguientes principios:

1 Se excluye en la cooperacion en una autopuesta en peligro dolosa.- Dado que, segun el Derecho aleman, es en principle" impune la participacion en el suicidio, tampoco puede ser punible la cooperacion en una autopuesta en peligro dolosa.[30,3]
2 Se excluye la puesta en peligro de un tercero aceptada por este- Dado que, el sujeto puesto en peligro tiene la responsabilidad ante el sujeto quien le pone en peligro.[389]
3 Se excluye cuando el resultado se atribuye a la esfera de responsabilidad ajena.- El fin de protection del tipo tampoco abarca ya aquellos resultados cuya evitacion cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro.
4 Se excluye en los danos a consecuencia de un shock, ni los danos a consecuencia de otros.

2.3.2.2 MODELO DE JAKOBS

la construccion del delito como un sistema de imputacion, parte, en" I^kobs en la normativizacion o elaboracion estrictamente juridica de los rnnceotos Para Jakobs, el jurista carece de lfmites en la elaboracion de reglas He imoutacion que determinan la reconstruccion normat.vista de los conceptos. En todo caso, los limites operan de modo inmanente y se^hallan en la *constitution* o la *autocomprension* del respective modelo soc.al.
Como se ha indicado,' el punto de partida de Jakobs es socio normativo, por lo que, la imputacion no puede basarse en la causalidad natural al margen del factor normativo pues una causalidad de ese orden carece de relevancia juridical[93]

Para Jakobs, puesto que la teoria de la equivalencia de las condiciones considera causal toda condicion del resultado conforme a cualquier ley causal, resulta obligado dejar de imputar aquellas condiciones que, a pesar de causar el resultado, lo hicieron como consecuencia de un riesgo que, como contrapartida, ofrecia *ex ante* la perspectiva de un contacto social deseable.[394]
En ese sentido, son tres los presupuestos sobre los cuales construye Jakobs su sistema de imputacion:[395]

• Los seres humanos en sociedad se contactan e interaction funcionalmente, conforme roles estandarizados.

• Cualquier criterio de imputacion debe diferenciar entre: autor, victima y terceros, determinando segun sus roles quien lo quebranto administrandolo deficientemente, y en consecuencia, quien debe asumir el costo de ese quebranto.

• Quienes se mantienen dentro de los limites de su rol, no responde de un curso lesivo, aun en el caso en que pudiese evitarlo perfectamente,

Frente a ello, la teoria de la imputacion objetiva es para Jakobs un primer gran mecanismo de determinacion de ambitos de responsabilidad dentro de la teoria del delito, que permite constatar cuando una conducta tiene caracter (objetivamente) delictivo. Mediante la teoria de la imputacion objetiva, por tanto, en opinion de Jakobs, se determina si concurre una expresion en sentido tipica: el portador del toi se comporta en contradiccion con la vigencia de la norma. Concretamente, la teoria-de-la imputacion objetiva se divide para Jakobs en dos niveles: por un lado, la calificacion del comportamiento como tipico (imputacion objetiva del comportamiento) y, por otro, la constatacion - en el ambito de los delitos de resultado - de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputacion objetiva del resultado). [w] Sin embargo, valga la redundancia, para Jakobs, la imputacion objetiva no es sino la constatacion de quien es garante de que. No todo atane a todos, pero al garante atane lo que resulte de la quiebra de esa garantia; y esto rige tanto para la comision como para la omisión necesidad de tener en cuenta, lo que si ocurre con el concepto normativo de imputacion objetiva de Roxin, cursos causales hipoteticos que tambien habrian desembocado en el mismo resultado. Tan solo cuando el curso causal concreto que debio ponerse en matcha necesariamente habn'a causado el resultado, el resultado debe dejar de imputarse. De ahf que Jakobs resuelva, con la doctrina dominante, en contra de Roxin, los casos de *aumento del riesgo,* pues su unica explicacion reside en que lo primero se quiso excluir de la imputacion, los cursos causales hipoteticos, se quiere recuperar despues para la imputacion objetiva, con un criterio tan turbio como el del aumento del riesgo, que, teniendo su sede adecuada entre los delitos de peligro, frente a situaciones complejas con normas de comportamiento estandarizadas, casi siempre relacionadas con la proteccion de la vida e integridad de las personas, en la que el resultado apareceria como condicion objetiva de punibilidad, no soportan su aplicacion los delitos de resultado lesivo, respecto a los cuales la construccion de Roxin, no deja de aparecer como casos en los que se imputa un resultado pese a las dudas persistentes sobre su causacion a traves del riesgo creado por el autor, algo que en Derecho penal siempre se resuelve *in dubio pro reo.*

En cambio, de la exigencia de causacion del riesgo, extrae Jakobs la conclusion, ademas de estas dos de exclusion de cursos causales hipoteticos y aumento del

riesgo, de que el riesgo no permitido puede causar el resultado a traves de *cursos causales inadecuados,* en tanto que la mera aceleracion del resultado no causa y, si concurren tanto el fallo de quien debio actuar antes con otro comportamiento que habria paralizado su eficacia, nos encontramos ante resultados hipercondicionados, a resolver conforme a sus criterios.
En suma, en el modelo de Jakobs, la imputacion del comportamiento se basa en las siguientes instituciones:
1. Existe un riesgo permitido.- La sociedad debe dar a sus integrante la ocasion de desarrollarse pfenamente como persona e interactuar de manera gratificante y creadora, siendo el caso que, la prohibition de cualquier puesta en peligro imposibilitaria la realizacion de todo comportamiento social.[398]
2. Existe un principio de confianza.- En una sociedad, las personas se distribuyen el trabajo y las actividades, lo que genera roles particulares y es de esperar que cada quien cumpla a cabalidad su respectivo rol, pues no es tarea de los demas controlarlas en lo que son sus propios roles.[399]

3. Existe una prohibicion de regreso.- Un comportamiento estereotipadamente inocuo "no constituye participacion en una organization no permitida^ Se esta ante un regreso cuando el comportamiento inocente de un tercero es reorientado delictivamente, lo que no debiera comprometerlo.[400]
4. Existe una competencia de la victima.- Debe tomarse en cuenta, con ocasiones del acto y su imputacion al autor, la contribution que hace la victima a la consumacion del mismo.[401]
Asimismo, en lo que respecta a la realization del riesgo (la imputacion del resultado), Jakobs reemplaza la realization del riesgo en el resultado mediante el concepto de riesgo que aclara el resultado, expresion con la que en general parece apelar a lo razonable en sus multiples ejemplos.[402]

2.3.2.3 MODELO DE FRISCH

Un intento de síntesis entre la doctrina de la imputación objetiva y la crítica a esa doctrina por parte del finalismo, al par que ensayo de reubicación de la teoría en un escalón de la teoría del delito (la tipicidad) más adecuado a la fase evolutiva en que se encuentra (la superación del concepto causalista de acción),403 es el llevado a cabo por Wolfgang Frisch en *Tipo penal e imputación objetiva.*[404]

En principio, la propuesta de Frisch, expresada de modo prácticamente acabado en su obre *"Comportamiento típico e imputación del resultado* que conviene distinguir entre el juicio objetivo y normativo de desaprobación de la conducta, por un .lado, y la imputación del resultado a la conducta desaprobada, por el otro. Sólo en este segundo ámbito podría hablarse en sentido estricto de imputación objetiva.

En efecto, Frisch, emprende una separación entre *conducta típica* e *imputación del resultado,* según esto, determinar si el autor ha creado un riesgo desaprobado y hasta donde llega el alcance del tipo no es una cuestión de la imputación del resultado, sino de la conducta típica. mientras que a la teoría de la imputación pertenece únicamente el nexo causal y de realización entre el riesgo desaprobado que fundamenta la conducta típica y la producción del resultado.[406]

Todo ello parte, del elemento nuclear de la concepción de la teoría del tipo de Frisch, esto es, el criterio que permite determinar si un comportamiento está o no permitido esta determinado por una *ponderación* dé *intereses.* Se trata de ponderar entre la libertad de actuación y ciertos intereses de protección de bienes. Esta ponderación debe realizarse, en su opinión, tanto en el tipo del delito imprudente como en el del doloso, lo que supone introducir en este segundo ámbito como requisito limitador la creación de un peligro, que sólo cuando supera la medida de lo tolerable resulta desaprobado.[407]

Para Frisch, esta averiguación ha de llevarse a cabe) en un procedimiento de dos fases: en primer lugar, debe determinarse si la desaprobación de ciertas conductas generadoras de riesgo es un medio idóneo, necesario y adecuado para la conservación de determinados bienes.[408] En segundo lugar, debe constatarse que para el mantenimiento de la norma resulte necesario y adecuado que frente a las creaciones de riesgo desaprobadas - conforme al primer paso - se reacciones precisamente mediante una pena. Sobre la base de esta ponderación, la peligrosidad típicamente relevante de la acción es el concepto nuclear que da cuerpo al primer nivel sobre el que se proyecta la *imputación:* el comportamiento típico.[409]

Por otro lado, para Frisch, no se trata de entender la peligrosidad como un requisito adicional a lo típico que, medido de forma puramente objetiva, la muy influyente doctrina de la imputación objetiva ha ubicado en el segundo al tiempo que se dejan de imputar resultados porque no son retrotraíbles a un mal uso de la libertad de acción._ En segundo lugar, limitar la imputación de los peligros derivados de la acción, al objeto de no mermar excesivamente la libertad, para lo cual distingue entre acciones que causan directamente el resultado o lo hacen a través del comportamiento de la víctima o de un tercero que le permiten reducir el ámbito de la imputación de forma más exacta que las habituales de riesgo relevante y ámbito de protección de la norma. En tercer lugar, fundamentar los casos que auténticamente son de impIltación objetiva con un criterio normativo más preciso que los manejados hasta ahora y que tíene en cuenta también los presupuestos subjetivos de la imputación.
cluya la imputación al autor. La solución que Frisch propone: *la peligrosidad forma parte del tipo objetivo y ha de representársela el autor para que se dé completa,* permite mantener el criterio de la imputación objetiva, salvando la

objeción finalista, y ubicándola en mejor lugar sistemático, conforme al concepto de injusto personal, es decir, sin necesidad de volver al concepto puramente objetivo del causalismo.

Establecido las bases de la teoría de Frisch, cabe ahora describir, sucintamente, tanto su teoría de la conducta típica, como su imputación del resultado. En la teoría de la conducta típica, como conducta desaprobad a por desbordar el espacio de libertad jurídicamente garantizada, aparecería, en cambio, como una construcción separada de cualesquiera consideraciones de "imputación objetiva." A su esfera de influencia pertenecerían conceptos como la adecuación social y el riesgo permítido, en los que se manifiesta precisamente la valoración de la conducta a partir de las reglas que determinan los límites de la libertad de acción.

Con este enfoque, por lo demás, se pondría en evidencia el fracaso de cualquier intento de enjuiciar la "conducta típica" desde perspectivas meramente cuantitativas (probabilidad de producción del resultado). La cuestión no es, en definitiva, si hay peligro o no, sino más bien que, partiendo de que haya peligro (la ausencia de peligro es un fenómeno marginal en la sociedad), deberá decidirse cuál es la frontera del carácter no desaprobado del riesgo: con lo que en puridad todos los tipos (y no sólo aquéllos que contienen elementos normativos" .de carácter clásico) se convierten en tipos estrictamente normativos. Precisamente, la necesaria incidencia en todo caso de esta dimensión cualitativa o estrictamente valorativa pone de relieve cómo el juicio de tipicidad de la conducta se vincula con da idea de constitución social, esto es, con el modo en que una determinada sociedad resuelve el conflicto entre sujetos activos creadores de riesgo y sujetos pasivos de dicho riesgo.

A partir de estas consideraciones de Frisch, Robles profundiza en la naturaleza y contenido del juicio sobre la conducta, aportando consideraciones que no deberían pasar inadvertidas.[410] En concreto, muestra Robles cómo, a partir de la concepción de dicho juicio como expresión de una estandarizacíón de los espacios de libertad,'que permite filtrar la mayoría de los casos, no cabe excluir sin embargo la existencia excepcional de un cierto número de supuestos en los que el conocimiento individual del agente sea el factor determinante de la última decisión sobre la desaprobación de su conducta. La conclusión es, entonces, que probablemente no convenga mantener la distinción entre tipo objetivo y. subjetivo en -sentido fuerte, aunque sí desde luego en el sentido débil reseñado.

En coherencia con lo señalado, Frisch reserva la expresión *imputación objetiva* exclusivamente para la imputación del resultado en los delitos de resultado.[411] La conducta producirá el resultado típico, si se toma en cuenta, en primer lugar, la presencia de' riesgos idóneos para provocar en combinación

con determinadas circunstancias la aparición de resultados típicos que quedan excluidos de la esfera de formag de conducta prohibidas por tratarse de riesgos generales de la vida y riesgos usuales de la vida social. En segundo lugar, la concreción de los principios directivos de los ordenamientos primarios es un instrumento esencial para determinar concretamente los riesgos tolerados:

Los casos de imputación objetiva, en suma, para Frisch, son casos en los que el peligro causante del resultado ha de ser el contemplado por eUipo respectivo. Cuando el peligro desenvúelto es otro, el resultado no se imputa porque estuvo ausente un *peligro típico,* que es el único que interesa en Derecho penal. El intento de Frisch, de introducir la imputación objetiva' en un ámbito donde las representaciones subjetivas del autor y, en general, los elementos que caracterizan a su persona en la configuración del injusto se tengan en cuenta, al objeto de no romper la línea evolutiva de la teoría del delito, de lo objetivo a lo personal.

2.3.2.4 OTROS MODELOS

A. MODELO DE HRUSCHKA

Para Joachim Hruschka la estructura de imputación como medio de análisis debe partir de la diferenciación existente entre *imputatio facti, applicatio legis ad factum* e *imputatio iuds;* entre imputación ordinaria y extraordinaria; y entre cuatro motivos distintos que excluyen la imputación.[412] Esta distinción encuentra sus raíces en la Edad Media, *t* es visible en las obras de Santo Tomás de Aquino y de Samuel Pufendorf.[41]

Así, lo primero de todo, han de diferenciarse la aplicación de una ley (lex) a un hecho (factum) y la imputación de ese hecho. Ambos constituyen un acto de juicio.

Sin embargo, todo *applicatio le gis ad factum* implica la imputabilidad del *factum,* es decir, la *applicatio le gis ad factum* contiene siempre una *imputatio facti* (esto es, la atribución de la realización de un hecho o una omisión como hecho, disponiendo de una alternativa a ese hecho). En cambio, la *imputatio*

~II Para Frisen, las lesiones de bienes exigidas en *los* delitos de resultado no interesan como dato naturaJístico, sino como expresión del injusto (injusto del resultado). Es necesario que el resultado se muestre como una discrepancia de la situación jurídicamente deseada.

iuris es el juicio sobre el mérito del hecho, en el amplio sentido de la palabra *mérito,* que comprende tanto el positivo como el negativo. La aplicación de la ley a un hecho puede dar lugar a alguno de estos tres resultados: puede mostrar que la persona· a cuyo hecho S,ª aplica la ley: 1) ha obrado conforme a la ley; o 2) ha infringido las leyes; o 3) ha llevado a cabo más de lo que ley requiere, es decir, ha obrado de manera supererogatoria. 414

Ante estas distinciones, Hruschka entiende que el acto de aplicación de la ley precede a la *imputatio iuris* y sucede a la *imputatio facti.* Por eso, la *imputatia facti* lo considera como imputación de primer nivel, y a la *imputatio iuris* como imputación de segundo nivel.[415]

Frente a ello, para Hruschka, si no existe motivo alguno que excluya la imputación sea la de primer nivel, sea la de segunda nivel, entonces se está ante una *imputación ordinaria.* Si, por lo contrario, sucede que la situación proporciona un motivo para excluir la imputación, y sin embargo a la persona a la que debe imputarse le hace responsable en esa situación, se está ante una *imputación extraordinaria.* El hecho imputado de forma ordinaria significa en la tradición *actio libera in* se, esto es, acción considerada en sí misma libre, mientras que el hecho imputado de forma extraordinaria significa *actio libera in (sua) causa,* esto es, acción libre en su causa.[416]

Por otro lado, para Hruschka, la *situación de necesidad absoluta* excluye la imputación ordinaria de primer nivel. Eso significa que el tener ° no lugar un evento físico, del que se trata en un caso concreto, no se imputa a la persona que en él se ve inmersa como *hecho,* como *aportación de una acción* o, en su caso, como omisión de una acción; asimismo, estas situaciones quedan, además, excluidas también si la persona a la ,que debe imputarse el hecho desconoce las circunstancias que son relevantes para caracterizar el hecho a Imputar *Ignoran fa lac .*

Asimismo, para el ,jurista alemán, una *situación de necesidad con limitaciones* puede excluir la imputación ordinaria en el segundo nivel. Lo cual significa que el hecho se considera en verdad como *hecho,* y también es enjuiciado como antijurídico, pero no imputado a la culpabilidad. Por último, para Hruschka, la imputación ordinaria de un hecho antijurídico a la culpabilidad se excluye si el autor desconoce la norma que le prohibía o, en su caso, le prescribía la realización de la conducta *(ignoran tia iuns).418*

B. MODELO DE GIMBERNAT ORDEIG

Gimbernat, en primer lugar, de~pués de exponer exhaustivamente y criticar· con convicción la doctrina de la adecuación como teoría causal,

entiende que la misma teoría de la *conditio, ex definitione,* no permite acotar de la infinita cadena causal aquella que puede ser relevante para estimar

realizado un tipo penal. A tal fin, con su teoría de la *reprochabilidad objetiva,* según la cual sólo es antijurídica lo que el hombre medio, conforme al criterio de un hombre normal, habría podido prever, entiende que *las acciones peligrosas realizadas observando las""normas de diligencia no pueden ser antijurídicas aunque condicionen un resultado típico.*[419] Y no pueden ser antijurídicas, porque la antijuridicidad se decide tomando como criterio al hombre prudente (ideal), y lo que precisamente hace este hombre prudente (por eso lo es) cuando ejecuta una acción peligrosa, es seguir las normas de diligencia. Por eso, si éstas son observadas, no habrá antijuridicidad, aunque se condicione un resultado típico.

En segundo lugar, en los casos donde ha habido infracción del deber de cuidado y, con la infracción, se ha causado el resultado (con la fórmula de la conditio), el resultado se imputa sin que deba tenerse en cuenta el criterio de una doctrina mayoritaria según /a cual, si el comportamiento cuidadoso también habría causado el resultado *(causalidad hipotética),* éste no se imputa a quien lo causó descuidadamente. El razonamiento de Gimbernat se basa en que la doctrina dominante no se pregunta por la concreta causalidad, sino por una causalidad indiferenciada, ya que, si la infracción del deber de cuidado ha causado el resultado conforme a la concreta causalidad que la norma de cuidado quiere prevenir, absolver porque el resultado también se habrá producido con el comportamiento cuidadoso sería injusto.

En suma, para Gimbernat, la teoría de la imputación objetiva reúne toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad. Su carácter es normativo, y emplea un razonamiento teleológico.[42o]

C. MODELO DE CORCOY BIDASOLO

Para Corcoy, la imputación objetiva es un filtro a través del cual tanto el dolo como la imprudencia (infracción del deber de cuidado objetivo y subjetivo) exigen, en primer lugar, que el riesgo creado sea un riesgo no permitido, en una consideración normativa (general) y *ex ante;* que, además, en segundo lugar, haya aumentado las posibilidades de que ese riesgo se materialice en el resultado, lo que exige comprobar (de no comprobarse habrá que concluir que no hubo aumentos de riesgo) si los comportamientos alternativos correctos lo habrían causado también con la probabilidad rayana en la certeza (la mera posibilidad no se requiere porque la exigencia de seguridad no vulnera el principio *in dubio pro reo»* siempre y cuando, en tercer lugar,

el riesgo que ha pasado los anteriores filtros, sea uno de los riesgos que la norma de cuidado quiere evitar. 421 .

Cuando se dan todos esos requisitos, se produce, según Corcoy Bidasoio, el *primer nivel de imputación* o *atribución objetiva,* un nivel en el que se tienen en cuenta tanto los aspectos objetivos del riesgo que deben concurrir, como los aspectos subjetivos requeridos por el dolo y/o la imprudencia; este primer nivel de imputación o atribución de riesgo toaavía ha de pasar un último filtro para que se dé lo que es propiamente imputación objetiva del resultado, *segundo nivel de imputación:* Lo imputado en el primer nivel no se imputa en el segundo cuando ex *post,* es decir, cuando *lo ocurrido entre el momento de actuar el autor* y *la causación del resultado,* permite concluir que ese resultado no se puede imputar por haberse probado con una seguridad rayana en la certeza que los comportamientos alternativos tampoco lo habrán evitado. A este requisito de la imputación objetiva lo denomina Corcoy Bidasolo *evitabilidad ex post del resultado.* 422

D. MODELO DE REYES ALVARADO

Para el jurista colombiano. Reyes debe reconocerse en esencia el planteamiento hegeliano de imputación, pues considera un aporte crucial al - derecho penal la afirmación de Hegel de que a una persona sólo le puede ser imputado aquello que constituya su obra, y no aquello que sea resultado de la simple causalidad, de la mala suerte o del destino.[423]

Partiendo de la base de que pierde importancia la distinción entre la tipicidad y la antijuridicidad en su aspecto-- positivo como elementos independientes de la teoría del delito, puesto que la simple adecuación formal de la conducta a la descripción de una norma penal (tipicidad) no tiene relevancia alguna si la respectiva conducta no atenta contra las relaciones sociales, de modo que no debe hablarse de tipicidad y antijuridicidad sino de ambos como contenido del injusto. Reyes manifiesta que en la imputación objetiva lo determinante en si un portador de funciones, si un garante, alguien de quien esperaba determinada conducta, la ha desplegado llenando .las expectativas, o no lo ha hecho, generando así una d¡yfraudación social, sin importar quién es el individuo que en el evento concreto desarrolló la acción.[424]

En síntesis, en opinión de Reyes, puede afirmarse que el contenido de una conducta injusta es labor de una teoría de la imputación objetiva, mientras que el desarrollo de lo que atañe a su aspecto individual incumbe a una teoría de la imputación subjetiva.

Con esta concepción valorativa de la teoría del delito, este autor no concibe al dolo como parte del injusto sino que debe ser tratado dentro del ámbito de la culpabilidad, modificando con ello expresamente la concepción sobre el lugar sistemático del dolo.

E. MODELO DE SANCINETTI

El análisis de la teoría de la imputación objetiva por parte de Sancinetti se sitúé3 en realidad en un plano superior respecto de los contenidos dogmáticos concretos de esta teoría, de modo que puede decirse que este jurista alemán lo que discute no es tanto la configuración de la imputación objetiva como su idiosincrasia; la tesis central que este autor sostiene es que en realidad la teoría de la imputación objetiva, no es incompatible con un entendimiento subjetivo - monistadel injusto.[425]

Para Sancinetti, la teoría de la ir:pputación objetiva tan sólo acota la materia de prohibición, mientras que es el dolo - que debe referirse a esa materia - el elemento decisivo de fundamentación del injusto. En este sentido la necesidad de elaborar requisitos de imputación objetiva no es contradictori~ con un entendimiento subjetivo del_ injusto, ya que la subjetivización no prejuzga acerca del contenido que hay que subjetjvizar, es decir, acerca del tipo objetivo.

Sancinetti acota que existe un concepto unitario de ilícito propio de la teoría de la imputación objetiva: todo ilícito es siempre la creación de un riesgo

reprobado. Pero no es verdad que los riesgos imputables sean objetivamente

iguales en el delito doloso y en el imprudente. En efecto, para el jurista argentino, la distinción entre dolo e imprudencia ocurre ya en el tipo objetivo, no depende de un dato especial del tipo subjetivo. Subjetivamente, sólo hace falta la representación del riesgo, pero del riesgo característico del tipo. En el caso del tipo doloso hace falta que el suceso pueda ser descrito objetivamente como molde apto para perseguir el resultado, aunque de hecho el autor asuma el riesgo de mala gana, es decir, sin intención. Mientras que sí el molde objetivo del riesgo no es tan correcto como para esa descripción, pero todavía es suficiente para considerar objetivamente razonable planificar la evitación de ese riesgo, entonces, ese riesgo, en tanto el autor haya conocido el síndrome que lo configuraba. será suficiente para la imprudencia; pero sólo para la imprudencia. El riesgo será insuficient~ para el dolo, aunque el autor actúe "a propósito".426

Finalmente, para Sancinetti, la teoría de la imputación objetiva debe

poner el centro de la atención a la creación de un riesgo reprobado, siendo incorrecto concederle al resultado, simultáneamente, una función constitutiva' dado que, el resultado implicará siempre una dosis de desgracia o de fortun~ posible, que no necesariamente correrá a la par del carril de la imputación. El resultado como tal, entonces, representa de por sí una dosis de infortunio en todos los casos. En consecuencia, el plus que va desde la imputación hasta el resultado es puro naturalismo: podría faltar a pesar de la creación de un alto riesgo reprobado y estar presente junto a un riesgo poco grave.[427] .

F. MODELO DE BUSTOS RAMíREZ

En coherencia con su noción de tipo, orientada a la evitación de la lesión del bien jurídico, y su concepción de la norma (de prohibición), basada fundamentalmente en el disvalor - acción, que sólo al llegar a la antijuridicidad permite dar entrada al disvalor - resultádo, puesto que a -la infracción de la norma de comportamiento debe añadirse la lesión del bien jurídico, en cuya ausencia el comportamiento no es antijurídico, sostiene Bustos Ramírez que la doctrina de la imputación objetiva fracasa al entender que criterios como el de la disminución del riesgo, riesgo permitido y ámbito de protección de la norma (creación de un peligro) constituyan criterios de no imputación de resultado, lo que supondría aceptar un concepto de tipo objetivo excesivamente amplio, como el de la causación. Lo mismo ocurre con los criterios de autonomía de la víctima y pertenencia a otro ámbito de responsabilidad la evitación del resultado (realización del peligro); no, en cambio, con el del desarrollo del plan del autor *(aberratio ictus, dolus generalis)* que sí sería un criterio de imputación del resultado, siempre y cuando se precise más un concepto tan vago como el de desarrollo del plan.

Para Bustos la imputación objetiva es una relación valorativa entre una afección al bien jurídico y la situación típica.[428] Y al ser el bien jurídico la base de sustentación del injusto, su afección denota una característica de la antijuridicidad, entonces si la imputación objetiva pretende establecer una relación desde el fin de protección, esto es, el bien jurídico, entre la afección a él y la situación típica, necesariamente ha de pertenecer también a la antijuridicidad.[429] ~.

En suma, Bustos reduce el ámbito de la imputación objetiva al criterio del plan del autor, con el que resolver el problema de la *aberratio ictus* en el delito doloso, y al de la consideración de *procesos hipotéticos,* para comprobar la causalidad de lainfracción del cuidado debido en el delito imprudente.[430] ~

Similar posición, adopta Hormazabal, para quien la constitución del injusto exige que la acción peligrosa se haya plasmado en la afección de un bien jurídico. Esto exigiría dos juicios valorativos diferentes. Por una parte, un juicio ex *ante* para establecer en la tipicidad el riesgo para el bien jurídico de la acción y por la otra un juicio de imputación, esta vez *ex post* y en la antijuridicidad, para establecer si el resultado de afección del bien jurídico fue plasmación de dicha acción peligrosa o, mejor dicho, si el peligro de la acción típica finalmente se realizó en una afección del bien jurídico.[431]

Así, para Hormazabal, este juicio de imputación del resultado (afección al bien jurídico) constituye una exigencia del injusto que emana de la propia norma infringida, del juicio de antinormatividad. No basta para el injusto con el solo desvalor de la acción y, por tanto, a un derecho penal de autor, como tampoco sería suficiente con solo el desvalor de resultado, cuya acentuación podría conducir a un dereoho penal fundado en responsabilidad objetiva.[432] Asimismo, los criterios de disminución del riesgo, falta de creación del riesgo o falta de aumento del riesgo permitido, para Hormazabal el efecto de exclusión que éstos generan no se da por la imposibilidad de imputar el resultado, sino a la ausencia de la vinculación social típica desvalorativa que fundamenta la tipicidad. Más especifi¿amente, son supuestos en que no hay desvalor de acción, esto es, en que no hay acción en sentido del tipo pues no se ha creado un riesgo para el bien juríc~ico.433

Como se aprecia, tanto Bustos,434 como Hormazabal,435 consideran que el juicio de imputación objetiva se *ubica* en la *antijuridicidad,* y cuyo objetivo es establecer si la afección del bien jurídico constituye la plasmación prohibido por la norma y realizado en laforTl]§ específica en que se ha definido en el tipo penal.

2.3.2.5 EXCURSO: LA ADECUACIÓN SOCIAL

Partiendo que el tipo no es una categoría neutra valorativamente, implica una selección de comportamientos y, por tanto, una valoración de lo típicamente relevante; y en ese orden de ideas, hay conductas que carecen de aquella relevancia al ser corrientes en el ámbito social.[436] Así Welzel, diferenció entre las conductas que produciendo una aparente lesión a los bienes jurídicos no merecen reproche alguno por ser socialmente admitidas y aquellas que al generar un verdadero perjuicio del bien jurídico son socialmente desaprobadas y como tales dignas de reproche social.[437]

Para Welzel, la adecuación social es la interpretación de sentido de los tipos,.conforme a la cual quedan excluidas del concepto de injusto, todas las acciones que se ubiquen funcionalmente dentro del orden históricamente

generado. Tan sólo con la adecuación social se entra en el ámbito del tipo, en las regiones del injusto tipificado.[438] No obstante, para Welzel, con el traslado del dolo al tipo subjetivo, en el delito doloso fueron considerados superfluos todos los criterios objetivos de delimitación, con excepción de la causalidad en el sentido de la teoría de la equivalencia, mientras que en los delitos culposos fueron incluidas la previsibilidad objetiva y la infracción del deber objetivo de cuidado en el tipo penaL[439]

Pero, pese a ello, aún hay un sector de la doctrina que precisa que a través de la adecuación social se refleja en el tipo la realidad, porque por regla general no pueden ser considerados prohibidos comportamientos que están permitidos socialmente. Así la adecuación social sería un instrumento conceptual importante para llenar de contenido material figuras como el riesgo permitido y la prohibición de regreso. También serviría para concretar los límites de la posición de garante, especialmente en ros casos del comportamiento peligroso anterior (injerencia).440

S.in embargo, se han levantado observaciones que impidieron que la teoría de la adecuación social se consolidase en el sistema del hecho punibl. La primera observación se refirió a su ubicación sistemática dentro de la concepción final del injusto, ya que pese a ser inicialmente ideada por Welzelcomo un mecanismo excluyente de tipicidad, fue posteriormente considerada por el mismo autor como una causal genérica de antijuridicidad, pero unos años después la radicó nuevamente en el ámbito de la tipicidad,441 sin que con ello haya conseguido persuadir a todos sus críticos.

Otra observación es la falta de un desarrollo teórico del concepto de*adecuación social,* dado que, no se elaboraron criterios homogéneos con base en los cuales pudiera ser determinada la adecuación o inadecuación social de las conductas, sino que sus partidarios se limitaron a engrosar la lista de hipótesis en las cuales el mecanismo podría ser empleado, sin señalar los parámetros que deberían guiar una tal calificación.

No obstante, originariamente, la adecuación social era expresión del "'carácter de fenómeno social del injusto, las normas sociales constituyeron un "' elemento esencial en la estructura de los tipos penales, las cuales, eran "' valoradas normativamente. Sin embargo, este planteamiento fue sustituido por "' la consideración de que el injusto jurídico - penal depende de la modalidad de

dirección del comportamiento, esto es, que la finalidad es suficiente como categoría ontológica en los tipos penales. Este cambio de paradigma, conllevó "' la ontologización del método de estudio del sistema penal, conllevando al "' posterior abandono de la adecuación social como \esis socio-normativa. A ~

Asimismo, Paredes Castañón considera que convertir los problemas de valoración en meros juicios de imputación es incorrecto, pues hay juicios descriptivos, como los de causalidad, juicios atributivos o de imputación, el de autoría o dolo, y juicios de valoración, como los relativos al riesgo permitido.

En Italia, Marinucci precisa que bajo la etiqueta de la imputación del resultado se hace referencia y se evoca sólo uno de los criterios sobre los que se fundamenta la imputación por culpa del resultado: la realización en el resultado del riesgo específico que la norma de diligencia pretendía evitar.

Asimismo, que la imputación objetiva presenta un conjunto de dogmas que obstaculizan la comprensión. y el libre desarrollo del principio de culpabilidad.[448]

En Latinoamérica, Zaffaroni precisa que, mediante esta teoría se pretende legitimar el poder punitivo derivado de la aceptación dogmática objetiva de la imputación, mediante sus presupuestos teóricos, sea el de protección de riesgos para bienes jurídicos o el reforzamiento del sistema punitivo conforme a la interacción de roles sociales, la cual, dejan la puerta abierta para la ampliación del referido poder punitivo.[449]

Como se aprecia, hay 'una-serieae' observaciÓnes háda la moderna teoría de la imputación objetiva, por lo que, a continuación, se expondrán; a saber, las más importantes críticas a esta teoría.

A. TESIS DE ARMIN KAUFMANN

En un enjundioso trabajo, al final de su fructífera vida académica, rechazó Armin Kaufmann la teoría de la imputación objetiva, al considerar que su ámbito encuentra mejor acomodo en el estudio individualizado de cada figura delictiva en particular: a la Parte general, dice Kaufmann, pertenecen, genuinamente, sólo dos de los problemas que han sido abarcados por la doctrina de la imputación objetiva: la causalidad y el desvío irrelevante del proceso causal representado. Todos los demás problemas y casos pertenecen .a la Parte Especial.[45o] ..

Por otro lado, a los casos considerados por la doctrina de la imputación objetiva como de *disminución* de *riesgo,* y por tanto, dg no imputación, opone Kaufmann que, como acto previo al de imputación, se ha debido proceder, mediante interpretación, a la tipificación del resultado a imputar; en virtud de ese acto de interpretación, no cabe otra intelección que la de definir la *muerte* de *un hombre* como *acontecimiento* de *vida.*[451] De tal manera que, quien para salvar la vida, hiere, no está produciendo una merma en la integridad física de la víctima sino ampliando sus posibilidades de vivir, por lo que mal puede

hablarse de que haya disminuido su expectativa de salud. Sólo cuando SE3 haya obtenido, mediante intérpretación, la tipicidad del resultado, puede surgir la cuestión, completamente distinta, sobre cuándo el resultado típicamente producido puede serie "atribuido" al autor.[452] Así pues, los casos estudiados por la doctrina como la de disminución del riesgo no se resuelven en la parte general, en la teoría del delito, sino en la parte especial.

Asimismo, si el tipo de homicidio doloso, por ejemplo, requiere, según la doctrina de la imputación objetiva, que ..la acción homicida haya creado un peligro de muerte, ese peligro no cabrá verlo sino en el hecho de que quien apunta y dispara con una pistola en la dirección donde se encuentra un hombre, es decir, quien manipula de esa forma un arma de fuego, está creando un peligro de muerte. Con lo cual. Para Kaufmann¡ nos encontramos ante la paradoja de que aquello que constituye el cont~nido esencial del tipo de homicidio imprudente (la infracción del deber de cuidado) se convierte en elemento del tipo de homicidio doloso.[453]

Además, los casos tradicionalmente estudiados como desvío esencial, los enfoca ahora la doctrina de-la imputación objetiva como casos en los que hay que dar respuesta a la pregunta de por qué lo que constituye el fundamento fáctico de la imputación del resultado que el autor no se representó resulta imputable a titulo doloso.

Asimismo, para Kaufmann, la teoría de la imputación objetiva se ha apoderado de los clásicos problemas que se estudian en el ámbito del dolo, como son la aberratio ictus y las distintas clases de dolo, intentando objetivizar nuevamente la teoría del delito. El dolo, según -Kaufmann, tal como se debe entender dirige - al ser voluntad de· realización - el dominio final y por ende la retación causal. A .la luz del dolo desaparecen las más _ complejas problemáticas, como la nieve con el sor de abril. El desconocimiento de esta verdad conduce a la creación de problemas que luego no pueden solucionarse adecuadamente. 454 ..

En suma, o bien el dolo abarca la causación del resultado típico, incluidos aquellos momentos fácticos que pueden dar motivo para reflexionar en el sentido de la atribución objetiva; en cuyo caso, la problemática, por así decirlo, se resuelve por sí misma: la acción es precisamente *peligrosa* porque es medio conocido (y eficaz) para realizar este resultado; y, además, es la producción del resultado típico precisamente la realización del abarcado por el plan del autor con el medio "peligroso" para su consecución.[455]

Esta posición ha sido adoptado por Donna,456 para quien, la construcción de la imputación objetiva presenta dos p-roblemas visibles. El primero, deja fuera de la teoría del error todo el proceso causal, aún en la

valoración que puede tener un profano. Además, desconoce el real papel del dolo. Esta afirmación, para el jurista aGgentino, se hace notoria cuando se habla del. riesgo permitido; el error sobre este punto debería excluir el dolo del autor.

8. TESIS DE; JOACHIM HIRSCH

A juicio de Hirsch, la denominada teoría de la imputación objetiva resulta criticable, pues bajo una misma e imprecisa denominación agrupa en su seno -cuest:ones dogmáticas completamente diversas.4~7 - -

Desde un punto de vista sistemático, se cuestiona acerca de la bondad-- de la novedosa doctrina de la imputación objetiva, en cuyo ámbito es preciso distinguir entre *culpabilidad* Y *responsabilidad,* esto es, entre realización de comportamiento culpable y responsabilidad por la producción del resultado. En este sentido, sostiene Hirsch que el punto central del concepto de culpabilidad es la realización de una acción contraria a la norma penal, con lo cual la moderna dogmática jurídico - penal encubre en verdad los ya añejos problemas de la teoría de la acción, en tiempos planteados por la dogmática clásica.[458]

En lo que respecta a la tentativa, para Hirsch, si se analiza esta figura, habrá comienzo de ejecución siempre que se empiece a ejecutar la acción, no siendo' suficiente que sólo quede en la representación del autor. Este criterio objetivo se encuentra en el real peligro corrido por el objeto, visto por una persona colocada en la posiclón del autor, desde una vi~ión ex ante. Pero esta solución no conduce a un criterio meramente objetivo, ya que es necesario - tener en consideración él la voluntad, que es la que dirlge y maneja la causalidad. La unión de ambos elementos es relevante para la teoría del injusto. Por ende, el criterio objetívo buscado, que vendría a añadirse al de la causalidad, ya estaba en el concepto de acción. Basta por ello, el peligro objetivo del acto en cuanto tal desde una visión ex ante; 459

Por otro lado" este autor rechaza que los criterios propuestos por la teoría de la imputación objetiva puedan ser aplicados con pretensiones de generalidad tanto a los delitos imprudentes como a los dolosos.[46o] En su opinión, se impone un criterio diferenciador, acorde con las peculiaridades de cada tipo delictivo, de donde se deriva además la innecesariedad de los postulados de la doctrina de la imputación objetiva: *la distinción* se *explica dogmáéicamente con el argumento de que en el delito imprudente se trata de una acción de-riesgo que tiene a la producción del resultado como consecuencia.* En cambio, en el delito doloso de resultado, se trata de una acción que realiza un resultado concreto. Mientras que en'el delito'doloso los límites generales del tipo objetivo se derivan del concepto de acción, en el delito culposo, debido que, la acción peligrosa, que constituye el objeto de

valoración contraria al deber de cuidado, todavía no está dirigida al resultado concreto, se exigen, otros criterios, junto a'" la causalidad, para fundamentar la vinculación de la contrariedad al cuidado con el resultado sucedido. De esta forma, se trata aquí de necesidades que surgen de la estructura del delito imprudente. Por eso, ellas son reconocidas ya independientemente de la teoría de la imputación objetiva no brinda nada que no pueda ser deducido ya de las particularidades del tipo culposo.461 *Con ello, se puede ver que la teoría imputación objetiva no representa utilidad alguna tampoco para el ámbito del delito imprudente. Ella constituye únicamente una recopilación, inspirada en cláusulas generales, de puntos particulares que están condicionados por la ,estru(:tura específica del delito culposo* ..

C. TESIS DE EBERHARD STRUENSEE

Para Struensee la teoría de la imputación objetiva, no es propiamente una teoría, en el sentido que configure un cuerpo armónico de preposiciones teóricas homogéneas.[462]

Asimismo, de la doctrina de la imputación objetiva en el delito imprudente, por su parte, se ha ocupado Struensee; más concretamente, de la atribución o no del resultado producido a que la acción contraría a cuidado (relación de antijuridicidad). Lo que abarca, a si vez, dos cuestiones: la relacionada con el ámbito de prot-ecciónde la- norma y la relacionada con el comportamiento alternativo correcto.[463]

En primer lugar, partiendo de la fórmula acuñada de imputación objetiva se constata- muy bien la correspondencia que ha de existir entre el peligro desatado y el realizado, pero no se ha apreciado aún cómo deben determinarse ambos en un sistema jurídico,464 ya que con la producción de todo resultado se constatan ambos peligros y no parece que un concepto puramente naturalístico como éste sea suficiente.

Si como sostienen los partidarios de la teoría, ha de tratarse una peligrosidad ex *ante,* que sobrepase el límite de lo permitido y que se ha materializado en una puesta en peligro concreta, antijurídica, por exceder de lo permitido y como tal peligrosidad incrementada se ha realizado en el resultado, entonces, dice Struensee, el conocimiento del autor, al que recurre el juicio ex ante, anticipa el marco de aquellos factores de riesgo cuya realización en el mundo exterior al agente está ya comprobada. En la medida en que el autor se representó (tipo subjetivo de imprudencia) aquellos factores de riesgo (tipo objetivo) que, conforme a la ley causal pertinente, desembocaron en el resultado, el tipo de imprudencia se da completo (congruencia). *La congruencia*

entre el tipo objetivo y *tipo", subjetivo radica en la identidad de la ley causal que fundamenta en el lado objetivo la relación causal* y *en el lado subjetivo la contrariedad* a *cuidado, la cual consiste en dirigir la intención hacia un ámbito mínimo, normativamente establecido,* de *condiciones de resultado.* 465

En segundo lugar, en cuanto al comportamiento alternativo correcto, se trata de una cuestión de la que, en términos absolutos, se puede prescindir, reducida a la. del ámbito de protección de- la norma, entendida, asu vez, por Struensee en el sentido de congruencia entre lo que el autor se representÓ y causó creando determinados riesgos. El modo de pensar de la *alternativa* está mal planteado porque: (a) la única alternativa al comportamiento (activo) que causó un resultado sería la omisión de ese comportamiento; (b) no hay base que justifique pensar el comportamiento alternativo por las siguientes incoherencias: 1) la idea de comportamiento alternativo correcto fracasa en el delito doloso, 2) mientras que la imputación por omisión del salvamento del bien jurídico, obliga a respoDder si el comportamiento prescrito hubiese evitado el resultado, no tiene sentido hacer depender la imputación de la existencia o no de otro comportamiento activo altemativo, ya que, la única alternativa a un comportf:lmiento que causa un resultado desaprobado es omitir tal comportamiento.

. En suma, para StrjJensee, buena parte de los casos que la doctrina pretende resolver con la teoría de la imputación objetiva se resuelven mejor con una precisión de la exigencia de lo que debe abarcar el dolo. Se trata de que, a pesar de las dificultades, y de que nunca podrá ~spírarse a que el autor se haya representado todos y cada- uno de los factores causales que han contribuido a la producción del resultado, para el jurista alemán, no hay que conformarse con el mero conocimiento de la ley causal general, sino de exigir en el dolo el conocimiento de la concreta causalidad que se materializó en el resultado.

D. TESIS DE LAMPE

Para Lampe, si la imputación objetiva busca comprobar la cuestión axiológica de una relación causal para el ordenamiento jurídico y, por ende, es complementaria a la cuestión ontológica de la causalidad, entonces su lugar debería ser la antijuridicidad; sin embargo, esta teoría escapa al reenvío a la antijuridicidad porque ella nombra las condiciones reales complementarias, con cuya consideración puede atribuirse penalmente la causalidad. 466.

Lampe acota que el criterio de *perseguibilidad objetiva* del resultado .(que existiría cuando la conducta causal, en consideración a la realización, o bien la evitación del resultado puede ser considerada como puesta en marcha final), no es convincente, dado que, no puede fundar la realidad de la imputación.

Para el jurista alemán, la realidad de la imputación penal dependemás bien del poder concreto que tiene el autor concreto sobre el hecho; y, para ella, el poder abstracto sobre el hecho de una persona abstracta conforma solamente el marco más externo.

Pero incluso cuando se acepta la determinación de la imputación posible de manera jurídico - material, al menos como comprobación preliminar de la imputación real, no se gana nada, porque ello desde el punto de vista jurídico - procesal necesariamente no conduce a resultado alguno. Puesto que, por un lado, la afirmación establecida en el proceso que reza *hay un hombre que hubiese podido' realizar* o *evitar de manera final este resultado* no puede ser rebatida, y por otro lado, la afirmación contraria que dice que *no hay ningún hombre que hubiese podido hacerla* no puede ser probada. Por lo tanto, la comprobación preliminar material de la perseguibilidád objetiva-debe terminar procesalmente -en el callejón sin salida del *non -liquen,* resultando inútil.[467]

Asimismo, para Lampe, tampoco convence la ubicación sistemática de la imputación objetiva en el tipo objetivo del delito, a partir de que se ha incorporado a su lado un tipo subjetivo, se trata de una *objetiv.idad* totalmente . distinta a la que presupone la teoría de la imputación objetiva; por lo que, se da una confusión de conceptos; así, si el conocimiento concreto del autor es asignado al tipo objetivo, este conocimiento es subjetivo en cuanto a dos aspectos, el psíquico y el individual del autor; su subsunción bajo el tipo objetivo es por lo tanto solamente posible con la ayuda de una doble infracción a la regla semántica de la clasificación unívoca.[468]

E. TESIS DE RUEDA MARTÍN

Rueda Martín, partiendo de la distinción de Pufendorf entre *imputativitas* e *imputaNol"se* tiene que, la primera denota el mismo concepto de acción,. constituyendo el sustratornaterial sobre, el que se efectúan las valoraciones jurídico - penales; el denominador comÚn de este concepto de la *imputativitas* es que se hace depender la imputación de la existencia de un principio ontológico y cuyo principal objetivo es, en cualquier época histórica, comprobar' si un hecho es atribuible a una persona como su propia obra. La segunda, *imputatio,* consiste en un juicio mediante el que se determina la valoración de un hecho que tiene como causante a una determinada persona.[469]

Frente a ello, Rueda precisa que, el concepto de imputación orientado al fin de comprobar si un hecho es atribuible a una persona como su propia obra, es Glecir, la *imputativitas,está* unido al concepto de acción.

El instituto de la imputación (imputativitas) cuando crea-una acción constata sólo que el hecho está constituido de tal modo que el ordenamiento jurídico puede efectuar sobre él una valoración. Sin embargo, la cuestión que se suscita es que ahora se 'pretende añadir al concepto de imputación, un juicio complementario que determine, en el plano objetivo, que la conducta es una expresión de sentido típica. Esto origina que, mientras la imputación (imputativitas) está vinculada al concepto de acción con una fundamentación ontológica, la ~atribución de sentido está vinculada a la acción como expresión de sentido, cuestión ésta de carácter axiológico que se determina una vez que ha quedado constituida la acción. Efectivamente, la atribución de sentido a una acción hace referencia a otra índole de problemas que los meramente constitutivos del concepto de acción.[470]

En ese sentido, para Rueda, la moderna teoría de la imputación objetiva confunde bajo un único concepto los dos ámbitos: *imputativítas* e *imputatio.* por ende, esta teoría no es una verdadera teoría de la imputación, porque no cumple correctamente el cometido de determinar si un suceso pertenece a una persona determinada al pre~cindirde las estructuras jurídicas materiales-de la imputación. En su lugar se utilizan una serie de criterios normativos que tienen la función de delimitar los hechos jurídico - penalmente relevantes de los que no lo son, atribuyéndoles además un sentido social típico, cuestión esta de carácter axiológico que queda excluida de la función asignada históricamente al concepto tradicional de la imputación.[471]

Por el contrario, para la citada jurista española, hay que distinguir, por un lado,la estructura ontológica, y por otra, la atribución de sentido de una acción. En ese sentido, una doctrina de la llamada imputación objetiva es valorativa que debe respetar la estructura ontológica de la acción (finalista) como una unidad final - causal, como una unidad de sentido configurada por elementos objetivos y subjetivos. Desde este punto de vista todos los criterios de imputación objetiva constituyen límites externos de valorasión de la acción finalista.

2.3.4 RESPUESTAS A LAS CRíTICAS DE LA IMPUTACiÓN OBJETIVA

- En primer lugar, el reproche contra la teoría de la imputación objetiva del uso de categorías vagas es poco convincente, porque los mismos críticos, en el marco de los instrumentos empleados por ellos, respecto al poder final de actuar, recurren también a conceptos comparables con los que emplea la teoría de la imputación objetiva. En ese sentido, al querer, por ejemplo, los finalistas, solucionar la constelación de casos, con el aspecto' subjetivo (dolo

o culpa) bajo el prisma del dominio final del hecho (teoría final de la acción), caen en.l;;;¡ misma vaguedad conceptual; ~s decir, aquella difusa teoría de la imputación objetiva se le estaría reempla.zando en otra figura, no exenta de críticas (por su vaguedad) como es el *dominio final del hecho.*

En segundo lugar, en cuanto a la crítica de que el riesgo permitido pertenece a la parte especial del dere~ho penal, como figura de interpretación de cada tipo, se ha dicho que si bien es cierto sólo una correcta interpretación de las normas puede precisar donde finaliza una simple causación de un resultado y donde se inicia una acción típica, también es cierto que este principio de interpretación es aplicable a todos los tipos penales; por tanto, su estudio ha de pertenecer a la parte general de la teoría del delito. En sí. no se trata de una crítica, sino de la demostración del cambio metodológico de la *teoría de la imputación objetiva* frente al finalismo. Los tipos de la parte especial no son medios para descubrir la *mala intención,* sino que la *mala intención* no es relevante mientras no stJponga la realización de un tipo penal. No se busca interpretar el dolo del autor, sino desvalorar realizaciones dolosas e imprudentes de tipos penales, y para ello se requiere de un criterio metodológico general.

En tercer lugar, sobre la objeción de que en los delitos imprudentes ya era suficiente el instrumental propio de la dogmática de esta clase de delitos (ej. Infracción del deber de cuidado, relación decontrariedad'a deber), impiícitamente, se viene reconociendo los presupuestos materiales den la imputación del resultado. En efecto, la presencia de la creación del peligro desaprobado se presupone en la infracción del deber de cuidado; y que el resultado deba atribuirse a la contrariedad al deber de la conducta, se corresponde con el- requisito de que todo peligro desaprobado, en virtud del cual la conducta está prohibida y es contraria al deber de cuidado, debe haberse realizado. Con el reconocimiento de la infracción de deber de cuidado la referencia a la normativización excesiva y a los peligros de la falta de seguridad jurídica se torna inverosímil. Es difícil imaginarse un concepto más normativo e inseguro que el de infracción del deber de cuidado.

En cuarto lugar, si la opinión dominante defensora de la imputación objetiva maneja la distinción entre "tipo objetivo" y "tipo subjetivo", atribuye a la imputación objetiva al primero y después introduce datos subjetivos (como los "conocimientos especiales" en el delito doloso) para determinar esa "imputación objetiva", implica aquella observación de la falta de aquel carácter
"objetivo" de la imputación.

Frente a ello, Cancio Meliá[473] ha realizado el siguiente razonamiento que se indica, sucintamente: En el marco de la teoría del delito las distintas

categorías vienen justificadas porque son elementos que tienen una función de filtro, es decir, que sirven para excluir de ulteriores análisis determinadas constelaciones de casos. Si los elementos subjetivos pueden- ser tan determinantes para la aparición de una conducta relevante para el tipo objetivo, ¿para qué esa figura del tipo objetivo? La respuesta depende, *en pr,imer lugar,* de que el tipo objetivo pueda constituirse efectivamente en *fi/tro.* E/ punto de partida que debería quedar claro para el análisis de esta cuestión es que el tipo objetivo no es nada más que uno de los elementos del injusto global; no es un escalón de valoración propio. Sólo hay injusto cuando se puede afirmar la tipicidad *in totO.*[474] La pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenÓmenos que son ya, en cualquier caso, perturbadores", es decir, que la descomposición analítica del

hecho llevada a cabo por la teoría del delito sólo puede ir avanzando en la introducción de elementos de contexto en la medida en que estos indiquen la realización de un hecho jurídico-penal mente relevante. Hay que comenzar por la perturbación general-objetiva, por el significado social "perturbación", que se aprehende, en un primer paso, a través de la teoría de la imputación objetiva. Ahora bien, que esta delimitación de sucesivos "niveles de contexto" no puede hacerse conforme a un esquema simplista "dentro de la cabeza" - "fuera de la cabeza" también es evidente. En este sentido, *"objetivo" significa concreción de la norma conforme a los patrones genera/es de un sujeto en un determinado papel social.* Y desde esta perspectiva no pueden resultar convincentes las críticas que se han planteado en el sentido de que la teoría de la imputación objetiva estaría ··usurpando determinadas cuestiones .- pertenecientes a lo subjetivo. Pues si de lo que se tn.;lta es de una determinaCión general de los límites de la tipicidad objetiva en el sentido de general, no puede ser decisivo que los datos introducidos en este juicio sean, desde un punto de vista externo natural, de naturaleza "objetiva" o "subjetiva". Al igual que otros datos del contexto que permiten esa valoración objetiva en el sentido de general, un dato subjetivo como el conocimiento de determinado hecho puede incluirse en el tipo objetivo sin que se destruyan las barreras entre tipo objetivo y subjetivo: pues la valoración en la que es introducida ese dato es distinta de la que procede realizar en el tipo subjetivo. Lo que importa para este análisis es el significado "intersubjetivo" de la conducta. Y éste puede variar en función de los datos conocidos por el sujeto actuante. Esta diferenciación en cuanto al contexto relevante para ef~ctuar el juicio de tipicidad puede incluso trasladarse dentro de la teoría de la imputación objetiva.

2.3.5 LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO HERRAMIENTA PARA LA INTERCAMBIABILIDAD DE LA ACCIÓN Y 0MISIÓN EN LA REALIZACIÓN DEL TIPO PENAL DE COMISIÓN

Un modelo de imputación de responsabilidad sobre la base de roles, no se pregunta por la posición naturalísticade la persona, sino por el tipo de expectativa o deber jurídico que forma parte, implícitamente, del contenido de un tipo penal concreto, que puede ser defraudada vía acción, o por omisión. En este marco, el juicio de imputación objetiva cumple- un rol fundamental, dado que, el sistema penal parte de la idea de que el delito es un proceso de imputación de un hecho y de una sanción a una persona que la sociedad realiza para satisfacer ciertas necesidades preventivas básicas: *la identidad normativa de la sociedad,* con la aclaración que, no es la sociedad quien condiciona el status de persona y por ende de lo que crees es o no necesario para su continuidad, sino es_considerar. a la persona como sujeto libre y tendiente a su autorrealización en sociedad, la que establece las condiciones necesarias para ese desarrollo. Asimismo; la imputación objetiva, como juicio normativo - valorativo, se erige sobre la base de los principios de *autorresponsabilídad* Y con la *delimitación de ámbitos de organización* y *responsabilidad.*

En el presente punto se desarrollará este modelo de imputación.

2.3.5.1 PUNTO DE PARTIIDA: LOS ROLES O COMPETENCIA DE LAS PERSONAS EN SOCIEDAD RECODIGOS EN EL TIPO PENAL

A pesar de compartir los presupuestos esenciales de toda *teoría de la imputación objetiva* que busque una interpretación teleQlógica y objetivizadora del tipo y rechazar las críticas provenientes del finalismo, es preciso plantear una serie concretas observaciones' a los modelos de imputación objetiva descritos anteriormente. 'Así, en lo que respecta al modelo de Roxin, en primer' lugar, cabría plantearse algunas dudas sobre uno de los principios inspiradores de este' movimiento doctrinal: la política criminal; es decir, con la mera orientación político - criminal se encuentra ante un sistema tan indefinido, poroso y abierto que es bastante dudoso incluso que se merezca el calificativo de sistema. Aunque se podría argumentar que la teoría de la imputación objetiva siempre busca límites objetivos a la tipicidad y, por tanto, opera in *bonam partem,* lo cierto es que, por ejemplo, los defensores de la teoría del incremento del'riesgo no pueden acudir a tal argumento porque esta teoría ha justificado la expansión de la responsabilidad por imprudencia por razones político - criminales, aunque sus defensores han reconocido muchas veces las dificultades que entraña tal teoría desde un punto de vista dogmático. Al

respecto, Feijoo acota que la visión de Roxin ha confundido la racionalización teleológica de los problemas generales de la teoría jurídica del delito con un sistema meramente orientado a las c0nsecuencias de cada caso concreto y que basa sus soluciones en decisiones *ad hOC.*[476] *'En segundo lugar,* se le objeta al modelo de Roxin porque no va mucha más allá de un conglomerado inconexo de principios y criterios que se contradicen entre sí, careciendo de un hilo conductor que les dote de una lógica interna, y cuyo contenido es, en la mayoría de casos, tan impreciso que permite la justificación de cualquier solución: la elegida previamente y de manera intuitiva, dándose a veces la circunstancia de que distintos autores acuden al mismo criterio para, ante un mismo supuesto problemático, justificar soluciones opuestas.[477] Así, por ejemplo, Roxin no ha explicado cómo funciona la norma que tiene el fin de proteger bienes jurídicos y que se ha convertido n el *topos* central de los primeros planteamientos la teoría de la imputación objetiva. Debido a esta inseguridad teórica no es extraño que cada autor utilice el criterio del *fin de protección de la norma* como mejor convenga a las conclusiones a las que se quiere llegar.[478] *En tercer lugar,* los criterios de imputación objetiva de Roxin son útiles para imputar resultados o para limitar la imputación de resultados, pero no suponen una auténtica teoría normativa del.mtipo. En efecto, .la .estructura formal consistente en la creación y la concreción del riesgo sólo es válida, como mucho, para los delitos que recogen, como elemento del tipo, un

resultado lesivo. Pero el tipo, como categoría de la teoría jurídica "del delito, no tiene un carácter formal, sino material. Aunque no se debe negar que sus aportaciones relativas a la creación de un riesgo no permitido en el ámbito del delito doloso tienen una gran, relevancia;.para una teoría moderna del tipo. Sin embargo, pese a todo lo dicho, no se pueden obviar los méritos de Roxin como pionero de la normativización de la tipicidad, que ha ofrecido unas pautas de solución a ciertos problemas del tipo que no se pueden desdeñar, aunque precisen una mayor concreción y sistematización. Como indica Feijoo, no obedece a la causalidad la gran aceptación que han tenido muchas de las propuestas de Roxin no sólo en la literatura, sino también en la jurisprudencia, lo que nos da una idea de su gran relevancia práctica.

En,lo que respecta al modelo de Jakobs, éste ha separado de una forma radical la *imputación objetiva* de la *subjetiva,* (des)individualizando y."estandarizando los tipos de resultado. No obstante, se le objeta este modelo con relación al tema de los *conocimientos especiales - del autor,* en donde Jakobs define el conocimiento penalmente relevante en función al rol social, no formulando un criterio recogido de forma expresa o tácita por una norma penal;480 siendo complicada la delimitación de los roles sociales, más allá de los criterios que nos ofrece el tipo. En ese sentido, es correcta la observación de Feijoo, que el

objeto de imputación Y de valoración no es un rol sino un ciudadano que *desempeña un rol con ciertos límites en* su *libertad de actuación (límites determinados, por ejemplo, en las leyes penales).*481 A pesar de lo dicho, Jakobs ha desarrollado una serie de ideas interesantes para determin¡;:¡r el alcance del tipo objetivo en los delitos de resultado. La idea de la imputación objetiva como el quebrantamiento de un rol es una idea rectora que ha ido adquiriendo gradualmente mayor concreción por· medio de una serie de institutos. A diferencia de Roxin, este autor no ha busc;¡:¡do casos concretos a los que aplicar soluciones ad hoc, sino que ha buscado soluciones a problemas generales. Así, aunque alguien haya creado un riesgo y ese -riesgo se haya concretado en el resultado, no existe una conducta típica, si el autor se puede distanciar objetivamente del hecho con base en alguno de los siguientes institutos: a) riesgo permitido, b) principio de confianza, e)

consentimiento de la víctima, y, d) prohibición de regreso. Asimismo, en lo que respecta a la imputación del resultado, o bien se constata que el resultado es concreción del riesgo típico o se declara que no es concreción de ese conjunto de condiciones penalmente relevantes, sino de otras; por lo que, la misma, para Jakobs es un problema meramente ¿"mpírico o descriptivo .

En lo que respecta al modelo de Frisch, quien distingue dos categorías: a) la conducta típica, y, b) la imputación del resultado, basa su argumentación en una doble ponderación constitucional: 1) si en casos C;;omo el que es objeto de valoración es necesario y apropiado limitar la libertad general de actuación, y, 2) si es apropiada, necesaria y adecuada la intervención del Derecho penal; y estas valoraciones se realiza siempre en el marco de la tipicidad de la conducta; en cambio, a la hora de imputar resultados, como la valoración ya SEf realizó, E:::;ntonces, sólo es suficiente constar fácticamente, de acuerdo con el desvalor de la conducta realizado previamente. Nbobstante, se le critica este modelo, en primer lugar, porque esa ponderación de legitimación es una ponderación que no le corresponde al aplicador del Derecho, sino al legislador; en segundo lugar, se trata de una valoración absolutamente abierta, indeterminada e indefinida, que no apqrta criterios claros de solución; no sirve más que como topos argumentativos para presentar soluciones previamente acordadas. La mejor prueba de ello es que ante los diversos problemas de tipicidad que ofrecen los tipos puros de resultado Frisch realiza una
ponderación caso por caso.[482]

. __ En lo que respecta al modelo de Sancinetti. se tiene que, si la imputación objetiva puede adecuarse a una concepciÓn subjetivista - monista del injusto, la misma es poco convincente, puesto que, hay una diferencia entre configurar la teoría de la imputación objetiva como una mera concreción de los límites del injusto (subjetivo) y el entendimiento' que le suelen asignar sus defensores.

Pues para éstos, la imputación objetiva no sólo acota la materia de prohibición como una especie de límite externo derivado de la teoría de las normas sino que - de acuerdo con una concepciÓn que reconoce la misiÓn social de :a construcción dogmática y consiguientemente de la norma _ contribuye a la constitución del injusto, ya que no puede haber tipicidad sin relevancia objetivo - social de la conducta.

Finalmente, en lo que respecta al modelo de Bustos Ramírez, tampoco es convincente la afirmación de que la realización del riesgo aparece como momento de la antijuridicidad. Sostienen los críticos que en tales casos no se carece de una parte del tipo penal objetivo sino que, dada la tipicidad (la creación desaprobada del peligro que ha llevado al resultado), ante todo se carece es de la antijuridicidad. No es convincente esta opinión, porque lo fundamental en la tipicidades un procesovalorativo---de determinación de una situaciÓn típica. En cambio, en la antijuridicidad se consideran todas las - valoraciones Y desvaloraciones que surgen desde todas las reglas del ordenamiento jurídico. Los partidarios de la teoría de la imputación objetiva.

Consideran que la inclusión o no de su teoría en el tipo penal no se puede fundamentar en un juicio especial con la valoración. Al colocar al tipo penal en contraposición con la valoración, se está pasando por alto que la delimitación de los elementos que se consideran ne,cesarios para constituir un tipo penal se basa en valoraciones consecutivas. N'"o se entiende por qué la sola creación del peligro por sí sola típica la conducta, esperando otro nivel,la antijuridicidad, para decidir si la realización del riesgo es o no jurídica.

Se considera que sólo conciernen preguntas sobre la antijuridicidad, cuando ya no se trata más de un problema de la armonización de la libertad de acción y del interés de protección de bienes jurídicos, sino que se trata de excluir la valoración básica a ciertas creaciones del peligro, las cuales en sí están desaprobadas y se ha realizado el riesgo, Ante todo lo señalado, ¿será posible mantener nuestra posiciÓn sobre la . importancia del juicio de imputación objetiva~ en~~el . establecimiento de la identidad material entre la omisión y la acción? Como se *ha indicado, la responsabilidad penal* no *puede ser distinguida sobre la base* de *la apariencia externa* de *la conducta (si el sujeto realizó una acción;* o *bien, una omisión); por el contrario,* se *requiere* de *una razón normativa,* yes *precisatrnente dentro de la teoría de la imputación objetiva en donde* se *lleva* a *'cabo la determinación de una conducta típica y, según el tipo penal, la materialización de un resultado.* Y *para ello,* se *deberá distinguir entre delitos producidos por la creación* o *administración de un riesgo común (delitos derivados del* status *general de ciudadano, el cual, forma parte, implícitamente, del contenido del tipo penal) y aquellos otros que derivan de deberes especiales establecidos por el ordenamiento jurídico frente* a *determinado bien (delitos en virtud de una institución, la cual, descansa un rcl*

específico que, también, forma, *implícitamente, parte del contenido del tipo penal).*

y esta diferenciación es distinta a la subdivisión tradicional entre delitos de omisión y de comisión, y sobre la base de la misma,483 determinar cómo se aplica el juicio de imputación objetiva.

Para ello, nos basamos en las siguientes ideas rectoras:

- Un hecho puede imputarse a un sujeto sólo si constituye la infracción de un rol socialmente atribuido, complementado con el empleo de criterios normativos como las capacidades de autodeterminación Y autorresponsabilidad, así como, la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, el cual, se relaciona con el resultado acaecido. (aspecto normativo de la imputación objetiva) .

- La imputación objetiva implica admitir que la configuración del injusto requiere de valoraciones jurídicas específicas, vinculadas a la base fáctica o empírica (aspecto valorativo de la imputación objetiva).

En el caso de la primera idea rectora, el proceso, en que se discute sobre la adecuación de la imputación, si 'bien, toma del contexto social, debe estar ordenado según criterios jurídicos.[484]

El rol social puede servir para determinar cuáles son las circunstancias que no se deben conocer, pero si existe un juicio válido sobre el riesgo o la situación de riesgo el que lo crea o participa en la situación tiene el deber de desactivar ese riesgo o evitar esa situación siempre que pertenezcan a su ámbito de responsabilidad. Y el rol social no es el criterio definitivo para esta delimitación normativa de ámbitos· de responsabilidad que cobra tanta importancia para el desarrollo moderno de la teor~a de la imputación objetiva.

:" Por el contrario, el criterio normativo determinante es el *riesgo jurídicamente desaprobado (que* es *creado por el agente y que se relaciona con el resultado producido),* porque sin la existencia de este criterio el Derecho penal tendría que intervenir los ámbitos de libertad de los seres humanos cada vez que su conducta lesiona bienes jurídicos ajenos, por el simple hecho de causar el resultado o lesión teniendo el conocimiento de la peligrosidad de su conducta y pudiendo haberla evitado.[485]

Esto es coherente con nuestra metodología de estudio, esto es, partir del criterio de la persona como sujeto libre, que se autodesarrolla en un contexto social determinado. Frente a este fin, el Oerecho debe proteger ese ámbito de libertad, por ejemplo, imponiendo roles o deberes, a fin que la persona no se exceda en el desarrollo de su libertad, causando daño a otro sujeto libre. Y en ese sentido, los roles se normativizan ,a través del concepto de riesgo; es decir,. si el rol genérico es no dañar esferas de libertad ajenas, eso se normativiza analizando el concreto tipo penal, a ,fin de establecer si en el caso concreto la persona ha creado un riesgo prohibido a través de su organización de libértad, configurando el tipo penal respectivo, Y, por ende, afectando ese rol genérico de ciudadano. Igualmente, se puede predicar en el ca$O de roles especiales, en el sentido que, el concreto tipo penal se configurará si estos roles han sido quebrados a través de la creación de un riesgo prohibido (valga la redundancia, por la norma penal).

Por tanto, nuestro modelo no se *basa en el puro rol social, dado que,* se *caería en la excesiva abstracción de la categoría normativa, sino que~ consideramos que* esos *roles son determinados normativamente a través del criterío del riesgo prohibido que recoge cada tipo pena/.*

En lo que respecta a la segunda idea rectora, ésta parte de que una .dogmática que quiere penetrar en el sentido material de las instituciones jurídicas no puede renunciar a la búsqueda de las va,loraciones y principios jurídicos que las fundamentan. Y tal búsqueda no .ha de limitarse a las valoraciones ~ principios generales, sino que ha de alcanzar hasta los más específicos.[48]

Esta valoración permitirá comprobar la presencia de una conducta peligrosa y luego la exigencia de que su"' peligrosidad se realice en el resultado. Esta *valoración* se *realice sobre los datos fácticamente realizados* y *recogidos por el operador jurídico, con relación al* caso *concreto.* Estos *datos revelan, un comportamiento del agente,* como ser *libre,* y *de los conocimientos que* éste *detenta, como* sujeto *in teJec tual,* y *esto último porque el sujeto debe conocer* o *tener* a *la mano datos objetivos que le den el fundamento material* a *la exigencia jurídica de observancia de un determinado rolo deber.*

Sin embargo, cuando se afirma que la imputación objetiva es un juicio de valoración, nos permite entrar a otro aspecto teórico de la misma. Así, *Imputación* significa, por un lado, atribución de un hecho al hombre y no a causas externas al mismo. En otras palabras, atribución a la libertad y no a la mera causalidad. Así era entendido el término *Zurechnung* (o *Imputation)* en autores como KANT, FEUERBACH o BERNER, por no ir más atrás. La pregunta de la imputación sería, pues, la de si el proceso externo tiene algún

sentido (sólo el actuar libre lo tiene. No obstante, como se vaa señalar en el último apartado de esta investigación, las bases filosóficas por las cuales nos adherimos no proviene del idealismo kantiano; sino que, al hablar aquí de "libertad" lo hacemos bajo la filosofía del liberalismo político de Rawls). *Pero en el último siglo el término Slimputación"* se *ha utilizado mucho* más - *precisamente en el marco de la doctrina de la imputación objetiva - para aludir* a *la pregunta sobre el contenido de sentido concreto que tiene aquello que previamente* se *ha imputado, al menos en cierta medida.*

Expresado de otro modo, la teoría de la imputación objetiva no pretendió, ni pretende, establecer las condiciones de atribución del hecho a un sujeto como su obra, cuanto establecer las reglas de atribución de un sentido concreto al referido hecho.[487]

Queda entonces la cuestión del juicio de imputación como atribución del hecho a un sujeto como. obra suya. Para los pocos defensores actuales del referido concepto clásico de imputación - muy especialmente Hruschka -, no sólo la teoría del comportamiento típico sino también la doctrina sobre el nexo entre conducta y resultado deben excluirse del ámbito propio de las reglas de imputación. Una y otra pertenecen a lo que se denomina *applicatio le gis ad factum,* ámbito propio de las reglas de conducta. De ahí que sorprenda la cita que Frisch hace de aquel autor, cuando, según . creo, sus construcciones parten de perspectivas radicalmente diferentes; en concreto, no parece que Frisch quiera renunciar a calificar el nexo entre conducta típica y resultado como cuestión de imputación objetiva. En cambio, Robles sí parece sugerir, aunque se muestre algo dubitativo y lo deje entre interrogantes al analizar el planteamiento de Schunemann, que íPmbién el juicio sobre el nexo entre conducta y resultado debe reputarse ajeno a las reglas de imputación. En este sentido. su planteamiento sería más próximo al de HRUSCHKA.

Ahora bien, el juicio de imputación, incluso desvinculado de cualquier juicio de valoración sobre el hecho y ceñido a la atribución de éste a un sujeto como obra suya, tampoco puede contemplarse sólo en términos de finalidad. *Más bien, dicho juicio precisa de la concurrencia de un conjunto de condiciones cognitivas* y - *volitívas - en el sujeto que sólo puedendesignarse mediante la idea de libertad.* Como indica Silva Sánchez, *«el concepto de injusto pena/mente relevante, como presupuesto específico de la imposición de la consecuencia jurídica pena, ha de tener* (. . .) *un carácter más personal» que el que le atribuye la teoria que los finalistas denominan "del injusto personal* (...) *en particular, debe incorporar la exigencia de una libertad (externa* e *intema) mínima del sujeto, sin la cual carece de sentido afirmar que éste ha infringido un h-nperativo de conducta».* 488

En ese orden de ideas, la imputación objetiva, se centra en las valoraciones que se realiza al obrar de un su'jeto libre; delimitado por la observancia de roles, legitimados por la necesidad de posibilitar que todas las personas puedan autorrealizarse en sociedad.

Estas dos ideas rectoras permiten afirmar que la imputación objetiva no solamente incide en la atribución de resultados a una conducta típica, sino que la imputación objetiva afecta, además de la atribuyión de resultados, la imputación de riesgos creados por la conducta del sujeto, la tentativa, los delitos de peligro, la autoría y participación. Aunque, teniendo en cuenta los objetivos de esta Tesis.

En suma, este proceso de determinación objetiva se divide en dos partes: la imputación del comportamiento (creación de un riesgo prohibido) y la imputación objetiva del resultado (realización del riesgo). A continuación se van a desarrollar ambos aspectos.

2.3.5.2 IMPUTACIÓN DEL COMPORTAMIENTO: LA CREACIÓN DE UN RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO

La imputación del comportamiento deterrninaque un comportamiento lesivo puede irnputarse al sujeto como, infracción de su rol general de ciudadano, o bien de roles especiales o competencias institucionales. Como ambas clases de roles deben, implícitamente, formar parte del contenido del determinado tipo penal a encuadrar la conducta del agente, es que,~ los mismos determinan una modalidad de delitos; así el primer tipo de rol configura los denominados *delitos de dominio* o *competencia por organización;* en cambio, el segundo tipo de rol determina a los denominados *delitos de infracción de un deber* o *competencia por institución.*

En este apartado, analizaremos como esta primera parte de la determinación objetiva se configura tanto en los delitos de dominio, así como, en los delitos de infracción de un deber; para luego, estudiar los institutos dogmáticos que excluyen, en ambos casos, la imputación del comportamie·nto.

A. LA CREACIÓN DE UN RIESGO PROHIBIDO

Como puede derivarse de la" propia- denominación del criterio de determinación de la imputación del comportamiento, los riesgos prohibidos son aquellos que no se encuentran abarcados por el llamado riesgo permitido.

En lo que respecta a los delitos de dominio, el riesgo prohibido constituye un importante criterio de determinación, pues no forma parte del rol

de ciudadano (que forma parte, implícitamente, del contenido del tipo penal) impedir todos los riesgos de lesión, sino solamente los que exceden el riesgo socialmente permitido.[489]

La concreción del riesgo prohibido constituye un proceso de determinación con base en normas jurídicas (en un sentido primigenio),490 normas técnicas y reglas de la prudencia.[491]

No obstante, para la imputación del comportamiento en el ámbito de los delitos de dominio, no basta que se haya sobrepasado el límite de actuación general establecido por el ordenamiento jurídico, sino que se requiere determinar además la competencia del autor por este riesgo no permitido.[492] Esta determinación sólo puede tener lugar si se tiene en consideración la . concreta situación de actuación y la concreta persona del autor. La referencia al autor concreto no debe entenderse, sin embargo, como una medida subjetiva, sino como una medida objetiva, esto es, como una persona libre y responsable frente al ordenamiento jurídico (ciudadano). Si se llega a demostrar que el autor ha infringido las competencias que en la situación concreta le eran exigibles, entonces cabrá una imputación del comportam ¡ento. 493

Por otro lado, cómo tiene lugar la inobservancia del rol general de ciudadano en los delitos de dominio. *El punto de partida para responder* a *esta interrogante* se *encuentra no en considerar el comportamiento del autor en su relevancia naturalista como idóneo para producir un resultado lesivo, sino en* su *expresión normativa de infracción de las competencias atribuidas.*[494] *Para el D~recho penal,* esto *significa que el sujeto ha organizado defectuosamente* su *esfera personal] lesionando los deberes negativos que* ¡é *corresponde por el hecho de poseer* el *status de ciudadano. Esta incorrecta organización puede tener lugar concretamente por el incumplimiento de deberes de aseguramiento, de deberes de salvamento por asunción* o *por riesgos especiales.*

Los deberes de aseguramiento consisten, valga fa redundancia, en asegurar fa propia organización de tal modo que de[H] *ella no* se *desprendan* riesgos *que excedan del nivel permitido.*[495] *Estos deberes pueden cumplirse mediante una conducta activa* u *omisiva, dependiendo esta cuestión del causal estado de la esfera de organización del ciudadano.*[496] *En este sentido, el fundamento de la imputación no* se *encuentra en el plano natural, sino en un plano normativo: el rol de ciudadano (que implicitamente, forma parte del contenido de* ¡os *tipos penales de dominio).* Sí el ciudadano incumple los deberes de aseguramiento en el ámbito concreto en el que se mueve, ese comportamiento, sea activo u omisivo, podrá serie imputado objetivamente a su esfera de organización. Si la organización se hace conforme al rol, el

comportamiento no podrá imputársele objetivamente con fines jurídico - penales, aún cuando se trate de una conducta riesgosa y el sujeto haya sido consciente de ello.

Por otro lado, una imputación del comportamiento puede tener lugar también como consecuencia de la infracción de deberes de salvamento, los cuales surgen por riesgos que ya no se encuentran, en el ámbito de la . ~rgani~ación. personal. *~J f?iudadano. realiza una conducta peligrosa, pero* asume, *al* mismo *tiemiJO, el deber* de *revocar* ese *peligro* antes *de que* se *afecten ámbitos. de organización ajenos, esto* es, *que asume una competencia por el riesgo en ámbitos ajenos* como *sinalagma a la renuncia de protección de los titulares de* estos *ámbitos. Estos deberes de salvamento pueden ser infrinpidos indistintamente mediante una acción* o *mediante una omisión.*[49] En caso de producirse tal infracción, podrá imputársele objetivamente al ciudadano su comportamiento.

.194 Los límites de la creación permitida de riesgos no dependen de criterios o magnitudes naturalísticos, estadísticos o matemáticos como la probabilidad de producción del resultado. No existe una fórmula matemática o nivel cuantitativamente fijo de riesgo cuyo traspaso determine los límites de la intervención del Derecho penal.

Asimismo, los deberes de salvamento pueden tener su· fundamento también en la introducción de riesgos especiales en ámbitos de organización ajenos. En estos casos, no existe un asunción de los riesgos, sino una conducta precedente especialmente;. peligrosa (injerencia). Un sector importante de la doctrina penal limita los supuestos de injerencia a los casos de una conducta precedente antijurídica, pero como afirma Jakobs, existen conductas permitidas que, sin embargo, fundamentan deberes de salvamento.[499] *Precisamente,* se *trata* eJ.e *aquellas conductas que el ordenamiento jurídico solamente las tolera porque llevan consigo deberes de salvamento. En ese sentido, el incumplimiento de tales* deberes *frente* a riesgos *especiales constituye una forma de infracción del rol general de ciudadano* y *justifica, por tanto, fa imputación del comportamiento.*

En lo que respecta a los delitos de infracción de un deber, los elementos de la imputación objetiva son los mismos: se requiere de una imputación del comportamiento y de una realización del resultado. No obstante, hay que precisar que el contenido de cada uno de estos aspectos no coincide con los desarrollados en los delitos de dominio. *En los* delitos *de infracción de un deber, la imputación del comportamiento* se *determina por la infracción de un deber específico, mientras que la realización del resultado no* se *aprecia* como *la realización del riesgo prohibido, sino* como *una forma de configuración de la socíedad que el vinculado institucíonal debió haber.*

·En lo que respecta a la imputación del comportamiento en los delitos de infracción de un deber hay que determinar primeramente que el autor es un obligado especial. Esto quiere decir que, en principio, no, cualquiera puede ser autor de un delito de infracción del deber, sino solamente los obligados institucionalmente.[501] *Determinada la titularidad de un rol especial, debe -- precisarse las competencias institucionales correspondientes mediante las normas forma/es ° informales que configuran las instituciones sociales en cuestión y que pueden relacionarse con el contenido del tipo de* esta clase *de delitos. El sujeto especialmente obligado* está *inmediatamente sometido al deber, de manera que no interesa el quantum organizatívo* en *el hecho, sino simplemente que no haya cumplido con los deberes especiales impuestos por la institución.*[50z] Por esta razón, para los obligados especiales existe un deber de salvamento frente a un ataque, aunque éste se haya desarrollado completamente sin su intervención. La imputación de! comportamiento tiene lugar solamente con la posibilidad del cumplimiento del deber especial.

-*La imputación del comportamiento, como primer elemento de la imputación objetiva, puede fundamentar por si sola la realización objetiva de determinadas figuras delictivas* como *los delitos de mera actividad, los delitos de peligro* o *la tentativa.* No se requiere, por tanto, una imputación objetiva del resultado para fundamentar la responsabilidad penal, aunque su verificación puede traer consigo un cambio en la razón de la responsabilidad penal, o sea, que el delito de peligro cede ante un delito de resultado o la tentativa deja su lugar al delito consumado.

EL PRINCIPIO DE CONFIANZA

Ya que el evento delictivo se presenta siempre en un contexto interactivo, la intervención de varios sujetos en el hecho puede oscurecer la· determinación de los sujetos penalmente competentes. Por esta razón, resulta conveniente delimitar los ámbitos de _competencia de los diversos intervinientes en el hecho delictivo. *La competencia por el riesgo prohibido puede corresponderJe no sólo al titular del ámbito de organización del que* se *deriva el riesgo prohibido (específicamente en* los *delitos de dominio), sino que puede plantearse también frente* a *terceros ("principio de confianza" y uprohibición de regreso")* o *puede incluso ser atribuida* a *la propia víctima (UámbitQ de responsabilidad de* la *víctima").* Si no es posible afirmar la competencia jurídico - penal de al§una persona, entonces cabrá tratar el hecho simplemente como un infortunio.[5] 3

En este punto, analizaremos la institución delimitadora del principio de confianza en el ámbito de los delitos de dominio.

El principio de confianza adquiere una especial relevancia en sociedades organizadas, en las que la división del trabajo libera al ciudadano competente de un control sobre las actuaciones de los demás.[504]

El fundamento de este principio parte de la idea de que los demás sujetos son *también responsables y puede confiarse, por tanto, en un comportamiento adecuado a derecho por parte de* los mismos.[505] Es decir, el fundamento de esta figura no se encuentra en _la existencia de riesgos asumidos por el ordenamiento jurídico y en el carácter de *última ratio* del Derecho penal. En los supuestos en los que es preciso acudir al principio de confianza el cuidado necesario en el tráfico no está relacionado con un riesgo natural, sino *con el comportamiento de una persona libre* y *responsable, por tanto, entra en jl1egoen el fundamento de la atipicidad de la conducta el principio de autorresponsabílidad.*

Lo específico del principio de confianza en cuanto al riesgo permitido se encuentra en el hecho de que el desarrollo del suceso no depende- de la naturaleza, sino de otras personas. No obstante, este principio requiere, como todo criterio de delimitación de competencias, de una labor de concreción que permita establecer si se mantiene la confianza o si, por el contrario, ésta decae.Para poder llevar a cabo esta labor, debe tenerse en cuenta el sector específico correspondiente, pues la configuración del principio de confianza varía según las características de cada sector. Así, por ejemplo, la confianza que rige en, el tráfico rodado no se corresponde plenamente con la que tiene lugar en el uso de prestaciones ajenas en la división del trabajo.

El principio de confianza frente a las prestaciones de terceros tiene dos formas distintas de manifestación, En primer lugar, pueden mencionarse los casos en los que una actuación se mostraría inocua si la persona que actúa a continuación cumple con sus deberes. La otra forma de manifestación del principio de confianza se presenta cuando una situación concreta ha sido preparada previamente por un tercero. En principio, se debe tener la confianza en que este tercero ha actuado de manera correcta.[506]

Por otro lado, el principio de confianza, como todo prinCIpIO general, encuentra también ciertas circunstancias especiales que excluyen su vigencia. Estos límites al principio de confianza pueden clasificarse en tres:

- La confianza queda excluida si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad.

.• No hay lugar para la confianzá si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente- otro cometa.

.• La confianza cesa cuando resulta evidente una conducta 'que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes. Hay que precisar, sin embargo, que tal situación de confianza no se rompe con una desconfianza subjetiva derivada de conocimientos especiales, sino con una originada por situaciones que objetivamente permitan poner en tela de juicio la confianza sobre la conformidad a derecho del comportamiento del otro.

C. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO

Un sector cada vez mayor de la doctrina penal recurre al criterio de los ámbitos de responsabilidad según el cual una persona no requiere representarse las distintas &osibilidades de comportamiento ilícito de terceros __ . derivados de su actuación.[5]

En los delitos de dominio la responsabilidad penal se configura por una organización defectuosa que infringe e! deber negativo de no lesionar a otros. Esta organización defectuosa puede tener lugar por una organización individual o ser producto de una organización conjunta. En este último supuesto se presenta una repartición del trabajo que vincula a los participantes y fundamenta, por tanto, que el injusto sea considerado una obra común.

Esta participación no debe reducirse a los actos de ejecución, sino que debe incluir los actos de preparación, de manera que no debe caerse en el error naturalista de la doctrina penal dominante de considerar que el partícipe en la fase de preparación realiza un conjunto propio que se vincula al injusto principal de los autores.

El delito constituye una obra conjunta de todos los intervinientes en la preparación y en la ejecución del hecho. No obstante, no basta que se realice una aportación (dolosa) al hecho, sino que es necesario ~ue ese aporte tenga el sentido objetivo de alcanzar consecuencias delictivas.[50]

Ese sentido objetivo, para el caso de los delitos de dominio a que nos centraremos a lo largo de este punto, lo suministra la infracción del rol general de ciudadano. Una actuación conforme al estereotipo de conductas socialmente permitidas no constituye una infracción del rol de ciudadano. El hecho que el

agente haya actuado dolosa o culposamente respecto de la futura utilización de su aporte por otro en un contexto delictivo, no cambia en nada el carácter permitido de su actuación.[509]

.Una imputación del comportamiento no resulta justificada sólo porque exista una conducta causal evitable, sino que es *necesario que* esta *última constituya una infracción del rol general de ciudadano.* ***Si no*** *tiene lugar una infracción del rol de ciudadano, entonces estaremos ante una prohibición de* regreso.

Esta figura se diferencia con el prinCipiO de confianza, porque este último tiene que ver con los límites subjetivos del tipo: la determinación del deber de cuidado con respecto a las ccnductas de otras personas; asimismo, el principio de confianza sólo entre en juego como límite de la imputación cuando un comportamiento reúne los requisitos objetivos de un tipo penal. En cambio, la prohibición de regreso es un instituto que sirve para negar la existencia del tipo objetivo en un ámbito como el de los tipos de participación.[51o]

Las formas de aparición de la prohibición de regreso pueden c1asificarse en dos grupos. En primer lugar es;-::Sn los casos en los que no se hace

responsable al sujeto que realiza un comportamiento cotidiano al que otro vincula unilateralmente un hecho delictivo o se sirve del mismo para su realización.[511]

El segundo supuesto de prohibición de regreso excluye la responsabilidad penal de quien realiza una prestación generalizada e inocua a otra persona que hace uso de ella para la materialización de un delito. En estos casos tiene lugar una comunidad con el autor, pero esta comunidad se encuentra limitada a la prestación de un servicio socialmente permitido que al autor no puede ampliar unilateralmente. La ausencia de una imputación del comportamiento tendrá lugar aún cuando el que realiza la prestación conoce de los planes delictivos del autor, ya que objetivamente no se ha píOducidouna conducta dirigida a favorecer un delito, sino una prestación consistente en la entrega de bienes, en la realización de servicios o en el suministro de información a la que cualquiera puede acceder.[512]

D. LAS ACCIONES A PROPIO RIESGO

En una explicación funcional de la imputación objetiva cabe reconocer dos razones por las que las consecuencias de un hecho delictivo pueden recaer sobre la víctima: o porque nadie resulta competente por el delito (caso de

infortunio), o porque la víctima ha "actuado a propio riesgo" al infringir incumbencias de autoprotección o realizar actos de propia voluntad.[513] De estas dos posibilidades de razones de cargo a la víctima del resultado lesivo, solamente la segunda constituye un caso de competencia de la propia víctima,514 ya que en caso de infortunio no tiene lugar propiamente una atribución del hecho a alguien. *Una competencia de la víctima que* se *sustente en el principio de autorresponsabilidad,515 solamente podrá existir en* los casos *en* los *que la víctima, en tanto persona responsable, ha actuado a propio riesgo.* 516

Esta actuación de la víctima puede tener fugar, a *su vez, de dos maneras: por la infracción de incumbencias de autoprotección* o *por un acto de voluntad (consentimiento).* Esta diferenciación no significa una reedición de la teoría eJe la diferenciaci6n entre participación en !a autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida,517 sino que por el contrario, se asienta en criterios dogmáticos diferentes.

Cuando la actuación a propio riesgo tiene lugar mediante la infracción deincumbencias de autoprotección,518 estamos ante supuestos en los que la víctima actúa de una manera tal que pueden esperarse objetivamente consecuencias lesivas para ella. Se tra~a, por tanJo, de riesgos que se encuentran presentes en su interacción con los demás y frente a los cuales resulta de su incumbencia autoprotegerse.[519]

Ya que la complejidad de los contactos sociales genera no sólo mayores beneficios para el progreso de la sociedad, sino también mayores riesgos, parece lógico que el sistema jurídico atribuya un conjunto de incumbencias de autoprotección a las personas. La infracción de estas incumbencias por parte de la propia víctima hace que en determinados casos los sujetos que han producido causalmente la lesión no respondan penalmente o sólo lo hagan de manera parcial en caso de mantener ciertas competencias por el dominio del nesga.

Por otro lado, el uso del consentimiento en la teoría de la imputación 'objetiva ofrece ventajas dogmáticas, aunque para ello debe dejar de entendérsele como un dato psíquico y considerarlo, más bien, como un acto objetivo de manifestación de voluntad.[520] El consentimiento de la víctima tiene el sentido objetivo de una ampliación voluntaria de los peligros que amenazan normalmente su ámbito personal, de manera que en caso de realizarse un tipo penal, el hecho podrá reconducirse al comportamiento voluntario de la víctima.

Podría argumentarse, en contra del reconocimiento de la relevancia del consentimiento en la imputación a la víctima, que éste constituye también una infracción de incumbencias de autoprotección y que, por ello, una diferenciación resulta ociosa.

Ante esta fundamentación cabe afirmar que la distinción entre la simple infracción de incumbencias de autoprotección y el consentimiento tiene relevancia no sólo en el plano subjetivo, sino también en el objetivo. Al respecto, García Cavero, cita el siguiente ejemplo: ¿tiene acaso el fabricante que vende un producto defectuoso a un comprador que ha sido informado de los defectos de fabricación del producto igual responsabilidad penal que aquél que vende un producto defectuoso a un consumidor que lo utiliza incorrectamente? No cabe duda que en el primer caso una responsabilidad del fabricante se encuentra excluida, mientras que en caso de infracción de incumbencias de autoprotección se mafltiene todavía una competencia del fabricante por el producto defectuoso. Con ello no se reconoce, sin embargo, una relevancia absoluta al consentimiento, pues la competencia de la víctima puede decaer en los casos en los que su consentimiento resulte afectado por factores distorsionantes, esto es, que no se trata más de una persona responsable.[521]

Por otro lado, es menester indicar la presencia c;:ie recortes normativos al principio de autorresponsabilidad de la víctima. *Por uniado, el principio de autorresponsabilídad decae cuando tienen fugar situaciones de superioridad en las que la víctima* es *instrumentalizada por el autor.*[522] *Por otro lado,* la *autorresponsabilidad serecorla cuando existen deberes de control, protección* o *tutela frente a la víctima*[523] *derivados de un rol especial de autor que mantiene* su *competencia por el hecho, aún cuando la víctima actúe* a *propio riesgo.*

Todo lo indicado, tanto en el principio de confianza (acápite B), prohibición de regreso (acá pite C) y acciones a propio riesgo (acápite O), han sido comentados en el contexto de los delitos de dominio. En cuanto a la viabilidad de utilizar en los delitos de infracción de un deber los institutos delimitadores de la imputación objetiva desarrollados en el marco de los delitos de dominio, debe advertirse, según Garcia Cavero, que éstos sufren recortes. *La posibilidad de desligarse de las vinculaciones institucionales se presenta mucho más compleja ~ue la renuncia* a *la competencia por el riesgo de los delitos de dominio.* 24

Eri primer lugar, *debe señalarse que las instituciones sociales establecen, por lo general, un procedimiento formal para desvincularse de las mismas:* los padres deben dar al hijo en adopción, los esposos deben seguir un procedimiento de divorcio, el funcionario debe pedir su cese, el administrador presentar su renuncia. *Solamente si se ha seguido* el *procedimiento establecido*

para la desvinculación institucional, será posible alegar una incompetencia.[525] En segundo lugar, *están* los *casos de desvinculación temporal* a las *instituciones* sociales; *por ejemplo, que los padres dejen* a su *hijo con una niñera. En este* caso, *no implica una liberación del vinculado institucional, pues siempre existen deberes de selección, control* e *intervención que justifican una recuperación de la competencia institucional.*

Posibilidad, ese mismo resultado también se hubiese producido con la conducta conforme a derecho? Es decir, si un sujeto actúa imprudentemente causando una lesión, ¿debe responder aunque se pruebe o se sospeche que la lesión no se habría evitado en el caso de que el sujeto se hubiera comportado cOITectamente? Dos ejemplos de la '"jurisprudencia alemana que se han convertido en clásicos de la literatura penal, nos ayudarán a comprender el problema.

El dueño de una fábrica de pinceles adquirió pelos de cabra chinos para . la elaboración de dicho producto. A pesar de estar obligado a su desinfección, se los dio a las empleadas sin cumplir previamente con dicho deber. Varias trabajadoras contrajeron el bacilo del carbunco, que estaba en los pelos de cabra, muriendo poco después. Posteriormente se puso de manifiesto que ninguno de los desinfectantes preceptivos era lo suficientemente eficaz para exterminar totalmente el bacilo, de tal manera que su utilización no excluía con seguridad el peligro de contagio. O el famoso «caso de la cocaína»: en vez de novocaína como establecía la *lex anis,* un médico utilizó cocaína para anestesiar localmente a un niño, lo cual constituye una imprudencia desde el punto de vista médico. El paciente no soporta la anestesia y muere. La autopsia pone de manifiesto que en la víctima se daba un fenómeno nada normal, 'consistente en la no involución de la glándula timolinfática, lo que convertía **al** paciente en hipersensible a cualquier tipo de narcosis, de tal manera que la aplicación de la novocaína posiblemente también hubiese conllevado la muerte.

Dos son fundamentalmente las teorías que han disputado la primacía en las'O~udón'deestos supuestos: la teoría de la evitabilidad o teoría del nexo y la teoría del incremento del riesgo.

a) La tesis básica de la *teoría de la evitabilidad*[527] es la siguiente: el sujeto que causa imprudentemente un resultado no responderá mientras no se pruebe, con una probabilidad rayana en la certeza, que dicho resultado se habría evitado con el comportamiento alternativo correcto. Para fundamentar esta teoría se parte de que los deberes de diligencia tienen por finalidad la evitación de resultados típicos, por lo que constituiría una condición previa para poder castigar el que la lesión del bien jurídico fuera finalmente evitable mediante la obserJancia de la diligenCia objetivamente exigida. Precisamente

será este elemento, el efecto protector de las normas, el que ponga en relación ímprudencia y resultado de la siguiente manera: cuando excepcionalmente, por las características del caso concreto, la norma no hubiera podido cumplir su función protectora, la lesión del precepto es irreleyante en relación con los delitos imprudentes y deberá ser negada la relación especifica entre lesión del deber de cuidado y resultado, y con eilo la imputación objetiva de éste. Para constatar la existencia de ese nexo de lesión del deber se propone la utilización de la fórmula de la *conditio sine qua non,* de tal manera que si se suprime

c) Pero además de las dos propuestas descritas ex¡steunatercera forma de solucionar el problema planteado, opción. actualmente minoritaria, y es la de *negar cualqUier relevancia* a *efectos de la Imputación objetiva del resultado* a *qué hubiera sucedido en el supuesto concreto con la conduclahipotética correcta,* ?i ésta hubiera o no disminuido el riesgo o hubiera O no evitado el resultado.:J32 La idea central de esta teoría es que la norma penarho pretende evitar la producción de todos los resultados posibles, sino solamente dealguno[s] de ellos. La relación de imputación del resultado no se determina, por tanto, con base en el hecho de si un comportamiento alternativo conforme a derecho no hubiese podido evitar la Eroducción del resultado, sino con base en **el** ámbito de protección de la r:¡arma.[s] 3

Téngase en cuenta que esta opción no supone negar la necesidad de un nexo específico entre inobservancia de los roles y el resultado: ComO ya se vio, éste es necesario, pero en su configuración resulta irrelevante qué hubiera sucedido en el supuesto concreto con el comportamiento alternativo conforme a derecho. De esta manera podrá afirmarse que el resultado es la realización de la inobservancia de los roles (genérico o especificas) de la personas, a pesar de que en el caso concreto el comportamiento adecuado a derecho no habría evitado el resultado o habría generado un riesgo igual al que el comportamiento típico creó. Lo contrario también es posible: puede excluirse la imputación objetiva a pesar de la constatación de la evitabilidad o del aumento del riesgo.

Un médico prescribe a un paciente una dosis mayor a la que establece la *lex artis* de un medicamento muy fuerte -por ejemplo, en vez de una pastilla le indica que ha de tomarse tres-o El enfermo sigue estas instrucciones y muere. Las posteriores investigaciones ponen de manifiesto que, posiblemente por un error de laboratorio, las píldoras contenían una sustancia mortal que nada tenía que ver con la composición del fármaco.

A diferencia de las teorías de la evitabilidad y del incremento del riesgo, pensar si el sujeto hubiera muerto o no con el veneno que contenía una sola de las cápsulas, es completamente irrelevante. Aún en el supuesto de que una sola píldora no fuera suficiente para producir la muerte, el médico no

responderá por homicidio imprudente, pues, si bien su conducta resulta disvaliosa en relación a este ti'po, no puede hablarse de desvalor del resultado porque éste no es la realización de la peligrosidad por la cual su comportamiento estaba prohibido.

Por el contrario, tanto el desvalor de la acción como el del resultado y, por tanto, la imputación a efectos del tipo homicidio han de afirmarse en el caso de que el paciente muera a consecuencia de la toxicidad propia del medicamento, Y
." etlo aunque posteriormente se demostrara que el paciente, dado lo deteriorado de su estado físico, no hubiera resistido la dosis adecuada, siendo éste el tratamiento correcto para SII enfermedad. En este caso el médico deberá responder, pues *el resultado ha sido la materialízación del riesgo que la obligación omitida trataba de disminuir* o de *excluir.* limitar los riesgos propios de la toxicidad del fármaco y éstos se han incrementado en la medida
que la dosis prescrita era mayor que la necesaria.

En sumaJ *considero que,* a *efectos* de *la imputación objetiva de un resultado, resulta irrelevante qué hubiera* sucedido *en el supuesto concreto con el comportamiento alternativo conforme* a *derecho. Entre otras* razones *porque si el resultado no forma parte de los resultados que la norma busca evitar,entonces* se *tratará* de *un reflejo* de *protección* y, *por tanto, de l)na causal capacidad de evitar el-resuftadofesivOuque no puede fundamentar fa relación de imputación objetiva.*

En lo que respecta a los riesgos concurrentes, se tiene que, esta situación concurre cuando el resultado puede explicarse por diversos riesgos creados por varias personas (incluida la víctima).534 En estos casos, las explicaciones hipotéticas aparecen como perjudiciales, pues no sólo se abandona el curso real, sino que se recurre a un curso hipotético que, por ser irreal, no tendría que ser considerado para fundamentar la imputación. Para salir de este dilema, se debe partir de la idea de que la explicación no está referida a los factores del riesgo, sino a los efectos del mismo. Como efecto del riesgo debe entenderse la realización de un resultado lesivo y no la disminución de las posibilidades de supervivencia del bien jurídico. 535

Por otro lado, los casos de daños derivados o secundarios comprenden los supuestos en los que el comportamiento del autor genera una situación que permite u ocasiona posteriormente una lesión por el/comportamiento de otra persona, de la víctima o la intervención dela propia naturaleza.[536]

En ese sentido, deben excluirse de la relación de imputación los resultados provenientes de riesgos generales de la vida, pues lo contrario

significaría permitir la entrada a supuestos de *versare in* re *illicita.* Una vez calificado el resultado como ajeno a los riesgos generales de la vida, deberá precisarse si existe una relación planificable entre el comportamiento del autor y la lesión derivada de la situación de indefensión. *El autor no puede ,ser competente por* todos los *daños inusuales derivados de la situación de indefensión de la victima, sino solamente por aquellos que puedan* esperarse *de la situación en la que* se *ha puesto* a *la víctima.*

Finalmente, están los daños tardíos, los cuales, son aquellos que tienen lugar como consecuencia de un daño permanente producido con anterioridad .

Ante esta situación, lo que debe hacerse es determinar si el daño tardío se encuentra explicados preferente en otros ámbitos de competencia. Si se trata . de riesgos generales de vida que afectan a las personas disminuidas o es la propia víctima la que ha omitido incumbencias de autoprotección al no 186.

Compensar su nueva situación de deficiencia o enfermedad, el resultado obtendrá explicación en estas circunstancias u no en el causante del daño permanente. Si, por el contrario, el daño permanente muestra un riesgo suficientemente fuerte de aparición de consecuencias lesivas posteriores frente a los cuales no puede adaptarse medidas de autoprotección, la imputación del resultado al causante del daño permanente se encontrará justificada. El espacio de tiempo entre el daño permanente y el daño tardío resultará penalmente irrelevante.

Como ocurrió en el acápite de la imputación del comportamiento, las situaciones descritas son aplicables en los delitos de dominio; lo que origina, hacer las respectivas distinciones con los delitos de infracción de un deber (también realizados en el caso de la imputación de la conducta).

En el caso de los delitos de infracción de un deber que requieren un resultado, no será suficiente la imputación del comportamiento, sino que deberá además verificarse una imputación del resultado. *Hay que tener presente que en los delitos de infracción de un deber el resultado no se presenta* como *la realización de un riesgo prohibido!* sino como */a producción de una situación que no corresponde con la pretendida por la instÍtución social en cuestión.* Por esta razón, una vinculación puramente fáctica entre la infracción del deber especial y el resultado no tiene ningún sentido. Entre la infracción de las competencias institucionales y la producción de un suceso contrario al orden - .. impuesto pOr una institución sodal existe solamente una relación normativa: la falta de vigencia real de la institución social se explica en el cumplimiento del deber especial del obligado institucional.

2.4 ANÁLISIS DE LA OMISIÓN IMPROPIA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Sabido es que los contornos de la política criminal está relacionado con el modelo de Estado y Sociedad donde se pretende llevar a cabo la misión "política" de organizar la materia delincuencial. En tal sentido, en el Perú, según la Constitución Política (art 43) es una República democrática, social, independiente y soberana, su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organizada según el principio de separación de poderes.

Esto es, para nuestro interés, el Estado peruano es en esencia un Estado de Derecho, donde el imperio de la leyes primordial en una Nación, esta es una concepción que pertenece al Estado liberal, que como habíamos dicho, prima la libertad del ciudadano; ahora nos interesa saber, qué modelo de Sociedad se tiene. En esta parte consideramos que el Perú, imbuidos en el mismo contexto de cualquier sociedad civilizada, se encuentra inevitablemente dentro del denominado "sociedad post industrial" cuya característica es la confluencia de riesgos en todas las actividades sociales.

Simismo, los deberes sociales de los individuos en el campo del Derecho supone la posibilidad de que se reconozcan o se impongan estos deberes por vía legislativa Y en algunas situaciones de mucha trascendencia o ligados directamente al bienestar de-<la sociedad en general, puede ocurrir que el legislador penal tome la decisión de llevar a delante el cumplimiento de los deberes sociales, lo que significará que se van a establecer sanciones penales para quienes no la cumplan. Todo esto debe traer consigo un aumento de los *delitos de omisión.*[538]

Como indica Silva Sánchez, la sociedad post-industrial, además de ser una sociedad de riesgos, es una sociedad de enorme *complejidad* en la que la interacción individual -por necesidades de cooperación y de división de trabajo funcional- ha alcanzado niveles hasta ahora desconocidos. Expresado de otro modo, las esferas individuales de organización ya no son autónomas, sino que se producen de modo continuado fenómenos -recíprocos- de transferencia y asunción de funciones de aseguramiento de esferas ajenas. En Derecho penal, ello implica la tendencia hacía una exasperación de los delitos de comisión por omisión que incide directamente en su reconstrucción técnicojurídica.[539]

En lo que respecta a la regulación de la omisión impropia, en el caso peruano, se ha hecho mediante una Cláusula Cita ubicado en la Parte General (art. 13). Articulo 13°-DELITO DE COMISION POR OMISION

El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producir/o.

2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada.

Esta opción legislativa permite la siguiente interpretación: como es sabido, las disposiciones de la Parte Especial en su gran mayoría requieren ser complementadas por disposiciones de la Parte General. En esta línea de argumentación, la doctrina de la Parte general constituye desde siempre una extensión de la responsabilidad jurídico-penal, así por ejemplo la doctrina de la participación (inductor o cómplice) lo que realiza es una extensión en la conducta del autor,-esto es a situaciones. de hecho no dominadas por éste y además no contempladas en los tipos penales de la Parte Especial; otro caso

sería en la tentativa, lo que realiza es extender la a grado; anteriores a la consumación típica, esjecir en 12 de ejecución del ilicite penal; con este mismo razonamiento, la doctrina de la omisión impropia lo qUE realiza es extender los modelos conductuales típicos (monopolizados por lc_ comisión y la omisión propia tipificada) a situaciones y circunstancias ne previstas en los tipos penales.

Por otro lado, en la actualidad, el Perú cuenta con un "Anteproyecto de! Código Penal", redactado solamente en la ·Parte General, cuya data es de! 2004.

En ese documento, se realiza ciertas precisiones sobre la legislación que en nuestro país debería presentar la omisión impropia. Así, en SIl exposición de motivos, precisa que: *"se propone la refo'rma del artículo 13' (omisión impropia), en la que se hace mención al "criterio de equivalencia". Este criterio consiste en la correspondencia de la omisión a la realización de la acción que acoge un tipo penal comisivo (se pide que la cond~cta omisiva. según las circunstancias de la realización del tipo legal, sea el equivalente de un hacer). Esta homologación, no sólo se debe entender como una equivalencia material, sino una equivalencia siguiendo el sentido de la ley penal expresada en el tipo. Se exige con ello que la omisión pueda conjugarse con el verbo rector expresado en el tipo penal, lo que llamaremos "equiparación jurídica". Finalmente, se excluye la lista de fuentes del deber de garante, dejando esta tarea a la doctrina ya la jurisprudencia".*

Así, para el texto del 2004: *"se presenta una nueva alternativa legislafjva para que las infracciones por omisión impropia (comisión por omisión) puedan llegar a ser sancionadas. La Comisión reconstruye la fórmula del artículo 130 sobre la base de la equiparación legal para dilucidar los elementos de esta forma de hecho punible. Para ello la conducta de no evitación debe equivaler según el texto de la ley, a la realización del tipo penal mediante un hacer, dejando a la jurisprudencia y a la doctrina el desarrollo de las formas de posición de garante".* Frente a ello, el texto propuesto es:

ARTíCULO 13°._ OMISiÓN IMPROPIA

El que omita impedir la realización de cualquier hecho punible de resultado, será sancionado si el no evitarlo, equivale, según el texto de la Ley, a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada.

Sobre lo indicado en la normatividad nacional, se puede identificar las siguientes cuestiones:

- Equivalencia o correspondencia vs. Identidad Atenuación legislativa de la pena vs. Determinación judicial de la pena.

Sobre la primera cuestión, consideramos que en el texto dei 2004 se ha establecido corno el centro de la responsabilidad jurídico pena! ¡::or o:nisión ¡rYlpropia, al correspondiente tipo penal. Y ello es acorde con lci exigencia formal del principio de legalidad, y por ende, cornpartible en la presente investigación.

Sin embargo, no es suficiente el cumplimiento del aspecto formal del principio de le~Ftlidad, sino que, se re9uiere, además, la configuración de su aspecto material. Y es en este punto en donde las opiniones se dividen; y esta división se origina de la distinción entre *equivalencia* o *correspondencia* con *identidad.*

Equivalencia denota semejanza, parecido, correspondencia o similitud entre objetos; más no una igualdad *in natura,* es decir, a pesar que pueden guardar simetría, presentan elementos estructurales autónomos. Yeso trasladado a la omisión impropia, implica que, entre ésta con .la comisión, pueden guardar como símilitud el configurar el verbo rector de un determinado tipo penal, en función a la dación de un resultado: *afección al bien jurídico,* mas entre ambos existen elementos estructurales diferentes (ej.: en la comisión se da una causalidad natural, en la omisión una causalidad hipotética o jurídica; en la comisión ocurre en una actividad, en la omisión una inactividad, etc.).

No obstante, los partídarios de esta equivalencia entre la omisión con la comisión exigen que, además de la homologación en el sentido de la norma penal, se requiere de una homologación entre el sujeto activo de la comisión con el de la omisión; en donde, este último, sólo será, quien detente un deber (especial, exclusívo y excluyente), denominado deber de garante de evitar el resultado. En ese sentido, sólo el garante, que no evitó el resultado, podrá equipararse con el actuante que realizó el resultado típico.

Sin embargo, la naturaleza de la posición de garante, *per* se, denota un elemento estructuralmente autónomo en la omisión ¡'m propia, el cual, al no estar presente en la estructura de la comisión, conlleva-que, en vez de[u] equipararlos, los diferencie. En efecto, si este es un elemento especial que solamente está presente en el tipo de omisión impropia, entonces cómo puede. cumplir una función de semejanza o de correspondencia con la comisión. Obviamente, para que un elemento permita afirmar que dos estructuras son parecidas o similares, es que, debe de estar presente en la estructura de ambos; caso contrario, en vez de unirlos, los separa. Y esto es lo que ocurre con la posición de garante, es decir, desde una perspectiva lógica, esta figura no puede cumplir con una función de enlace o equiparación entre la estructura de la omisión con la de comisión, dado que, solamente está presente en la primera y ausente en la segunda.[54o]

Por otro lado, está aquella tendencia que no se refiere a L equivalencia o correspondencia entre la omisión con la comisión, sino en L "identidad"; entendida como *cualidad efe idéntico,* es decir, *que* es *lo mis!* 541
que otra con que se *compara.*

Para esta tendencia, el sentido de un L:'=':G" I "fiado tipo penal denc que puede ser configurado tanto por acción como por omisión, puesto ql ambas presenta una estructura comLJn: la presencia de roles (genéricos específicos) para una persona, los cuales, implícitamente, forman parte c contenido del tipo penal; puesto que, la inobservancia del rol, a través de creación de un riesgo prohibido - en sentido normativo -, denota defraudación de una expectativa propia de la identidad normativa de sociedad.

El incumplimiento de un rol puede darse a través de una pr,3stacic positiva, o la abstención de la misma, lo cual, si bien en un plano naturalísti¡ fue el quid de la discusión, desde un plano normativo (el cual es el relevar para el sistema penal) es irrelevante, puesto que, lo único relevante es qu por la inobservancia de ese rol se haya creado un riesgo considera¡ prohibido por el sistema penal.

Frente a lo seña lacio, se puede afirmar que, mantener un criterio e equivalencia entre la omisión con la comisión a través de la posición e garante (como elemento especial, exclusivo y excluyente de la estructura típic de la prirnera) denota seguir con aquella discusión naturalística entre a y no <que como figuras estructuralmente diferentes a lo sumo podrán llegar a tem una semejanza. Por el contrario, adherirse al criterio de identidad estructuré de la acción con la omisión, implica cambiar de paradigma, esto es, que ¡ relevante no es la distinción en el plano del ser del cumportamiento humani sino el establecer la presencia de la defraudación de una expectativa típica través del incumplimiento del rol de la persona, que como ser libre puc observar y cumplir,

En ese orden de ideas, nuestro planteamiento inicial siempre ha sid alejamos d~ discusiones naturalísticas, y por el contrario analizar la categorías jurídicas en el Único plano relevante para el Derecho penal: (*nOlmativo.* Por tanto, *no consideramos oportuno basar el contenido de l responsabilidad jurídico - penal sobre, la determinación de que* si *fue l omisión* o *bien la comisión de un sujeto lo determinante para r configuración del tipo penal; sino el precisar* si *fue el rol genérico d ciudadano)* o *el rol de una institución social,* los *cuales, implícitamente forman parte del contenido del tipo de dominio* o *de infracci0n de LJi deber, respectivamente, el inobselVado; el cual, en un sentido normativl haya generado la creación de un riesgo prohibido, afectante de Ji id€ntjdad normativa de la sociedad. Y en ese sentido,* somos *partidario; de la tendencia de la identidad entre la acción como la omisión para 1; defraudación de roles* y *generación de riesgos no permitidos por* E *correspondient(? ¡jpo pena!.*

Caso contrarío, se *caería en el callejón sin salída, de que, la omisión no crea nada* (menos *aÚn riesgo prohibido); y ese tipo de opiniones son las que parten de una visión naturalista df3 las categorías jurídicas;" dado que] en el mundo del ser,* como sensorial/mente sólo *se perciben actividades positivas, obviamente, lo no existente en el ser, no puede originar efecto* o *consecuencia alguna.* Sin embargo, al mantener una posición normativista, se podrá afirmar que el incumplimiento de un determinado rol, ya sea porque la persona no realizó una determinada prestación positiva, es entendida jurídico-penalmente, como la creación de un riesgo no permitido, la cual, permite ya afirmar la presencia de un comportamiento típico.

Ahora bien, el entendimiento· de la creación de un· riesgo prohibido califica la conducta del sujeto como típica es realizada a través del juicio de imputación (tanto del tipo objetivo, como del subjetivo). *En ese sentido, la presente investigación]* sólo se *ha ceñido al análisis del tipo de imputación objetiva, dado que]* es *en la* sede *del tipo objetivo en donde siempre* se *consideró* a *la omisión con la comisión como estructura/mente diferentes pero que pueden presentar equivalencia con la posición de garante;* y *en* ese *sentido,*

deberá ser aquí en donde se *compruebe* la *falsedad de* esa *equivalencia,* y *por el contrario] lo correcto de afirmar una identidad entre ambas.*

Hasta este momento, hemos indicado que el problema no radica en distinguir las acciones de las omisiones, así como, fundamentar el injusto de la comisión por omisión en la posición de garante, sino que, es un problema de adscripción; esto es, que la conducta de la persona (cualquiera que sea) tenga un sentido típico (específicamente del tipo de comisión). Y ello se determinará a través de las reglas de la imputación objetiva (figura por la cual es aplicable en la realización, por parte de la conducta, de cualquier tipo penal), deducidos de ideas rectoras, así como, de principios axiológicos que no denotan un elemento especial, exclusivo y excluyente, como es el caso de la posiciÓn de garante.

Más que distinguir estructuras típicas hay que interpretar el tipo. En efecto, no sOlf partidario de buscar elementos o criterios que busquen, distinguir la comisión de la omisión impropia, para luego buscar otros criterios que permitan lograr su equivalencia o correspondencia, porque así lo manda, no un tipo de la parte especial, sino una cláusula de la parte general del Código penal.

Soy de la opinión que el temor de restringir el círculo de autores en la figura denominada omisión impropia, no es más que un reflejo del. problema: determinación de si la conducta de una persona ha realizado un tipo penal; así busquemos reglas, tales como: que todos somos, en cierta forma, garantes, o que, sólo en la omisión equiparada a la acción, se debe trabajar con· la persona que detenta un rol de garantía o salvaguarda para un bien jurídico, no lograremos mucho sin criterios, reglas o límites nomológicos que permitan mayor certeza.
y estimo que dichos criterios o principios podemos deducirlos de dos ideas rectoras propias de un Estado social y democrático de Derecho, el e erige valores superiores como libertad, igualdad y justicia, las cuales exi~ observancia por parte de las figuras jurídicas.

En una extraordinaria investigación, Saldó afirmó: cuan reconocemos a cada sujeto individual una esfera organizativa autónoma en que puede ejercer señorío y unos intereses agregados a la misma en order. posibilitar su desarrollo, no sólo le estamos otorgando l,ibertad de organizacic sino que le imponemos responsabilidad por organización. Esto es, le hacem responsable de las consecuencias no deseadas que su comportamierorganizador puede acarrear a terceros".542

Lo resaltante de la investigación de Saldó es que analizó situacion específicas de un estadio analítico de la teoría del delito, partiendo de idea~ principios axiológicos que determinan el ámbito de operación de cualqu figura jurídico - penal; esto es, no ha tenido por qué elaborar criterios que S(nos

serviría para una tigura, desconectándose con todo el aparato conceptL de la teoría del delito (como ocurre con la posición de garante).

y el punto de partida de Saldó lo tomaremos, río esta vez para analiz una causal de justificación (como ocurre en la investigación del citado juris! sino pam comprobar que con una adecuada aplicación de los postulados de imputación objetiva, nos importará poco dístinguir una acción de una omisié para afirmar la realización de un tipo penal (en nuestro contexto de trabajo: e tipo de comisión).

Al respecto, trabajamos con dos ideas rectoras, las cuales, presenta cada una, principios axiológicos; así tenemos: 1) Idea rectora de la autonom individual, la cual, presenta los principios siguientes: a) principio e autodefinición de intereses propios, b) principio de responsabilidad por. propio comportamiento organizador (origen de- riesgos para terceros), y, principio de asunción personal de riesgos no imputables a terceros. 2) IdE rectora de solidaridad intersubjetiva, la cual, también presenta los principie siguientes: a) principio de solidaridad mínima, y, b) principio de solidaridé general intersubjetiva.

La primera idea rectora expresa la separación entre esferE organizativas autónomas, pero se ve limitada por la vinculación entre esferc organizativas autónomas que expresa la segunda idea rectora. Como s observará, lo afirmado no consiste en la presencia de un *deber* de ser libn sino en la facultad ,~ue un Estado social y democrático de derecho h reconocido a la personas su capacidad de *sujeto libre,* en el sentido d~ configurar su ámbito organizativo; pero, en estos tiempos, ninguna facultad e absoluta e irrestricta, sino que origina, en el caso de la libertad d organización, que el sujeto asuma SLI respon:::abi!idad por la organización qu ha hecho, así como, observe los lazos de solidaridad qL,e modulan cualquiE seoaración absoluta entre las esferas organizativas. 1',10 tornar en cuenta la interrelación de las conductas en todo contexto social, es desconocer la propia estructura de la sociedad en que vivimos y en la que pretendemos aplicar un Derecho penal garantísta.

;i,

Desarrollando estas ideas, puede decir, que la persona auto define y organiza sólo sus intereses, cuando tenga la capacidad normativa para hacerla y la naturaleza del bien jurídico le permita; por tanto, de por si, la libertad organizativa ya presenta límites. Y esta libertad a su vez apareja responsabilidad, cuando es ésta, por ejemplo, el origen de peligros para la libertad organizativa de otros sujetos igualmente legitimados a su desarrollo.

Lo afirmado, nos permite elaborar la tercera - premisa: -se debe responsabilizar a toda persona que por su comportamiento organizador origine

peligros para intereses ajenos o fortalezca el. peligro procedente de la naturaleza o de otra esfera organizativa {haciendo u omitiendo una determinada prestación). Sin embargo, esta premisa debe ser matizada con estos criterios, esta vez elaborados en el mismo de la imputación objetiva:

1. Se debe establecer, en primer lugar, si el autor de la conducta es competente para prevenir la situación de riesgo correspondiente al resultado que se verifica. Los daños que se verifique no son imputables a los sujetos que han realizado (la forma es lo de menos) el peligro de tal género, sino sólo a aquellos que han producido un riesgo distinto de aquel riesgo general de la vida. Mediante la perspectiva ex - ante, se puede lograr el objetivo que la división de las esferas de competencia delimita la responsabilidad hasta el punto de que no intervengan ulteriores situaciones que sean para justificar una transferencia o una extensión de aquellas competencias.[543]

2. En segundo lugar, se le imputa el resultado I acaecido a la persona que no impide- que éste se produzca, cuando ello sucede en el ámbito de su competencia. Mediante la perspectiva ex - post se podrá establecer si la conducta típicamente relevante (sin importar, otra vez, la forma de ésta) ha realizado el resultado de riesgo especifico desaprobado.[544]

3. No le es imputable objetivamente el resultado al sujeto que no realizó una prestación de salvaguarda de un bien jurídico, debido que, su actuar precedente no ha creado un riesgo jurídicamente relevante para la víctima, o se ha mantenido dentro del riesgo permitido.

4. Todo sujeto debe cargar personalmente con los peligros que amenazan su esfera de intereses, siempre que tales peligros no sean de alguna' forma jurídicamente imputables a terceros (en alguna medi9a atribuibles jurídico - penalménte al comportamiento organizador de otro sujeto).545 Sin embargo, hay que precisar que, aún si la víctima actúo en último lugar, la conducta será típica si la víctima ha sido instrumentalizada; por tanto, lo decisivo no es el orden de las intervenciones sino el principio de autorresponsabilidad.[546]

Ahora, la pregunta es: *¿El artículo* 13° *del Código Penal recog€ criterio de equivalencia* o *el de identidad?* Como se ha indicado, una de :30 hecho de que la comisión por omisión de un determinado tipo de la pa especiéll es valorativ3mente idéntico a la realización del mismo tipo media¡ un comportamiento activo, es que si un comportamiento activo se penalmente relevante en la medida en que con él se haya desencadenado riesgo típico, de man~ra que aquel riesgo se plasme en el resultado (en ¡ delitos de dominio) lo mismo habrá que exigir en los casos de comisión I omisión.

Frente a ello, ¿es necesario que el artículo '13^{0} del Código Penal, en primer párrafo, exija la presencia de un deber jurídico? Desde el plano ae defendido, la respuesta es no, puesto que, tanto en la comisión como en omisión, se habrá tenido que dar la inobservancia de roles o deberes, qUE bien, nacen de un contexto social determinado, en donde se considera a persona como ser libre, sus contenidos deben ser interpretados jurídicamen Sin embargo, si lo que quiere hacer referencia el legislador es a la posición garante, su error es doble, por un lada, porque pretende anclar responsabilidad jurídica de la omisión a un plano naturalístico que requiere un equivalente como el deber de garantía, y por el otro lado, porque cae en ambiguedad al no precisar cuál debe ser ese c1eber jurídico para impedir ies'ultado,' originando una arbitrariedad en las decisiones de los operador. jurídicos.

Asimismo, cuando el legislador, en el artículo 13°, primer párrafo, h2 menCión ala creación de ún 'peligro inminente,está haciendo referencia él injerencia, y como se indicó anteriormente, los que consideran a la posición garantía como el equivalente por excelencia entre la omisión con la comisic encuadra dentro de la misma a la injerencia; por lo que, el legislador no tenido porqué desligar al actuar precedentemente peligroso de la constelaci de casos que agrupa el deber jurídico de impedir el resultado, puesto que, mismo hace referencia a la posición de garante, la cual, corno género, englo a la injerencia.

Frente a estas inconvenientes de la estructura de la norma, : *concluye que, el arlo* 13 *CP cumpliría una función meramente declarati\ en cuanto.1 la comisión por omisión. En efecto,* si se *acepta que comisión por onÚsión* se *desprende direclarnente de los tipos de la par especial que pueden ser realizados tanto en ferma activa como pasiva, lógica obliga* a *aceptflr que no* es *necesario el arto* '13 *CP para otorg ri2'!evancia penal a la comisión por on1Ísión.*

y ello, permite é:pariarnos de la posición de Iván IVleini, quien conside que en los casos de no evitación del resultado por el garante sí es nece acudir a la cláusula de! art.13 CP, pues en la medida en que estos comportamientos omisivos no se desprenden directamente de los tipos de la parte especial, o lo que es lo mismo, no son idénticos a los tipos de la parte especial, se hace necesario invocar el Slrt. 13 CP para otorgarles relevancia típica y recién, entonces, se puede decir que, sin llegar a ser iguales, se corresponden con un tipo de la parte especial. En ese sentido, para el jurista peruano, una de las funciones del art. 13 CP es otorgar relevancia penal en sede de tipicidad a determinadas omisiones no previstas en el parte especial que son menos graves que la comisión por omisión pero más graves que las omisiones puras, y que aquí se les ha denominado supuestos de no evitación del resultado por el garante. De no ser por el arto 13 CP éstas no serían típicas.[547]

Para justificar su posición, expone el caso de la madre, que al llegar a su casa encuentra a su menor hijo enfermo y no le presta ayuda ni lo lleva a un centro médico ni avisa a la autoridad, muriendo luego el menor; o en quien encuentra a un transeúnte gravemente herido y omite prestarle ayuda, muriendo luego el peatón. En ambos casos, y aun cuando se pueda afirmar que de haber actuado la madre o quien encontró al herido no se hubieran producido las muertes, el surgimiento del riesgo típico que se plasma en el resultado (muerte del hijo o del transeúnte) no se encuentra vinculado normativamente a la omisión de la madre o del conductor según lo exige la comisión por omisión. La consecuencia directa de este postulado es que se acota el campo de aplicación de la comisión por omisión, pues ahí donde el sujeto «se encuentre» con el riesgo típico, ahí donde sólo quepa afirmar que el comportamiento omísivo del sujeto no disminuyó el riesgo típico, no es dable hablar de comisión por omisión, sino a lo sumo, de una omisión de socorro o aviso a la autoridad del arto 127 CP. Para Meini, sería un supuesto de no evitación del resultado por parte del garante, sólo por (a presencia del citado artículo 13. Por lo mismo, en el hipotético caso en que no existiera el arto 13 CP, la madre sólo podría ser castigada como autora de un delito de omisión de auxilio del arto 127 CP ..

y este razonamiento se debe, porque para Meini, la omisión impropia sólo puede o crear un riesgo o aumentarlo. De esto se desprende que no puede haber comisión por omisión, al menos no según el contenido que en este trabajo le otorga Meini a tal locución, cuando el comportamiento omisivo es posterior a la creación o incremento del riesgo (como en el caso de la madre).

No obstante, yerra Meini en no considerar la naturaleza de los delitos, es decir, que hay delitos de dominio, así como, de infracción de un deber. Y en el caso de la madre, se está ante delito de infracción de un deber, en donde, la imputación del comportamiento se determina por la infracción de un deber específico, mientras que la realización del resultado no se aprecia como la realización del riesgo prohibido, sino como una forma de configuración de la sociedad que el vinculado institucional debió haber evitado.

En ese sentido, en los delitos de infracción de un deber, así como. el fundamento de la exclusión de la imputación del resultado no puede descansar en la posterior presencia del sujeto activo en el riesgo creado, así tampoco el resultado no se le va a imputar (en el ejemplo a la madre) porque ésta aumentó el riesgo.

En los delitos de infracción de un deber hay que determinar primeramente que el autor es un obligado especial. Esto quiere decir que. en principio, no cualquiera puede ser autor de un delito de infracción del deber. sino solamente los obligados institucionalmente. Oeterminada la titularidad de un rol especial, debe precisarse las competencias institucionales correspondientes mediante las normas· formales o informales que configuran

las instituciones sociales en cuestión y que pueden relacionarse con el contenido del tipo de esta clase de delitos.

Al respecto, nadie discute que la institución social como es la familia establece entre sus miembros un rol especial, el cual, le exige un deber de salvamento frente al ataque a uno de sus miembros, *aunque éste se haya desarrollado completamente sin* su *intervención.* y este es el sentido que se recoge del contenido de tipos penales, como el parricidio o el infanticidio. sin que se requiera de otra cláusula legal, como el artículo 13° que la declare; caso contrario, esta declaración que ocurre en la omisión, tendría que darse en la comisión.

En ese orden de ideas, *la imputación del comportamiento en los delitos de infracción de un deber tiene lugar solamente con la posibilidad del cumplimiento del deber especia!/* y *no,* si *el CQmpOrT;~rTí¡2nto de!* 7. *--sujeto* es *anterior* o *posterior al· riesgo creado; eso es un momento irrelevante para el Derecho penal, que* nos *vuelve* a *situar en un campo naturaJístico, esto es, cuál fue el determinante 10 que no* se *hizo antes* o *10 que no* se *hizo después; esto, en los delitos de infracción de un deber no presenta relevancia alguna.*

Por otro lado, en el caso de los delitos de infracción de un deber que requieren un resultado, como en el caso de la muerte del hijo por parte de su madre, no será suficiente la imputación del comportamiento, sino que deberá además verificarse una imputación del resultado.

Hay que tener presente que en *los delitos de infracción de un deber el resultado no* se *presenta como fa realización de un riesgo prohibido,* sino *como la producción de una situación que no corresponde con la pretendida por fa institución social en cuestión.* Y esto es lo no reparado por Iván Meini, al pretender enlazar la responsabilidad penal del sujeto en un delito de infracción de un deber a la cuestión temporal de la realización del riesgo prohibido.

Por esta razón, una vinculación puramente táctica entre la infracción del deber especial y *el resultado no tiene . Entre la infracción de las competencias institur::!0íiaies* y *la producción de un suceso cordrario al orden impuesto por unél institución. social existe solamente una relación normativa: fa falta de vigencia real de la institución social se expíica en el curnplirniento del de-ber especir.J*[1] *de! obligado institucional.*

Y esto ocurre tanto en fa comisión como en *la omisión, lo relevante en los delitos de infracción de un deber* es *la defraudación de la competencia*

institucional, que impUcitamente forma parte del contenido típico de estos delitos, y que no requieren, como tampoco. ?e la competencia por organización en el caso de los delitos de domlnlO, de una declaración en fa Parte General d!J/ Código Penal, la cual, solamente se *refiera a la omisión.*

La segunda cuestión es que si cabe una atenuación de la pena al omiso, o es que se debe dejar a las reglas de la determinación judicial de la pena, las cuales rigen en la comisión.

La posibilidad de reducir la pena que contemplan las cláusulas de comisión por omisión, o también llamadas omisión impropia, suele argumentarse en derecho comparado, con arreglo a diferentes razones. Se dice, por ejemplo, que la no evitación de la lesión del bien jurídico sería menos grave que su producción a través de un comportamiento activo; que la energía delictiva o criminal (verbrecherische Energie, Kriminelle Energie) en las omisiones puede ser inferior que en los comportamientos activos (mientras que en la comisión la voluntad se dirige a la consecución del resultado, en la omisión se deja que éste devenga); que la culpabilidad del sujeto en la omisión puede ser menor a la que presenta cuando delinque activamente, pues, por ejemplo, la lesión de un deber de actuar no es por lo general tan grave como la lesión de una prohibición de actuar.

Para algunos casos excepcionales, se dice, sería la antijuridicidad en la omisión la que podría tener una intensidad menor a la de los delitos realizac:f6s a través de comportamientos activos. Como muestra, la doctrina alemana ofrece el ejemplo del esposo que mata a su cónyuge sumergiéndola en agua, comportamiento (acción) cuyo injusto, sostiene, es mayor que si simplemente no la rescata.

Se argumenta también que la reducción de la pena en los casos de comisión por omisión encuentra un ámbito de aplicación en los delitos de omisión en virtud de responsabilidad institucional, aunque esto conllevaría a aceptar que tal reducción sería no sólo aplicable a los delitos de omisión con ?eberes en virtud de responsabilidad institucional, sino también a los delitos de Infracción de un deber en caso de comisión. Se señala, por último, que la reducción de la pena en los casos de comisión por omisión sería compatible Con aquella corriente de opinión que no distingue entre autoría y participación en las omisiones, pues en estos casos se podría reducir la pena a los partíCipes (¡aunque si no se distingue entre autores y partícipes omisivos, tampoco se podría distinguir cuándo disminuir la penal).

se adoptan estas ideas resulta lógico que la pena pueda ser atenuada facultativamente, porque en muchos supuestos el injusto y la culpabilidad en la

omisión serán inferiores que en el correspondiente delito que se realiza mediante un comportamiento activo. No obstante, en otros, serían idénticos.

y en estos últimos casos ya no tendría sentido hablar de correspondencia (Entsprechung), sino de igualdad (Gleichheit) entre el compoliamiento omisivo y el activo. Por lo mismo, la lógica indica que en estos casos no debe proceder atenuación alguna de la pena.

Por tanto, 'la toma de posición a adoptar vuelve a tener relación con la discusión equivalencia vs. Identidad. Así, habría que aceptar que la reducción facultativa de la pena del arto 13 CP se da porque el fundamento y desvalor del comportamiento omisivo al cual se les imputa el resultado no es idéntico a los que se verifican cuando el resultado se produce a consecuencia de un comportamiento activo (tipos de no evitación del resultado por el garante); *mientras que tal atenuación no procede si la relación que existe entre el comportamiento omisivo al que* se *le imputa el resultado y el resultado imputado tiene idéntico fundamento* e *igual desvalor que los que corresponderían* a *la producción de* ese *mismo resultado mediante un comportamiento activo (tipos de comisión por omisión).*

Sin embargo, partiendo de lo anteriormente asentado, si se considerá que *en el plano normativo, el modelo de imputación de responsabilidad juridico - . penal* se *da sobre la base de roles, entonces* es *irrelevante inquirir* si *un concreto rol* se *inobservó por acción* o *por omisión, puesto que, ambas tienen la misma eficacia perturbadora: el quebrantamiento de los roles* o *deberes de la persona; por lo que, entre ambas no hay una mera equivalencia, sino una identidad. Y en ese sentido, no cabe justificar la atenuación facultativa a la pena del omiso.*

Sin entrar a discutir el porqué se disminuye la pena o en qué estadio de la teoría del delito (injusto, culpabilidad, o en ambas) se ha de ubicar la razón de tal disminución, nos interesa remarcar que en el Código Penal existe ya un marco general para que el Juez pueda determinar de la manera más precisa posible la pena a imponer a partir de la pena conminada en el tipo de la parte especial.

Este marco, aplicable indistintamente a los delitos activos y a los omisivos está configurado por las reglas para la determinación de la pena (art. 45 y 46 CP), la tentativa, los preceptos sobre autoría y participación y la posibilidad de disminuir la pena incluso hasta límites inferiores al mínimo legal del arto 21 CP. A todo este marco, el Juez deberá recuríir.

Frente a lo indicado, el vigente artículo 13° del Código Penal (así como, el artículo 13° del Anteproyecto de Código Penal - Parte General del 2004), no presenta una justificación en el plano normativo, siendo recomendable su *derogación.* I

y ello no afectaría al principio de legalidad En efecto, el problema que enfrentó la teoría general de la posición de garantía de cara al cambio cuaiitat¡vc, de la teoría formal a la material, no solamente enfrentó dificultades de íundamentélción doctrinaria, sino también de constitucionalidad, porque el principal problema de la teoría material o funcional lo tuvo con el principio de legalidad, pues su fundamento jurídico no provenía de U,la *lex scripta,* como !o exige este principio, sino, en todo caso, del derecho consuetudinario. A partir de este monwnto se tomó conciencia de la necesidad de una disposición legislativa que autorizaba aplicar la pena del delito activo a la comisión de impedir el resultado. Pero no sólo en el ámbito de la posición de garante tuvo inconvenientes de cow;titucionalidad, también lo tuvo en el marco de la relación de causalidad; por eso se intentó demostrar que la omisión impropia es tan causal del resultado, como la de no evitar un aborto, como lo puede ser un hacer positivo, eJe lo que se trata, entre otras cosas, es de evitar la objeción de que la punibilidad de la comisión por omisión vulneraría el principio de legalidad.

Sin embargo, estas cuestiones problemáticas como la naturaleza de la posición del sujeto activo, la relación de causalidad o la imputación objetiva, no son exclusivas de la omisión, sino que, también en la comisión estos puntos generan más de una discusión; yeso se debe a que ningún tipo penal de la Parte Especial los menciona; no obstante, ello no significa que tanto los tipos de omisión como los de comisión presentan cuestionamientos al principio de legalidad.

Lo que ocurre es que, si bien estos son elementos generales a las estructuras delictivas, no significa que deben de estar todos regulados en el Código Penal (ya se2 en la Parte General o en la Parte Especial); y ello lo revela el hecho que, en la actualidad, cuestiones como la teoría de la imputación objetiva no está regulada en alguna norma penal, no conllevando a que se levante voz alguna a afirmar que hay una clara violación al principio de legalidad.

Por otro lado, una de las cuestiones de la dogmática, es que a los tipos penales hay que someterlos a los principios filosóficos jurídicos, político-criminales y dogmáticos propios de nuestra época. Ello supone un equilibrio entre aspectos *lógicos, teleológicos yaxiológicos.* Los aspectos lógicos vienen representado por la seguridad jurídica o certeza del derecho, es decir, por el

respecto al principio de *nullum crimen sine lege* en sentido realista y crítico. Los aspectos teleológicos consisten en reclamar que la acción omitida pueda ser penada como medio para disminuir el peli~Jro e impedir la lesión de bienes jurídicos. Ahora, estos dos aspectos actuarán como especie de muro de contención para impedir el predominio del aspecto axiológico (en este caso de la omisión impropia, cual es, el riesgo que el operador jurídico realice una operación analógica *in malam parten* de una omisión para su adecuación en el tipo penal). En *suma, C(ln la efin ¡¡nación del articulo 13° del Código Penal* ***no*** se *estaría afectando al principio de legalidad, puesto que, la misma* se *mantiene, por un lado, en su aspecto formal, al basarnos: en el sentido del tipo penal (de la Parte Especial) él examinar,* y *por el otro lado, en* su *aspecto material, esto* es, *al proclamar una identidad estructural entre la acción con la omisión como vias para el incumplimiento de roles que generen la defraudación de expectativas propias de la identidad normativa de* la *sociedad, las cuales! han sido recogidas en el tipo penal examinado.*

2.5 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CON RELACIÓN A LA OMISIÓN IMPROPIA

Establecida la posición tanto de la doctrina, cpmo de la legislación sobre el tema de la omisión, es menester describir la toma de postura por parte de la jurisprudencia; de 'esta forma, tendremos un panorama completo del tema de investigación a través de las más importantes fuentes jurídicas: la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

Por razones metodológicas, se va a presentar, en primer lugar, la línea jurisprudencial nacional con reladón a la omisión, y en segundo lugar, lo referido por nuestros tribunales con relación a la imputación objetiva. Sin embargo, como es el objeto de muestra de nuestra investigación las sentencias tomadas son las emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema.

2.5.1 JURISPRUDENCIA REFERIDA A LA OMISIÓN IMPROPIA

En cuanto a los antecedentes jurisprudenciales, puede encontrarse a la prusiana, que a partir de 1800, ya afirmaba lo siguiente: "no existir duda de que el asesinato, igual que cualquier otro delito, puede cometerse mediante omisión de lo que la ley exige cualquiera". Se ha dicho también que hasta antes de la Ilustración, sólo el parricidio (en la modalidad de infanticidio) podría cometerse por omisión, dando lugar a los numerosos supuestos de la madre que "mata" omitiendo los deberes de asistencia para con su hijo. Las legislaciones del siglo XVII, envueltos bajo la doctrina filosófica de INolf, consideraron que junto a las

acciones se comprendían también a las omisiones, pero siempre las penalidades para esta última era más benigna.

En el Perll, la jurisprudencia penal ha toma posición en cuanto al modelo conceptual para afirmar un hecho punible. La Sexta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, en el expediente 128"1-97, precisa:

"Primero que conforme al artículo quinto del Código de *Procedimientos Penales! la Excepción de Naturaleza de Acción procede cuando el hecho "no constituye delito* o *no* es *justiciable penalmente"; Segundo: que en el primer supuesto nos encontramos en el caso en el cual el hecho no resulta ser típico* y *dentro la teoría del delito, versión finalista, que es la del Código Penal vigente, sólo existe tipicidad cuando el hecho* se *ajusta al tipo,* o *sea cuando corresponde* a *las características objetivas y subjetivas del modelo formulado por el legislador, por lo tanto la tipicidad no está limitada solamente* a *la descripción del hecho objetivo -manifestación de voluntad y resultado perceptible en el mundo exterior -sino también la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico necesario para la constitución del tipo del delito, esto es la parte subjetiva, que corresponde* a *los procesos síquicos* y *constitutivos del delito (dolo, culpa, elementos subjetivos del injusto* o *del tipo)* H.

De la presente ejecutoria debemos inferir que la doctrina jurisprudencia! admite que el CÓdiqo Penai del Perú se adhiere él un sistema finalista, la cual consideréJ.iT:os que es error técnico, ya que una cosa son los métodos por ¡os cuales ei ope¡-ador jurídico adopta para conseguir el alcance o sentido de una determinad·a !ey (el intérprete puede ser un causalista o un finalista) y otra muy distinta, e~~ el objeto sobre el cual recae dicha interpretación, que viene hacer ley positiva. Un ejemplo de ello, también, es la coexistencia en Alemania, con un mismo Derecho positivo (el previo a la reforma que entró en vigor en 1975), del causalismo y e! finalismo, " ... 0 más cerca, -dice Silva Sánchez- lá coexistencia en España, con el vigente Código penal, de doctrinas que sostienen la sistemática causa lista, de otras que se adhieren de modo más o menos ortodoxa a las tesis finalistas y, en fin, de obras impregnadas en mayor o menor medida de consideraciones teleológicas-funcionalistas".

En lo que respecta a la omisión impropia, se tienen las siguientes jurisprudencias:

OMISION EN HOMICIDIO SIMPLE

VISTOS; por sus fundamentos pertinentes, y CONSIDERANDO que, se advierte de autos que el encausado Rodríguez Quiroz estuvo presente en el momento y

en el mismo lugar en donde su coencausado Fernández Espejo arrojó una bloqueta de cemento sobre la cabeza del agraviado Barriga Ruiz, causándole la muerte conforme al protocolo de necropsia obrante a fojas ciento tres y, ratificada a fajas a doscientos treinta y uno; que según las declaraciones uniformes de los intervinientes en el ilícito sub-materia, así como los testigos presenciales de los hechos, obrantes a fojas treinta y dos y noventa y ocho, los encausados Rodríguez Quiroz, Fernández Espejo y Vargas Málaga en la fecha de los hechos se encontraban con visibles muestras de haber ingerido licor y en ese estado había tratado de agredir a varios transeúntes, siendo del caso que cuando Fernández Espejo sin motivo alguno agredió al mencionado agraviado habiendo sido secundado por sus coencausados; que si bien la resolución delictiva del acusado Fernández Espejo de golpear la cabeza de la víctima al extremo de producir su muerte fue una decisión personal obrando a plenitud con el dominio del hecho y del acontecer causal, contando para tal efecto con la compañía del encausado *Rodríguez Quiroz, no puede calificarse la conducta de este último como una omisión impropia, como erróneamente lo ha realizado la Sala Penal Superior, toda vez que esta modalidad delictiva solamente se configura cuando el sujeto activo* se *encuentra en una posición de garante con· relación al bien jurídico, entendiendo* como *el deber de realizar acciones de salvamento* }f *protección para evitar su lesión* o *puesta en peligro por situarse el bien jurídico en una relación de dependencia respecto a quien ostenta dic/lO deber, cuestión que no* se *aprecia €n el caso de autos,* porque el encausado Rodríguez Quiroz no tenía a su cargo el deber de evitar la l~si~n del bien jurídico vuln~rado o de ~rot~ger a la víctima frente al ataque antljurldlco de terceros; que, SI bien por pnnclplO de solidaridad humana. como la explica la sentencia, el citado acusado debió impedir la agresión, es de ver que la violación de este principio no implica una omisión jurídica, sino solo de índole moral y *como quiera que al haber intervenido interceptando* a *la víctima* y *acompañado al agente asegurando de este modo su superioridad ofensiva sobre la víctima, dicha conducta se encuentra en un nivel accesorio* o *secundario en relación* a *la acción principal del autor que golpeó* a *la victima con una bloqueta de cemento, por lO que la imputación objetiva al acusado Rodriguez Quiroz es solamente* a *titulo de cómplice secundaría* conforme a lo preceptuado en el segundo párrafo del artículo veinticinco del Código Penal; que respecto a la sanción impuesta por la Sala Penal Superior ésta se encuentra conforme a derecho por resultar proporcional con el grado de culpabilidad del agente en atención al estado de ebriedad en que se encontraba en el momento de la comisión del hecho delictivo, así corno a su imputabilídad restringida por contar en dicho momento con diecinueve años de edad, cinco meses y trece días, tal como se corrobora con su partida de nacimiento obrante a fajas seiscientos setenta y siete, en atención a lo prescrito por el inciso primero del artículo veinte y veintidós del acotado Código Sustantivo; que finalmente para los efectos de declarar ausente o contumaz a un procesado,

debe tenerse presente lo establecido por el artículo trescientos diecinueve del Decreto Legislativo número ciento veinticinco, debienoo dictarse el auto procesal correspondiente antes de emitir sentencia, mas no así dentro de esta última resolución, previa información concreta para determinar si el encausado conoce el proceso seguido en su contra y de los emplazamientos de ley para los fines del juzgamiento; que, de otro, la reparación debe fijarse no sólo en función del daño ¡rrogado, sino al grado de participación en el evento criminoso; que, finalmente la Sala Superior al haber declarado por mayoría contumaz al procesado Vargas Málaga ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso primero del artículo doscientos noventa y ocho del acotado Código adjetivo, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiséis, en cuanto a dicho extremo se refiere: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas mil noventa su fecha treinta de enero de mil novecientos noventa y ocho que absuelve a César Cesarovich Moileapaza Grivanov de la acusación fiscal por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud homicidio en agravio de Constancia Barriga Ruiz; Y reserva el procesado en contra de los aCLIsados asear Fernández Espejo y Vladimiro Vargas Málaga hasta que sean habidos, MI\NDARON que la Sala Penal Superíor reitere las órdenes de captura impartidas en contra de los citados acusados; declararon HABER NULIDAD en la propía sentencia en cuanto condena a Mario Renzo Rodríguez Quiroz en su calidad de autor por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud homicidio por omisión impropia en agravio de Constancia Barriga Ruiz; con lo demás que al respecto contiene; reformándola en este extremo: *CONDENARON a Mario Rodríguez Quiroz en* su *calidad de cómplice secundario por el delito contra la ¡/ida, el cuerpo y la salud homicidio en agravio de Constancia Barriga Ruiz,* a cuatro ailOS de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres años; y FIJARON en ocho mil nuevos soles, monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el ¡-eferido sentenciado a favor de los herederos legales deí occiso; asimismo declararon NULA la propia sentencia en el extremo que declara por mayoría contumaz el encausado Vlaclirniro Vargas Málaga; DISPUSIERON que la Sala Penal Superior proceda con arreglo a ley conforme a los expuesto en la parte considerativa de la presente resolución; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que dic~la sentencia contiene, y los devolvieron.

En la jurisprudencia se ha recogido la siguiente categoría, usualmente atribuible a la estructura de la omisión impropia: la aplicación de teoría de la posición de garantía como fundamento de autoría en el delito de omisión impropia o comisión por omisión.

La orientación jurisprudencial se acoge para fundar la posición de garantía en criterios materiales; además, gira en relación a la participación omisiva en un delito-acción, ya que el acusado Fernández Espejo es el que

directamente, mediante una conducta activa, tiene el dominio sobre su acontecer y voluntad delictiva, es decir, la conducta de golpear la cabeza de la víctima al extremo de producir su muerte.

Es en el análisis de la intervención de Rodríguez Quiroz en donde se centrará nuestro análisis, y parte de la siguiente interrogante: *¿cómo si* se *le excluye un deber jurídico de intervenir (y* a *los sumo se le atribuye una obligación moral) se le responsabiliza jurídico - penalmente por el hecho de haber interceptado* a *la víctima, originando una posición superior de* su *ea-encauzado con relación* a *la víctima?*

La respuesta sería que, como al no configurarse una posición de garante, autbmáticamente se elimina toda posibilidad de imputación del resultado a título de *autoría,* restando sólo averiguar si cabe la imputación a título de *partícipe.*

Sin embargo, esta distinción se justifica en los denominados delitos de infracción de un deber, en donde, por la *estructura del tipo penal sólo cabe considerar al autor quien detente una posición* o *deber especial, que lo vincule positivamente al mantenimiento del status favorable del bien jurídico.*

En ese orden de ideas, cabe preguntar, si el tipo de homicidio simple (imputado a los encauzados) configura (o no) un delito de infracción de un deber. Al respecto, es unánime afirmar que, por el contenido de su estructura típica, el delito de homicidio simple es de dominio o de competencia por organización, dado que, es suficiente que el sujeto activo infringe su rol general de ciudadano, esto es, que la manera como éste organizó su esfera de libertad ha generado un exceso dañino a otras esferas de libertad ajenas; obviamente, el respeto a la vida humana es uno de los motivos que dotan de sentido a aquel rol general y su incumplimiento configurará el delito en cuestión.

Descartado el carácter de delito de infracción de un deber, no es necesario fundar la autoría en un deber jurídico especial, dado que, la inobservancia del rol general de ciudadano se puede presentar, ya sea por una prestación positiva, o bien, por su abstención. En efecto, *el deber de asegurar la propia organización de tal modo que de ella no se desprenda riesgos que excedan del nivel permitido, puede ser cumplido mediante una conducta activa u omisiva, dependiendo esta cuestión del causal estado de la esfera de organización del ciudadano; y por ende, su incumplimiento también* se *puede dar vía acción u omisión.* Por tanto, en los delitos de dominio o de competencia por organización, la acción u omisión son componentes irrelevantes, basta con

fundamentar cómo el rol general de ciudadano se incumplió, y en ese sentido, cómo se originó un riesgo prohibido (y en el caso de delitós de resultado), cómo se atribuye el resultado acaecido a la realización de qquel riesgo prohibido creado por el sujeto ..

Este razonamiento, no ha sido el adoptado por la jurisprudencia, y por el contrario, la misma sigue anclada en aquella visión naturalista que postula que en un mismo plano (óntico) no puede coexistir a y no - a, es menester seguirlos diferenciando a nivel de la estructura típica, originando que, uno presente una estructura diferente a la otra (en el caso de la omisión impropia, la presencia de la posición de garante), incidiendo en el análisis de los tipos penales descritos en la Parte Especial, a tal punto· de afirmar que, un mismo tipo penal, puede presentar una autorfa especial, así como, una autoría común, según si es omisión o si es comisión (¡ !).

Frente a ello, se considera errada esta forma de proceder, puesto que, la *cualidad* de sujeto activo (autor) debe desprender del contenido típico del concreto delito: *si el mismo se erige en la observancia del rol general de ciudadano, entonces será sujeto activo quien configuró dañosamente su esfera de organización; por el contrario, si el mismo se erige en la observancia de deberes especiales, entonces será sujeto activo quien incumplió tales deberes, conllevando a la afectación del mantenimiento de un status favorable para el bien jurídico"*

Volviendo al tema que nos ocupa, descartamos el razonamiento de los Magi$trados de excluir la autoría por omisión impropia en el delito de homicidio simple porque el sujeto no tenía una posición especia!, exclusiva y excluyente como es la posición de garante. En ese sentido, la pregunta debió ser formulada de la forma siguiente: *¿el omitente se ha vinculado mediante al resultado a través de su omisión,* o *si, por el contrario, la omisión se presenta como una conducta neutral?*

Si se concluye que el sujeto omitió los deberes derivados de organización (aseguramiento, salvamento por asunción de riesgos o por riesgos especiales), sólo se hará sobre la base de acreditar que el omitente es competente en cuanto titular de un determinado ámbito de de organización. Por el contrario, si se configura la situación de una conducta neutral, es porque nadie está obligado a modificar activamente el estado actual de su organización por la sola razón de que otros quieran aprovechar ese estado para una conducta delíctiva"

Ahora, como la sentencia no ofrece mayores detalles del material fáctico atribuido a los imputados, sólo cabe analizar el significado de *"haber*

intervenido interceptando a la víctima". Si se le entiende, en el sentido que, el imputado, organizó su álTlbito de libertad para forrlentar la conducta delictiva de su *ca* - imputado, entonces se le puede imputar el resultado, puesto que, *el omiUr típico* no es *la falta de un suceso,* sino *también la responsabilidad por un curso causal,o en* este *curso causal es posible fa int.ervención, con la consiguiente responsabilidad por intervención,* si *el que toma parte vincula* su *ámbito de organización con* el *del que omite, siendo también el que interviene responsable del* curso *causal merced a* esa *vinculación*

Este análisis debió preceder ante de ingresar a ia cuestión de la autoría y participación, la cual, en el ámbito de los delitos de dominio, se les puede diferenciar, con los criterios expuestos por la doctrina dominante.

OMISIÓN EN EL DELITO DE EXTORSIÓN

VISTOS; de conformidad en parte con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo; por sus fundamentos; 'y CONSIDERANDO: que, en el presente caso, fluye de autos que.en horas de la mañana del día dos de abril de mil novecientos noventa y tres, en circunstancias que los agraviados retornaban a su domicilio a bordo de su vehículo, fueron intervenidos por los encausados, quienes aprovechando su condición de efectivos policiales los registraron, encontrando entre los documentos de Jorge Antonio Cabrera González un billete de cien dólares, del cual se apoderaron manifestando que era falsificado; asimismo, les solicitaron sumas de dinero a fin de ser dejados en libertad, por lo que se dirigieron a dos cajeros automáticos para reiterar dinero de la cuentas de los agraviados; sin embargo, al no lograr su propósito por no contar con dinero en efectivo ambos cajeros, concertaron una cita a la que los agraviados debían acudir llevando consigo dinero a cambio de devolverles sus documentos personales; que, al respecto, se ha establecido que si bien el encausado *Juan Carlos Reyes Inca Ramos, estuvo a bordo del vehículo policial en el que fueron desplazados los agraviados, desde el momento en que* se *inicia el hecho hasta cuando éste concluye, no participó activamente en la comisión del delito de extorsión,* de allí que la tesis central de la defensa, gire en torno a una pretendida atipicidad dé su conducta, lo que no exime de reproche moral; que, frente a tal argumento, cabe señalar que nuestro Código Penal vigente le confiere relevancia jurídica, tanto al aspecto activo del comportamiento humano, constituido por el ejercicio de la finalidad a través de un hacer, como a su aspecto pasivo, constituido por la omisión; dicha omisión, social y jurídicamente relevante, est~\ referida a la realización de una acción determinada que le es exigida al agente, de allí que estructuralmente, los delitos omisivos consistan en la infracción de un deber jurídico; pero no todos estos comportamientos omisivos penalmente relevantes, están descritos por un tipo penal, es por ello

que la doctrina reconoce, la existencia de delitos omisivos impropios o llamados también de comisión por omisión; respecto de este tipo de delitos omisivos, el Código Penal en su artículo trece *[1J, establece una cláusula de equiparación que nos permite adecuar el comportamiento omisivo al comisivo, pero para*

ello, es *preciso constatar no sólo la causalidad de la omisión sino también la existencia del deber de evitar el resultado por parte el agente frente al bien jurídico* o *posición de garante; que, en el caso de autos* se *verifica la existencia de* esta *causalidad hipotética,* es decir, la posibilidad fáctica que tuvo el encausado Juan Carlos Reyes Inca Ramos, de evitar el resultado; en principio, por cuanto él tenía la condición de efectivo policial al mando de la patrulla a bordo de la cual se desplazó a los agraviados, ya que tenía mayor jerarquía frente a sus coencausados, y por cuanto estaba obligado a impedir la realización del delito, para lo cual tenía plena capacidad, siéndole *por ello el resultado lesivo perfectamente imputable; también* se *verifica que el citado encausado,* se *encontraba en una posición de garante frente al bien jurídico de los agraviados,* ya *que ésta surge también cuando el agente tiene el deber* de *vigilar la conducta de otras personas* [2], tal como sucede en el caso de autos; es por ello, que concurriendo en el análisis los dos presupuestos que nos permiten determinar cuándo estamos frente a una comisión por omisión punible, es correcto afirmar, que el encausado Juan Carlos Reyes Inca Ramos, es coautor del delito de extorsión; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fajas cuatrocientos noventa y tres, su fecha catorce de junio de mil novecientos noventa y nueve, que absuelve a Juan Carlos Reyes Inca Ramos y José Luis Camayo Córdova, de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública -Corrupción de Funcionarios- en agravio del Estado; condena a Juan Carlos Reyes Inca Ramos y José Luis Camayo Córdova como autores del delito contra el Patrimonio-extorsión- en agravio de Jorge Antonio Cabrera Gonzáles y Alberto F abián Gutiérrez Laya, a seis años de pena privativa de la libertad; y fija en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los citados sentenciados en forma solidaria a favor de cada uno de los agraviados; con lo demás que contiene; y lo devolvieron.

Se aprecia de la citada sentencia, por un lado, la necesidad de una causalidad hipotética, y por otro lado, que la posición de garante surge de un deber de vigilancia.

Sobre el primer punto, se *aprecia el error conceptual en que cae* esta *sentenciar al confundir la causaJidad hipotética con el juicio* de *imputación objetiva,* puesto que, la causalidad hipotética ha sido definida como una causalidad especial que palie de una reformulación de la *C'onditio sine qua non,* en el sentido que, si mentalmente se inserta la conducta omitida, ésta será

causal del resultado si, con una seguridad rayana a la certeza, con la misma el resultado desaparece. En cambio, la imputación objetiva es un juicio normativo - teleológico tendiente a adscribir una conducta a la estructura de un tipo penal correspondiente, no a través de fórmulas hipotética sino en el análisis de riesgos creados por el sujeto.

En ese sentido, la sentencia no ¡os diferencia sino que los ubica en un mismo plano, cuando, al trabajar con la imputación objetiva, ya no es necesaria una relación de causalidad hipotética., Pese a ello, tampoco la sentencia describe los presupuestos de la imputación objetiva a aplicar, así como, la manera cómo el sujeto creó un riesgo prohibido. Por lo que, la jurisprudencia cae en una escasa fundamentación teórica

Sobre el segundo punto, no coni¡CtéUÚnU.fS fa idea de la culpa in vigilando como fendarnento de la responsabilidacl jurídico - penal por omisión En efecto, la posición de garante que hace referencia la sentencia es la del deber de vigilar a otras personas. Sin embargo, no precisa el por qué un sujeto libre deba vigilar a otro sujeto libre; si cada uno es responsable de la forma como organizó su esfera de libertad, porqué hacerse responsable de la organización de una tercera persona. Obviamente, *el principio de autorresponsabilidad no concuerda con el criterio de vigilancia,* y ***ello lo demuestra categorías como el principio de confianza, la prohibición de regreso*** y *la competencia de la víctima.* Una vez más, el criterio de los roles son los que fundamentan un modelo de imputación de responsabilidad jurídico -- penal.

CASO UTOPIA

El día 20 de julio del 2002, en las instalaciones de la Discoteca Utopía se realizó una fiesta denominada "Zoo" , para lo cual se cursaron 3700 invitaciones dobles; y se contrató al circo de los Hermanos Fuentes Gasca para que proporcionen diversos animales amaestrados con la finalidad exhibirlos en la parte interna y externa de la discoteca. De igual forma, participaron como auspiciad ores de la fiesta las firmas Ballantine's, So Yuo, Heineken, Schweppes.

En el interior de la discoteca las referidas firmas tenían instalados publicidad estática, modelos que obsequiaban muestras de los productos que publicitaban; así como la decoración con tules de colores a cargo de la marca So Yuo en la parte superior de la cabina de sonido donde se encuentra el balcón metálico y la puerta principal de acceso,

Los invitados a la fiesta "Zoo" comenzaron a llegar a las instalaciones de Utopía a partir de las 22:00 horas, teniendo una concurrencia masiva de jóvenes que I superó las 1 ,500 personas, A partir de la una de la mañana decenas de personas formaron extensas colas con la finalidad de poder ingresar, incluso pagado un costo de US$1 O dólares por 6ada uno.

Entre la 01 y las 03 horas de la mañana del día sábado 20 de julio continuaron entrando y s'aliendo un número significativo de personas a la discoteca Utopía, Según diversos testimonios, entre las 2:45 y 03:15 horas, ingresa a la cabina de sonido Roberto Ferreyros O'hara, quien para lograr mayor atención del público, en momentos en que se encontraban escuchándose la música electrónica o "trance", acciona un aerosol e interpone una flama de encendedor provocando una antorcha de fuego, la cual compromete el techo de la cabina de música que se encontraba revestida de un material acústico altamente inflamable,550

550 Mediante la inspeeci6n Ocular efectuada, se pudo observar que se trata de una espuma de 2" de e~pesor hecho en base de un sistema de Poliui'etano de baja densidad; la cual sirviÓ de forro acÚstico tanto panl la cabina, como para las paredes. El Poliuretano tiene como matriz, la mezcla del Isocianato y Poliol,la quc arde fácilmente y al qucmado genera gran cantidad de gases tÓxicos que se exticnden rÚpidamcntc: como por ejemplo el Cianuro de HidrÓgeno, i\lónoxido de Cal'bollo.

En los primeros instantes de producido el fuego, las personas de Fahed Mitre \Nerdan, Hairo González, Enrique Bravo y Roberto Ferreyros - los cuales se encontraban en el interior de la cabina de sonido .- intentan extinguirlo de diversas formas e incluso arrojando líquidos que contenían los vasos que en ese momento bebían; sin poder conseguirlo, procedieron a buscar extintores en la cabina, en las barras y en las oncinas administrativas de la discoteca Al no encontrar ningún extintor, procedieroñ a gritar que se desalojara la discoteca y comunicaron a los miembros de seguridad que abrieran las puertas de salida para que se evacuara a los asistentes.

Se estima que transcurrieron aproximadamente 55 segundos desde que el fuego se inicia, hasta que alcanzó el segundo Inivel y bloqueó la puerta principal, obligando a los ocupantes a intentar evacuar por las puertas de emergencia que se encontraban en el primer nivel.

En este lapso, las personas que estuvieron en la zona VIP no se percataron de lo que ocurría en el primer piso; pero segundos después (casi al minuto) escucharon el rumor que se habían escapado los animales

procediendo muchos de los asistentes de la zona VIP a refugiarse en los baños adyacentes a la zona de socios.

Posteriormente, se produce una explosión en la cabina de luces y sonido, debido a un corto circuito e inmediatamente deja de sonar la música y se apagan las luces de la pista de baile - luces de colores, cortadora, giratoria, etc. Este hecho es lo que dificultó considerablemente la evacuación de las personas que todavía se encontraban al interior del local, por cuanto no pudieron observar ninguna vía de evacuación ni indicación (letreros) de emergencia que los condujera a las salidas del local, sobre todo las personas que se encontraban en los servicios higiénicos de la zona VIP.

En esos instantes, en la zona de origen del siniestro y en la zona VIP la temperatura del incendio alcanzó cifras entre los 850 y -1250 Grados Centígrados, hecho que propició que los revestimientos de caucho en los pisos y paredes de poliuretano, discos compactos de acetato y otros materiales, emanaran gases de alto poder tóxico como consecuencia de su combustión, lo cual propició la muerte de 29 personas por intoxicación respiratoria, la mayoría de ellos se encontraron en los servicios "ligiénicos de la zona VIP en el segundo nivel, tanto en el de varones como en el de mujeres.

Por otro lado, durante las investigaciones, se estableció que en la referida discoteca se omitieron:

- Extintores contra incedios

- Ducto para conectar alarma de jeug, conectado a la red general del Jockey Plaza; tampoco detectores de humo conectados a la red general del MALL, ni roseadores exprinklers, conforme se establece en los literales f, j, y, 1, del inciso 6.5 del numeral 6 del manual de diseño y Habilitación de Locales.

- Un sistema de iluminación de emergencia con fuentes de energía propia, elernental en este tipo de negocios.
- La sefializaciÓn de zona de seguridad interna (letra S), de rutas de evacuación (flechas de salida), de ubicación de extintores.
- La sei'ía! de identificaciÓn del único gabinete contra incendios ubicado al interior del local, cuya cubierta es de metal, con la apariencia de ser un tablero eléctrico.
- Tipo de señales direccionales, para indicar la ubicación de las rutas y puertas de escape conforme lo exige el Reglamento Nacional de Construcciones

Frente ello, y según la documentación recabada y de las declaraciones efectuadas tanto en el procedimiento investigatorio llevado por una Comisión del Congreso, así como, en el proceso penal, se estimó que, la persona jurídica Inversiones Garda North S.A.C.,551 era la dueña de la discoteca "Utopía", iniciándose proceso penal contra el Gerente General Percy North, el accionista Fahed Mitre (por haber intervenido en el día de los hechos) y a Roberto Ferreyros (quien fue la persona que originó el fuego en la discoteca). El 39avo. Juzgado Penal de Lima expidió la respectiva sentencia, la cual fue objeto de apelación, y resuelta por la 1 era. Sala Penal Para Procesos con Reos en Cárcel, la cual, estableció las siguientes líneas argurnentativas:

> La posición de garante de Percy North, a! ser Gerente General de la empresa "Inversiones Garda North S.A.C."; asimismo, que permitió el aumento relevante del riesgo permitido al: (1) darse una masiva afluencia de públic.o en el interior del negocio que administraba, rebasando la capacidad de aforo del local; (2) la limitada o inexistentes condiciones de seguridad en el local; (3) la realización de un interrelación de las conductas en todo contexto social, es desconocer la propia estructura de la sociedad en que vivimos y en la que pretendemos aplicar un Derecho penal garantísta. Desarrollando estas ideas, puede decir, que la persona auto define y organiza sólo sus intereses, cuando tenga la capacidad normativa para hacerla y la naturaleza del bien jurídico le permita; por tanto, de por si, la libertad organizativa ya presenta límites. Y esta libertad a su vez apareja responsabilidad, cuando es ésta, por ejemplo, el origen de peligros para la libertad organizativa de otros sujetos igualmente legitimados a su desarrollo.

Lo afirmado, nos permite elaborar la tercera - premisa: -se debe responsabilizar a toda persona que por su comportamiento organizador origine peligros para intereses ajenos o fortalezca el. peligro procedente de la naturaleza o de otra esfera organizativa {haciendo u omitiendo una determinada prestación). Sin embargo, esta premisa debe ser matizada con estos criterios, esta vez elaborados en el mismo de la imputación objetiva:

1. Se debe establecer, en primer lugar, si el autor de la conducta es competente para prevenir la situación de riesgo correspondiente al resultado que se verifica. Los daños que se verifique no son imputables a los sujetos que han realizado (la forma es lo de menos) el peligro de tal género, sino sólo a aquellos que han producido un riesgo distinto de aquel riesgo general de la vida. Mediante la perspectiva ex - ante, se puede lograr el objetivo que la división de las esferas de competencia delimita la responsabilidad hasta el punto de que no intervengan ulteriores situaciones que sean para justificar una transferencia o una extensión de aquellas competencias.543
2. En segundo lugar, se le imputa el resultado I acaecido a la persona que no impide- que éste se produzca, cuando ello sucede en el ámbito de su competencia. Mediante la perspectiva ex - post se podrá establecer si la

conducta típicamente relevante (sin importar, otra vez, la forma de ésta) ha realizado el resultado de riesgo especifico desaprobado.544
3. No le es imputable objetivamente el resultado al sujeto que no realizó una prestación de salvaguarda de un bien jurídico, debido que, su actuar precedente no ha creado un riesgo jurídicamente relevante para la víctima, o se ha mantenido dentro del riesgo permitido.
4. Todo sujeto debe cargar personalmente con los peligros que amenazan su esfera de intereses, siempre que tales peligros no sean de alguna' forma jurídicamente imputables a terceros (en alguna medi9a atribuibles jurídico - penalménte al comportamiento organizador de otro sujeto).545 Sin embargo, hay que precisar que, aún si la víctima actúo en último lugar, la conducta será típica si la víctima ha sido instrumentalizada; por tanto, lo decisivo no es el orden de las intervenciones sino el principio de autorresponsabilidad.546

Ahora, la pregunta es: ¿El artículo 13° del Código Penal recog€ criterio de equivalencia o el de identidad?
Como se ha indicado, una de :30, hecho de que la comisión por omisión de un determinado tipo de la pa especiéll es valorativ3mente idéntico a la realización del mismo tipo media¡ un comportamiento activo, es que si un comportamiento activo se penalmente relevante en la medida en que con él se haya desencadenado riesgo típico, de man~ra que aquel riesgo se plasme en el resultado (en ¡ delitos de dominio) lo mismo habrá que exigir en los casos de comisión I omisión.

Frente a ello, ¿es necesario que el artículo '130 del Código Penal, en primer párrafo, exija la presencia de un deber jurídico? Desde el plano ae defendido, la respuesta es no, puesto que, tanto en la comisión como en omisión, se habrá tenido que dar la inobservancia de roles o deberes, qUE bien, nacen de un contexto social determinado, en donde se considera a persona como ser libre, sus contenidos deben ser interpretados jurídicamen Sin embargo, si lo que quiere hacer referencia el legislador es a la posición garante, su error es doble, por un lada, porque pretende anclar responsabilidad jurídica de la omisión a un plano naturalístico que requiere un equivalente como el deber de garantía, y por el otro lado, porque cae en ambiguedad al no precisar cuál debe ser ese c1eber jurídico para impedir ies'ultado,' originando una arbitrariedad en las decisiones de los operador. jurídicos.

Asimismo, cuando el legislador, en el artículo 13°, primer párrafo, h2 menCión ala creación de ún 'peligro inminente,está haciendo referencia él injerencia, y como se indicó anteriormente, los que consideran a la posición garantía como el equivalente por excelencia entre la omisión con la comisic encuadra dentro de la misma a la injerencia; por lo que, el legislador no tenido porqué desligar al actuar precedentemente peligroso de la constelaci de casos

que agrupa el deber jurídico de impedir el resultado, puesto que, mismo hace referencia a la posición de garante, la cual, corno género, englo a la injerencia.

Frente a estas inconvenientes de la estructura de la norma, : concluye que, el arlo 13 CP cumpliría una función meramente declarati\ en cuanto.1 la comisión por omisión. En efecto, si se acepta que comisión por onÚsión se desprende direclarnente de los tipos de la par especial que pueden ser realizados tanto en ferma activa como pasiva, lógica obliga a aceptflr que no es necesario el arto '13 CP para otorg ri2'!evancia penal a la comisión por on1Ísión y ello, permite é:pariarnos de la posición de Iván IVleini, quien conside que en los casos de no evitación del resultado por el garante sí es neceSéacudir a la cláusula de! art.13 CP, pues en la medida en que estos comportamientos omisivos no se desprenden directamente de los tipos de la parte especial, o lo que es lo mismo, no son idénticos a los tipos de la parte especial, se hace necesario invocar el SIrt. 13 CP para otorgarles relevancia típica y recién, entonces, se puede decir que, sin llegar a ser iguales, se corresponden con un tipo de la parte especial. En ese sentido, para el jurista peruano, una de las funciones del art. 13 CP es otorgar relevancia penal en sede de tipicidad a determinadas omisiones no previstas en el parte especial que son menos graves que la comisión por omisión pero más graves que las omisiones puras, y que aquí se les ha denominado supuestos de no evitación del resultado por el garante. De no ser por el arto 13 CP éstas no serían típicas.547

Para justificar su posición, expone el caso de la madre, que al llegar a su casa encuentra a su menor hijo enfermo y no le presta ayuda ni lo lleva a un centro médico ni avisa a la autoridad, muriendo luego el menor; o en quien encuentra a un transeúnte gravemente herido y omite prestarle ayuda, muriendo luego el peatón. En ambos casos, y aun cuando se pueda afirmar que de haber actuado la madre o quien encontró al herido no se hubieran producido las muertes, el surgimiento del riesgo típico que se plasma en el resultado (muerte del hijo o del transeúnte) no se encuentra vinculado normativamente a la omisión de la madre o del conductor según lo exige la comisión por omisión.

La consecuencia directa de este postulado es que se acota el campo de aplicación de la comisión por omisión, pues ahí donde el sujeto «se encuentre» con el riesgo típico, ahí donde sólo quepa afirmar que el comportamiento omísivo del sujeto no disminuyó el riesgo típico, no es dable hablar de comisión por omisión, sino a lo sumo, de una omisión de socorro o aviso a la autoridad del arto 127 CP. Para Meini, sería un supuesto de no evitación del resultado por parte del garante, sólo por (a presencia del citado artículo 13. Por lo mismo, en el hipotético caso en que no existiera el arto 13 CP, la madre sólo podría ser castigada como autora de un delito de omisión de auxilio del arto 127 CP ..
y este razonamiento se debe, porque para Meini, la omisión impropia sólo puede

o crear un riesgo o aumentarlo. De esto se desprende que no puede haber comisión por omisión, al menos no según el contenido que en este trabajo le otorga Meini a tal locución, cuando el comportamiento omisivo es posterior a la creación o incremento del riesgo (como en el caso de la madre).

No obstante, yerra Meini en no considerar la naturaleza de los delitos, es decir, que hay delitos de dominio, así como, de infracción de un deber. Y en el caso de la madre, se está ante delito de infracción de un deber, en donde, la imputación del comportamiento se determina por la infracción de un deber específico, mientras que la realización del resultado no se aprecia como la realización del riesgo prohibido, sino como una forma de configuración de la sociedad que el vinculado institucional debió haber evitado. 547 Cfr. MEINI MÉNDE:I, Iván. "LA COMISIÓN POR OMISiÓN: UNA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA DEL ARTÍCULO 13 CF. En: Anuario de Derecho PenaL Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Pf!nal Peruano, ruep, Lima - Perú, 2003, Pág. 427.

En ese sentido, en los delitos de infracción de un deber, así como. el fundamento de la exclusión de la imputación del resultado no puede descansar en la posterior presencia del sujeto activo en el riesgo creado, así tampoco el resultado no se le va a imputar (en el ejemplo a la madre) porque ésta aumentó el riesgo.

En los delitos de infracción de un deber hay que determinar primeramente que el autor es un obligado especial. Esto quiere decir que. en principio, no cualquiera puede ser autor de un delito de infracción del deber. sino solamente los obligados institucionalmente. Oeterminada la titularidad de un rol especial, debe precisarse las competencias institucionales correspondientes mediante las normas• formales o informales que configuran las instituciones sociales en cuestión y que pueden relacionarse con el contenido del tipo de esta clase de delitos.
Al respecto, nadie discute que la institución social como es la familia establece entre sus miembros un rol especial, el cual, le exige un deber de salvamento frente al ataque a uno de sus miembros, aunque éste se haya desarrollado completamente sin su intervención. y este es el sentido que se recoge del contenido de tipos penales, como el parricidio o el infanticidio. sin que se requiera de otra cláusula legal, como el artículo 13° que la declare; caso contrario, esta declaración que ocurre en la omisión, tendría que darse en la comisión.

En ese orden de ideas, la imputación del comportamiento en los delitos de infracción de un deber tiene lugar solamente con la posibilidad del cumplimiento del deber especia!/ y no, si el CQmpOrT;~rTí¡2nto de!
--sujeto es anterior o posterior al• riesgo creado; eso es un momento irrelevante

para el Derecho penal, que nos vuelve a situar en un campo naturaJístico, esto es, cuál fue el determinante 10 que no se hizo antes o 10 que no se hizo después; esto, en los delitos de infracción de un deber no presenta relevancia alguna.

Por otro lado, en el caso de los delitos de infracción de un deber que requieren un resultado, como en el caso de la muerte del hijo por parte de su madre, no será suficiente la imputación del comportamiento, sino que deberá además verificarse una imputación del resultado.
Hay que tener presente que en los delitos de infracción de un deber el resultado no se presenta como fa realización de un riesgo prohibido, sino como la producción de una situación que no corresponde con la pretendida por fa institución social en cuestión. Y esto es lo no reparado por Iván Meini, al pretender enlazar la responsabilidad penal del sujeto en un delito de infracción de un deber a la cuestión temporal de la realización del riesgo prohibido.

Por esta razón, una vinculación puramente táctica entre la infracción del deber especial y el resultado no tiene. Entre la infracción de las competencias institur::!0íiaies y la producción de un suceso cordrario al orden impuesto por unél institución. social existe solamente una relación normativa: fa falta de vigencia real de la institución social se expíica en el curnplirniento del de-ber especir.J1 de! obligado institucional.

Y esto ocurre tanto en fa comisión como en la omisión, lo relevante en los delitos de infracción de un deber es la defraudación de la competencia institucional, que impUcitamente forma parte del contenido típico de estos delitos, y que no requieren, como tampoco. ?e la competencia por organización en el caso de los delitos de domInIO, de una declaración en fa Parte General d!J/ Código Penal, la cual, solamente se refiera a la omisión.

La segunda cuestión es que si cabe una atenuación de la pena al omiso, o es que se debe dejar a las reglas de la determinación judicial de la pena, las cuales rigen en la comisión.
La posibilidad de reducir la pena que contemplan las cláusulas de comisión por omisión, o también llamadas omisión impropia, suele argumentarse en derecho comparado, con arreglo a diferentes razones. Se dice, por ejemplo, que la no evitación de la lesión del bien jurídico sería menos grave que su producción a través de un comportamiento activo; que la energía delictiva o criminal (verbrecherische Energie, Kriminelle Energie) en las omisiones puede ser inferior que en los comportamientos activos (mientras que en la comisión la voluntad se dirige a la consecución del resultado, en la omisión se deja que éste devenga); que la culpabilidad del sujeto en la omisión puede ser menor a la que presenta cuando delinque activamente, pues, por ejemplo, la lesión de un deber de actuar

no es por lo general tan grave como la lesión de una prohibición de actuar.
Para algunos casos excepcionales, se dice, sería la antijuridicidad en la omisión la que podría tener una intensidad menor a la de los delitos realizac:f6s a través de comportamientos activos. Como muestra, la doctrina alemana ofrece el ejemplo del esposo que mata a su cónyuge sumergiéndola en agua, comportamiento (acción) cuyo injusto, sostiene, es mayor que si simplemente no la rescata.
Se argumenta también que la reducción de la pena en los casos de comisión por omisión encuentra un ámbito de aplicación en los delitos de omisión en virtud de responsabilidad institucional, aunque esto conllevaría a aceptar que tal reducción sería no sólo aplicable a los delitos de omisión con ?eberes en virtud de responsabilidad institucional, sino también a los delitos de Infracción de un deber en caso de comisión. Se señala, por último, que la reducción de la pena en los casos de comisión por omisión sería compatible Con aquella corriente de opinión que no distingue entre autoría y participación en las omisiones, pues en estos casos se podría reducir la pena a los partíCipes (¡aunque si no se distingue entre autores y partícipes omisivos, tampoco se podría distinguir cuándo disminuir la penal).

Si se adoptan estas ideas resulta lógico que la pena pueda ser atenuada facultativamente, porque en muchos supuestos el injusto y la culpabilidad en la omisión serán inferiores que en el correspondiente delito que se realiza mediante un comportamiento activo. No obstante, en otros, serían idénticos.

y en estos últimos casos ya no tendría sentido hablar de correspondencia (Entsprechung), sino de igualdad (Gleichheit) entre el compoliamiento omisivo y el activo. Por lo mismo, la lógica indica que en estos casos no debe proceder atenuación alguna de la pena
Por tanto, 'la toma de posición a adoptar vuelve a tener relación con la discusión equivalencia vs. Identidad. Así, habría que aceptar que la reducción facultativa de la pena del arto 13 CP se da porque el fundamento y desvalor del comportamiento omisivo al cual se les imputa el resultado no es idéntico a los que se verifican cuando el resultado se produce a consecuencia de un comportamiento activo (tipos de no evitación del resultado por el garante); mientras que tal atenuación no procede si la relación que existe entre el comportamiento omisivo al que se le imputa el resultado y el resultado imputado tiene idéntico fundamento e igual desvalor que los que corresponderían a la producción de ese mismo resultado mediante un comportamiento activo (tipos de comisión por omisión).

Sin embargo, partiendo de lo anteriormente asentado, si se considerá que en el plano normativo, el modelo de imputación de responsabilidad juridico -. penal se da sobre la base de roles, entonces es irrelevante inquirir si un concreto

rol se inobservó por acción o por omisión, puesto que, ambas tienen la misma eficacia perturbadora: el quebrantamiento de los roles o deberes de la persona; por lo que, entre ambas no hay una mera equivalencia, sino una identidad. Y en ese sentido, no cabe justificar la atenuación facultativa a la pena del omiso.

Sin entrar a discutir el porqué se disminuye la pena o en qué estadio de la teoría del delito (injusto, culpabilidad, o en ambas) se ha de ubicar la razón de tal disminución, nos interesa remarcar que en el Código Penal existe ya un marco general para que el Juez pueda determinar de la manera más precisa posible la pena a imponer a partir de la pena conminada en el tipo de la parte especial. Este marco, aplicable indistintamente a los delitos activos y a los omisivos está configurado por las reglas para la determinación de la pena (art. 45 y 46 CP), la tentativa, los preceptos sobre autoría y participación y la posibilidad de disminuir la pena incluso hasta límites inferiores al mínimo legal del arto 21 CP. A todo este marco, el Juez deberá recurrir.

Frente a lo indicado, el vigente artículo 13° del Código Penal (así como, el artículo 13° del Anteproyecto de Código Penal - Parte General del 2004), no presenta una justificación en el plano normativo, siendo recomendable su derogación y ello no afectaría al principio de legalidad En efecto, el problema que enfrentó la teoría general de la posición de garantía de cara al cambio cuaiitat¡vc, de la teoría formal a la material, no solamente enfrentó dificultades de íundamentélción doctrinaria, sino también de constitucionalidad, porque el principal problema de la teoría material o funcional lo tuvo con el principio de legalidad, pues su fundamento jurídico no provenía de U,la lex scripta, como lo exige este principio, sino, en todo caso, del derecho consuetudinario. A partir de este monwnto se tomó conciencia de la necesidad de una disposición legislativa que autorizaba aplicar la pena del delito activo a la comisión de impedir el resultado. Pero no sólo en el ámbito de la posición de garante tuvo inconvenientes de cow;titucionalidad, también lo tuvo en el marco de la relación de causalidad; por eso se intentó demostrar que la omisión impropia es tan causal del resultado, como la de no evitar un aborto, como lo puede ser un hacer positivo, eJe lo que se trata, entre otras cosas, es de evitar la objeción de que la punibilidad de la comisión por omisión vulneraría el principio de legalidad.

Sin embargo, estas cuestiones problemáticas como la naturaleza de la posición del sujeto activo, la relación de causalidad o la imputación objetiva, no son exclusivas de la omisión, sino que, también en la comisión estos puntos generan más de una discusión; yeso se debe a que ningún tipo penal de la Parte Especial los menciona; no obstante, ello no significa que tanto los tipos de omisión como los de comisión presentan cuestionamientos al principio de legalidad.

Lo que ocurre es que, si bien estos son elementos generales a las estructuras delictivas, no significa que deben de estar todos regulados en el Código Penal (ya se2 en la Parte General o en la Parte Especial); y ello lo revela el hecho que, en la actualidad, cuestiones como la teoría de la imputación objetiva no está regulada en alguna norma penal, no conllevando a que se levante voz alguna a afirmar que hay una clara violación al principio de legalidad.

Por otro lado, una de las cuestiones de la dogmática, es que a los tipos penales hay que someterlos a los principios filosóficos jurídicos, político¬criminales y dogmáticos propios de nuestra época. Ello supone un equilibrio entre aspectos lógicos, teleológicos yaxiológicos. Los aspectos lógicos vienen representado por la seguridad jurídica o certeza del derecho, es decir, por el respecto al principio de nullum crimen sine lege en sentido realista y crítico. Los aspectos teleológicos consisten en reclamar que la acción omitida pueda ser penada como medio para disminuir el peli~Jro e impedir la lesión de bienes jurídicos. Ahora, estos dos aspectos actuarán como especie de muro de contención para impedir el predominio del aspecto axiológico (en este caso de la omisión impropia, cual es, el riesgo que el operador jurídico realice una operación analógica in malam parten de una omisión para su adecuación en el tipo penal).

En suma, C(ln la efin ¡¡nación del articulo 13° del Código Penal no se estaría afectando al principio de legalidad, puesto que, la misma se mantiene, por un lado, en su aspecto formal, al basarnos: en el sentido del tipo penal (de la Parte Especial) él examinar, y por el otro lado, en su aspecto material, esto es, al proclamar una identidad estructural entre la

acción con la omisión como vias para el incumplimiento de roles que generen la defraudación de expectativas propias de la identidad normativa de la sociedad, las cuales! han sido recogidas en el tipo penal examinado.

1.4 ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA CON RELACIÓN A LA OMISIÓN IMPROPIA

Establecida la posición tanto de la doctrina, cpmo de la legislación sobre el tema de la omisión, es menester describir la toma de postura por parte de la jurisprudencia; de 'esta forma, tendremos un panorama completo del tema de investigación a través de las más importantes fuentes jurídicas: la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

Por razones metodológicas, se va a presentar, en primer lugar, la línea jurisprudencial nacional con reladón a la omisión, y en segundo lugar, lo referido por nuestros tribunales con relación a la imputación objetiva. Sin embargo, como es el objeto de muestra de nuestra investigación las sentencias tomadas son las emitidas por la Sala Penal de la Corte Suprema,

2.5.1 JURISPRUDENCIA REFERIDA A LA OMISIÓN IMPROPIA

En cuanto a los antecedentes jurisprudenciales, puede encontrarse a la f,c prusiana, que a partir de 1800, ya afirmaba lo siguiente: "no existir duda de que el asesinato, igual que cualquier otro delito, puede cometerse mediante omisión de lo que la ley exige cualquiera". Se ha dicho también que hasta antes de la Ilustración, sólo el parricidio (en la modalidad de infanticidio) podría cometerse por omisión, dando lugar a los numerosos supuestos de la madre que "mata" omitiendo los deberes de asistencia para con su hijo. Las legislaciones del siglo XVII, envueltos bajo la doctrina filosófica de INolf, consideraron que junto a las acciones se comprendían también a las omisiones, pero siempre las penalidades para esta última era más benigna.

En el Perll, la jurisprudencia penal ha toma posición en cuanto al modelo conceptual para afirmar un hecho punible. La Sexta Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Lima, en el expediente 128"1-97, precisa:

"Primero que conforme al artículo quinto del Código de Procedimientos Penales! la Excepción de Naturaleza de Acción procede cuando el hecho "no constituye delito o no es justiciable penalmente"; Segundo: que en el primer supuesto nos encontramos en el caso en el cual el hecho no resulta ser típico y dentro la teoría del delito, versión finalista, que es la del Código Penal vigente, sólo existe tipicidad cuando el hecho se ajusta al tipo, o sea cuando corresponde a las características objetivas y subjetivas del modelo formulado por el legislador, por lo tanto la tipicidad no está limitada solamente a la descripción del hecho objetivo -manifestación de voluntad y resultado perceptible en el mundo exterior -sino también la dirección de la voluntad del autor como proceso psicológico necesario para la constitución del tipo del delito, esto es la parte subjetiva, que corresponde a los procesos síquicos y constitutivos del delito (dolo, culpa, elementos subjetivos del injusto o del tipo) H.

De la pre~,ente ejecutoria debemos inferir que la doctrina jurisprudencia! admite que el CÓdiqo Penai del Perú se adhiere él un sistema finalista, la cual consideréJ.iT:os que es error técnico, ya que una cosa son los métodos por ¡os cuales ei ope¡-ador jurídico adopta para conseguir el alcance o sentido de una determinad•a !ey (el intérprete puede ser un causalista o un finalista) y otra muy distinta, e~~ el objeto sobre el cual recae dicha interpretación, que viene hacer ley positiva. Un ejemplo de ello, también, es la coexistencia en Alemania, con un mismo Derecho positivo (el previo a la reforma que entró en vigor en 1975), del causalismo y e! finalismo, " ... 0 más cerca, -dice Silva Sánchez- lá coexistencia en España, con el vigente Código penal, de doctrinas que sostienen la sistemática causa lista, de otras que se adhieren de modo más o menos ortodoxa a las tesis finalistas y, en fin, de obras impregnadas en mayor o menor medida de consideraciones teleológicas-funcionalistas".

En lo que respecta a la omisión impropia, se tienen las siguientes jurisprudencias:

OMISÍON EN HOMICIDIO SIMPLE548

VISTOS; por sus fundamentos pertinentes, y CONSIDERANDO que, se advierte de autos que el encausado Rodríguez Quiroz estuvo presente en el momento y en el mismo lugar en donde su coencausado Fernández Espejo arrojó una bloqueta de cemento sobre la cabeza del agraviado Barriga Ruiz, causándole la muerte conforme al protocolo de necropsia obrante a fojas ciento tres y, ratificada a fajas a doscientos treinta y uno; que según las declaraciones uniformes de los intervinientes en el ilícito sub-materia, así como los testigos presenciales de los hechos, obrantes a fojas treinta y dos y noventa y ocho, los encausados Rodríguez Quiroz, Fernández Espejo y Vargas Málaga en la fecha de los hechos se encontraban con visibles muestras de haber ingerido licor y en ese estado había tratado de agredir a varios transeúntes, siendo del caso que cuando Fernández Espejo sin motivo alguno agredió al mencionado agraviado habiendo sido secundado por sus coencausados; que si bien la resolución delictiva del acusado Fernández Espejo de golpear la cabeza de la víctima al extremo de producir su muerte fue una decisión personal obrando a plenitud con el dominio del hecho y del acontecer causal, contando para tal efecto con la compañía del encausado Rodríguez Quiroz, no puede calificarse la conducta de este último como una omisión impropia, como erróneamente lo ha realizado la Sala Penal Superior, toda vez que esta modalidad delictiva solamente se configura cuando el sujeto activo se encuentra en una posición de garante con relación al bien jurídico, entendiendo como el deber de realizar acciones de salvamento protección para evitar su lesión o puesta en peligro por situarse el bien jurídico en una relación de dependencia respecto a quien ostenta dic/lO deber, cuestión que no se aprecia €n el caso de autos, porque el encausado Rodríguez Quiroz no tenía a su cargo el deber de evitar.

Sala Penal de la Corte Suprema. Sentencia del 18.06.1998. Tomada de; RE;\TEGUI S.-\NCHEZ, James. "ALGUi~AS OBSERVACIONES EN TORNO A LA PARTICIPACIÓN EN EL DELITO DE OMISiÓN IMPROPIA". En: DiÚ/o!:o con fa Jurisprudencia, Tomo 34, Editorial Gaceta Juddica, Lima - PerÚ, 2001.

la I~si~n del bien jurídico vuln~rado o de ~rot~ger a la víctima frente al ataque antljurldlco de terceros; que, SI bien por pnnclplO de solidaridad humana. como la explica la sentencia, el citado acusado debió impedir la agresión, es de ver que la violación de este principio no implica una omisión jurídica, sino solo de índole moral y como quiera que al haber intervenido interceptando a la víctima y acompañado al agente asegurando de este modo su superioridad ofensiva sobre

la víctima, dicha conducta se encuentra en un nivel accesorio o secundario en relación a la acción principal del autor que golpeó a la victima con una bloqueta de cemento, por /0 que la imputación objetiva al acusado Rodriguez Quiroz es solamente a titulo de cómplice secundaría conforme a lo preceptuado en el segundo párrafo del artículo veinticinco del Código Penal; que respecto a la sanción impuesta por la Sala Penal Superior ésta se encuentra conforme a derecho por resultar proporcional con el grado de culpabilidad del agente en atención al estado de ebriedad en que se encontraba en el momento de la comisión del hecho delictivo, así corno a su imputabilídad restringida por contar en dicho momento con diecinueve años de edad, cinco meses y trece días, tal como se corrobora con su partida de nacimiento obrante a fajas seiscientos setenta y siete, en atención a lo prescrito por el inciso primero del artículo veinte y veintidós del acotado Código Sustantivo; que finalmente para los efectos de declarar ausente o contumaz a un procesado, debe tenerse presente lo establecido por el artículo trescientos diecinueve del Decreto Legislativo número ciento veinticinco, debienoo dictarse el auto procesal correspondiente antes de emitir sentencia; mas no así dentro de esta última resolución, previa información concreta para determinar si el encausado conoce el proceso seguido en su contra y de los emplazamientos de ley para los fines del juzgamiento; que, de otro, la reparación debe fijarse no sólo en función del daño ¡rrogado, sino al grado de participación en el evento criminoso; que, finalmente la Sala Superior al haber declarado por mayoría contumaz al procesado Vargas Málaga ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso primero del artículo doscientos noventa y ocho del acotado Código adjetivo, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiséis, en cuanto a dicho extremo se refiere: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas mil noventa su fecha treinta de enero de mil novecientos noventa y ocho que absuelve a César Cesarovich Moileapaza Grivanov de la acusación fiscal por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud homicidio en agravio de Constancia Barriga Ruiz; Y reserva el procesado en contra de los aCLIsados asear Fernández Espejo y Vladimiro Vargas Málaga hasta que sean habidos, MI\NDARON que la Sala Penal Superior reitere las órdenes de captura impartidas en contra de los citados acusados; declararon HABER NULIDAD en la propía sentencia en cuanto condena a Mario Renzo Rodríguez Quiroz en su calidad de autor por el delito contra la vida, el cuerpo y la salud homicidio por omisión impropia en agravio de Constancia Barriga Ruiz; con lo demás que al respecto contiene; reformándola en este extremo: CONDENARON a Mario Rodríguez Quiroz en su calidad de cómplice secundario por el delito contra la ¡/ida, el cuerpo y la salud homicidio en agravio de Constancia Barriga Ruiz, a cuatro ailOS de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres años; y FIJARON en ocho mil nuevos soles, monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el ¡-eferido sentenciado a favor de los herederos legales deí occiso; asimismo declararon NULA la propia sentencia en el extremo que declara por

mayoría contumaz el encausado Vlaclirniro Vargas Málaga; DISPUSIERON que la Sala Penal Superior proceda con arreglo a ley conforme a los expuesto en la parte considerativa de la presente resolución; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que dic~la sentencia contiene, y los devolvieron.

En la jurisprudencia se ha recogido la siguiente categoría, usualmente atribuible a la estructura de la omisión impropia: la aplicación de teoría de la posición de garantía como fundamento de autoría en el delito de omisión impropia o comisión por omisión.

La orientación jurisprudencial se acoge para fundar la posición de garantía en criterios materiales; además, gira en relación a la participación omisiva en un delito-acción, ya que el acusado Fernández Espejo es el que directamente, mediante una conducta activa, tiene el dominio sobre su acontecer y voluntad delictiva, es decir, la conducta de golpear la cabeza de la víctima al extremo de producir su muerte.

Es en el análisis de la intervención de Rodríguez Quiroz en donde se centrará nuestro análisis, y parte de la siguiente interrogante: ¿cómo si se le excluye un deber jurídico de intervenir (y a los sumo se le atribuye una obligación moral) se le responsabiliza jurídico - penalmente por el hecho de haber interceptado a la víctima, originando una posición superior de su ea-encauzado con relación a la víctima?

La respuesta sería que, como al no configurarse una posición de garante, autbmáticamente se elimina toda posibilidad de imputación del resultado a título de autoría, restando sólo averiguar si cabe la imputación a título de partícipe.

Sin embargo, esta distinción se justifica en los denominados delitos de infracción de un deber, en donde, por la estructura del tipo penal sólo cabe considerar al autor quien detente una posición o deber especial, que lo vincule positivamente al mantenimiento del status favorable del bien jurídico.
En ese orden de ideas, cabe preguntar, si el tipo de homicidio simple (imputado a los encauzados) configura (o no) un delito de infracción de un deber. Al respecto, es unánime afirmar que, por el contenido de su estructura típica, el delito de homicidio simple es de dominio o de competencia por organización, dado que, es suficiente que el sujeto activo infringe su rol general de ciudadano, esto es, que la manera como éste organizó su esfera de libertad ha generado un exceso dañino a otras esferas de libertad ajenas; obviamente, el respeto a la vida humana es uno de los motivos que dotan de sentido a aquel rol general y su incumplimiento configurará el delito en cuestión.
Descartado el carácter de delito de infracción de un deber, no es necesario fundar la autoría en un deber jurídico especial, dado que, la inobservancia del rol

general de ciudadano se puede presentar, ya sea por una prestación positiva, o bien, por su abstención. En efecto, el deber de asegurar la propia organización de tal modo que de ella no se desprenda riesgos que excedan del nivel permitido, puede ser cumplido mediante una conducta activa u omisivaJ dependiendo esta cuestión del causal estado de la esfera de organización del ciudadano; y por ende, su incumplimiento también se puede dar vía acción u omisión. Por tanto, en los delitos de dominio o de competencia por organización, la acción u omisión son componentes irrelevantes, basta con fundamentar cómo el rol general de ciudadano se incumplió, y en ese sentido, cómo se originó un riesgo prohibido (y en el caso de delitós de resultado), cómo se atribuye el resultado acaecido a la realización de qquel riesgo prohibido creado por el sujeto.

Este razonamiento, no ha sido el adoptado por la jurisprudencia, y por el contrario, la misma sigue anclada en aquella visión naturalista que postula que en un mismo plano (óntico) no puede coexistir a y no - a, es menester seguirlos diferenciando a nivel de la estructura típica, originando que, uno presente una estructura diferente a la otra (en el caso de la omisión impropia, la presencia de la posición de garante), incidiendo en el análisis de los tipos penales descritos en la Parte Especial, a tal punto• de afirmar que, un mismo tipo penal, puede presentar una autorfa especial, así como, una autoría común, según si es omisión o si es comisión (¡ !).

Frente a ello, se considera errada esta forma de proceder, puesto que, la cualidad de sujeto activo (autor) debe desprender del contenido típico del concreto delito: si el mismo se erige en la observancia del rol general de ciudadano, entonces será sujeto activo quien configuró dañosamente su esfera de organización; por el contrario, si el mismo se erige en la observancia de deberes especiales, entonces será sujeto activo quien incumplió tales deberes, conllevando a /a afectación del mantenimiento de un status favorable para el bien jurídico"

Volviendo al tema que nos ocupa, descartamos el razonamiento de los Magi$trados de excluir la autoría por omisión impropia en el delito de homicidio simple porque el sujeto no tenía una posición especia!, exclusiva y excluyente como es la posición de garante. En ese sentido, la pregunta debió ser formulada de la forma siguiente: ¿el omitente se ha vinculado mediante al resultado a través de su omisión, o si, por el contrario, /a omisión se presenta como una conducta neutral?

Si se concluye que el sujeto omitió los deberes derivados de organización (aseguramiento, salvamento por asunción de riesgos o por riesgos especiales), sólo se hará sobre la base de acreditar que el omitente es competente en cuanto titular de un determinado ámbito de de organización. Por el contrario, si se configura la situación de una conducta neutral, es porque nadie está obligado a modificar activamente el estado actual de su organización por la sola razón de

que otros quieran aprovechar ese estado para una conducta delíctiva" Ahora, como la sentencia no ofrece mayores detalles del material fáctico atribuido a los imputados, sólo cabe ana/izar el significado de "haber intervenido interceptando a la víctima". Si se le entiende, en el sentido que, el imputado, organizó su álTlbito de libertad para forr!entar la conducta delictiva de su ca - imputado, entonces se le puede imputar el resultado, puesto que, el omiUr típico no es la falta de un suceso, sino también la responsabilidad por un curso causal,o en este curso causal es posible fa int.ervención, con la consiguiente responsabilidad por intervención, si el que toma parte vincula su ámbito de organización con el del que omite, siendo también el que interviene responsable del curso causal merced a esa vinculación

Este análisis debió preceder ante de ingresar a ia cuestión de la autoría y participación, la cual, en el ámbito de los delitos de dominio, se les puede diferenciar, con los criterios expuestos por la doctrina dominante.

OMISIÓN EN EL DELITO DE EXTORSIÓN549

VISTOS; de conformidad en parte con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo; por sus fundamentos; 'y CONSIDERANDO: que, en el presente caso, fluye de autos que.en horas de la mañana del día dos de abril de mil novecientos noventa y tres, en circunstancias que los agraviados retornaban a su domicilio a bordo de su vehículo, fueron intervenidos por los encausados, quienes aprovechando su condición de efectivos policiales los registraron, encontrando entre los documentos de Jorge Antonio Cabrera González un billete de cien dólares, del cual se apoderaron manifestando que era falsificado; asimismo, les solicitaron sumas de dinero a fin de ser dejados en libertad, por lo que se dirigieron a dos cajeros automáticos para reiterar dinero de la cuentas de los agraviados; sin embargo, al no lograr su propósito por no contar con dinero en efectivo ambos cajeros, concertaron una cita a la que los agraviados debían acudir llevando consigo dinero a cambio de devolverles sus documentos personales; que, al respecto, se ha establecido que si bien el encausado Juan Carlos Reyes Inca Ramos, estuvo a bordo del vehículo policial en el que fueron desplazados los agraviados, desde el momento en que se inicia el hecho hasta cuando éste concluye, no participó activamente en la comisión del delito de extorsión, de allí que la tesis central de la defensa, gire en torno a una pretendida atipicidad dé su conducta, lo que no exime de reproche moral; que, frente a tal argumento, cabe señalar que nuestro Código Penal vigente le confiere relevancia jurídica, tanto al aspecto activo del comportamiento humano, constituido por el ejercicio de la finalidad a través de un hacer, como a su aspecto pasivo, constituido por la omisión; dicha omisión, social y jurídicamente relevante, est~\ referida a la realización de una acción determinada que le es exigida al agente, de allí que estructuralmente, los delitos omisivos consistan en

la infracción de un deber jurídico; pero no todos estos comportamientos omisivos penalmente relevantes, están descritos por un tipo penal, es por ello que la doctrina reconoce, la existencia de delitos omisivos impropios o llamados también de comisión por omisión; respecto de este tipo de delitos omisivos, el Código Penal en su artículo trece [1J, establece una cláusula de equiparación que nos permite adecuar el comportamiento omisivo al comisivo, pero para ello, es preciso constatar no sólo la causalidad de la omisión sino también la existencia del deber de evitar el resultado por parte el agente frente al bien jurídico o posición de garante; que, en el caso de autos se verifica la existencia de esta causalidad hipotética, es decir, la posibilidad fáctica que tuvo el encausado Juan Carlos Reyes Inca Ramos, de evitar el resultado; en principio, por cuanto él tenía la condición de efectivo policial al mando de la patrulla a bordo de la cual se desplazó a los agraviados, ya que tenía mayor jerarquía frente a sus coencausados, y por cuanto estaba obligado a impedir la realización del delito, para lo cual tenía plena capacidad, siéndole por ello el resultado lesivo perfectamente imputable; también se verifica que el citado encausado, se encontraba en una posición de garante frente al bien jurídico de los agraviados, ya que ésta surge también cuando el agente tiene el deber de vigilar la conducta de otras personas [2], tal como sucede en el caso de autos; es por ello, que concurriendo en el análisis los dos presupuestos que nos permiten determinar cuándo estamos frente a una comisión por omisión punible, es correcto afirmar, que el encausado Juan Carlos Reyes Inca Ramos, es coautor del delito de extorsión; declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fajas cuatrocientos noventa y tres, su fecha catorce de junio de mil novecientos noventa y nueve, que absuelve a Juan Carlos Reyes Inca Ramos y José Luis Camayo Córdova, de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública -Corrupción de Funcionarios- en agravio del Estado; condena a Juan Carlos Reyes Inca Ramos y José Luis Camayo Córdova como autores del delito contra el Patrimonio-extorsión- en agravio de Jorge Antonio Cabrera Gonzáles y Alberto F abián Gutiérrez Laya, a seis años de pena privativa de la libertad; y fija en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los citados sentenciados en forma solidaria a favor de cada uno de los agraviados; con lo demás que contiene; y lo devolvieron.

Se aprecia de la citada sentencia, por un lado, la necesidad de una causalidad hipotética, y por otro lado, que la posición de garante surge de un deber de vigilancia.

Sobre el primer punto, se aprecia el error conceptual en que cae esta sentenciar al confundir la causaJidad hipotética con el juicio de imputación objetiva, puesto que, la causalidad hipotética ha sido definida como una causalidad especial que palie de una reformulación de la C'onditio sine qua non, en el sentido que, si mentalmente se inserta la conducta omitida, ésta será causal del resultado si, con una seguridad rayana a la certeza, con la misma el resultado desaparece. En cambio, la imputación objetiva es un juicio normativo - teleológico tendiente a

adscribir una conducta a la estructura de un tipo penal correspondiente, no a través de fórmulas hipotética sino en el análisis de riesgos creados por el sujeto. En ese sentido, la sentencia no ¡os diferencia sino que los ubica en un mismo plano, cuando, al trabajar con la imputación objetiva, ya no es necesaria una relación de causalidad hipotética., Pese a ello, tampoco la sentencia describe los presupuestos de la imputación objetiva a aplicar, así como, la manera cómo el sujeto creó un riesgo prohibido. Por lo que, la jurisprudencia cae en una escasa fundamentación teórica

Sobre el segundo punto, no coni¡CtéUÚnU.fS fa idea de la culpa in vigilando como fendarnento de la responsabilidacl jurídico - penal por omisión En efecto, la posición de garante que hace referencia la sentencia es la del deber de vigilar a otras personas. Sin embargo, no precisa el por qué un sujeto libre deba vigilar a otro sujeto libre; si cada uno es responsable de la forma como organizó su esfera de libertad, porqué hacerse responsable de la organización de una tercera persona. Obviamente, el principio de autorresponsabilidad no concuerda con el criterio de vigilancia, y ello lo demuestra categorías como el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima. Una vez más, el criterio de los roles son los que fundamentan un modelo de imputación de responsabilidad jurídico -- penal.

2.5.2 JURISPRUDENCIA REFERIDA A LA IMPUTACiÓN OBJETIVA

HOMICIDIO CULPOSO: ACTUAR A PROPIO RIESGO - EXCLUSIÓN DE TIPICIDAD552

José Luis Soriano Olivera organizó, con la autorización del Alcalde del Concejo Provincial, el festival de baile «Rack en Río», el 3 de junio de 1995 en 55~ Ex.pediente 42R8-97, Sala Penal, Recurso de nulidad N° 4288-97. Ancash. Caraz, el mismo que fue realizado en una explanada a campo abierto, en las inmediaciones de un puente colgante ubicado sobre el Río Santa. Un grupo de aproximadamente cuarenta personas, en estado de ebriedad, bailaron sobre el mencionado puente colgante, hecho que ocasionó el desprendimiento del cable que sujetaba uno de sus extremos, produciéndose la caída del puente y de las personas que allí se encontraban Dos de éstas perecieron ahogadas por traumatismo encéfalo craníano, además otras resultaron heridas.

En la sentencia, se define el delito culposo o imprudente afirmando que deben presentarse, por un lado, (a) «la violación de un deber objetivo de cuidado, plasmado en normas jurídicas, normas de la experiencia, normas de arte, ciencia o profesión, destinadas a orientar diligentemente ei comportamiento del individuo»; y, por el otro, (b) <da producción de un resultado típico imputable

objetivamente al autor por haber creado o incrementado un riesgo jurídicamente relevante que se ha materializado en el resultado lesivo del bien jurídico».

En la jurisprudencia, no puede existir violación del deber de cuidado en la conducta de quien organiza un festival de rock con la autorización de la autoridad competente; Asumiendo al mismo tiempo las precauciones y seguridad 2 fin de evitar riesgos que posiblemente pueden derivar de la realización de dicho evento, de ese modo el autor se está comportando con diligencia y de acuerdo al deber de evitar la creación de riegos; En consecuencia, en el caso de autos la conducta de la gente de organizar un festival de rock no creó ningún riesgo jurídicamente relevante que se haya realizado en el resultado; De otra parte, la experiencia enseña que un puente colgante es una via de acceso al tránsito y no una plataforma bailable corno imprudentemente le dieron uso los agraviados creando así sus propios riesgos de lesión.

En cuanto al comportamiento de las víctimas, la jurisprudencia precisó que, existiendo por el contrario una autopuesta en peligro de la propia víctima, la que debe asumir las consecuencias de la asunción de su propio riesgo, por lo que conforme a la moderna teoría de la imputación objetiva en el caso de autos «el obrar a propio riesgo de los agraviados tiene una eficacia excluyente del tipo penal» (Cfr. Gunther Jakobs. Derecho Penal. Parte General. Madrid, '1995, p. 307); Los hechos subexamine no constituyen delito de homicidio culposo y consecuentemente tampoco generan responsabilidad penal, siendo del caso absolver al encausado.
La cuestión principal es la de saber si el agente es responsable de la muerte de varias personas y de las lesiones sufridas por otras. Perjuicios que se produjeron cuando cayó el puente colgante, en el que las víctimas y otras personas bailaban, hecho que tuvo lugar a la ocasión del Festival de baile que organizó el procesado en las inmediaciones de dicho puente. Así mismo, es de determinar si tomó o no las medidas de seguridad indispensables para asegurar que la actividad a su cargo no •.:;onstituya fuente de peligro para los bienes jurídicos de terceros.

Al respecto, la organización del Festival es una actividad permitida y, en el caso concreto, élutorizada por el órgano administrativo competente. La autorización es necesaria, entre otras cosas, para establecer las condiciones en que debe llevarse a cabo la actividad y controlar que sean debidamente respetadas. La intervención de la autoridad se explica por la índole de la actividad y por los peligros él que puede dar lugar su realización (por ejemplo, riesgos de incendio, mala aireación, tumulto debido al número excesivo de participantes, riñas).

La importancia penal del comportamiento surge en la medida en que, debido a la manera como es ejecutado, se intensifican los riesgos hasta constituir una situación de peligro no permitida. En esta evolución juega un papel important~ la inobservancia de las medidas de seguridad que deben tomarse para impedir la intensificación del peligro propio a la actividad autorizada y, por tanto, permitido.

Si los jueces hubieran procedido de esta manera, habrían tenido que, habiendo aceptado que el procesado respetó sus deberes, afirmar que éste actuó de-manera socialmente adecuada, pues no creó una situación de peligro ni aumentó un riego ya existente. Al desarrollar su actividad, permaneció dentro de los límites del riesgo permitido. Al mismo tiempo, hubieran considerado insuficiente la relación existente entre la organización del Festival y las muertes y lesiones acaecidas.

El comportamiento del procesado es atipico no porque su conformidad con el tipo legal sea excluida por la «asunción del riesgo» de parte de las propias víctimas, como lo afirman los jueces citando a Jakobs. Este argumento funciona sobre todo cuando concurren el comportamiento peligroso del agente, lo que no sucede en el caso estudiado, y el comportamiento igualmente peligroso de la víctima. La acción del procesado es atípica porque no ha creado una situación de peligro prohibida, debido a que el autor no violó sus roles o deberes y, en consecuencia, no puede considerarse que haya causado de manera pena/mente. relevante los resultados perjudiciales. Por tanto, no puede sostenerse que las muertes y lesiones no puede serie imputada debido a que las víctimas se pusieron ellas mismas en peligro y, en consecuencia, son responsables por los perjuicios que sufren.

HOMICIDIO DE PERSONA EN ESTADO DE EBRIEDAD. CASO FORTUITO. IMPUTACIÓN OBJETIVA

El 5 de agosto de' -1994, en la tarde, Luis y Emerson se encontraron casualmente con su condiscípula Rocío en las inmediacíones de la Facultad de Ciencias de la Universidad Nacional de Ancash. Luego de conversar, decidieron ir a la habitación de Emerson, en donde escucharon música y libaron licor hasta altas horas de la noche. Rocío bebió hasta alcanzar un «estado de inconsciencia por el exceso de consumo de alcohol». Luis y Emerson se retiraron y Rocio quedó sola en la habitación, dormida sobre una
5:;J Expediente 6239-cn, Sala Penal, R.N. N° 6239-97. /I,IIcash. cama en posición de cubito dorsal. Al amanecer, fue encontrada por Luis y Emerson muerta en el mismo lugar y en la misma posición.

La muerte de Rocio fue debida a «asfixia por sofocación a consecuencia de aspiración de vÓmitos en estado etílico», conforme al protocolo de autopsia. Ha

quedado, igualmente, demostrada que la víctima no fue golpeada, ni estrangulada, ni v¡iolada; El resultJdo perjudicial al bien jurídico vida no se debe a intervención humana, sino que sobre\(ino «por un hecho fortuito atribuible solamente a las leyes que rigen la causalidad»; La conducta de los agentes no ha estado precedida por un dolo eventual como incorrectamente lo sostiene la Sala Penal Superior, puesto que, el dolo, sea en su modalidad directa, eventual o de consecuencia necesarias, integra como elementos configuradores de SII concepto al conocimiento, y la voluntad de realización del resultado, siendo su característica fundamental su previsibilidad: Estos elementos no concurren en el caso de autos en el que los agentes no quisieron, no conoderon, ni pudieron prever el fallecimiento de la víctima.

De esta manera, se afirma que la muerte era imprevisible y que fue, únicamente, fruto del azar. Si esto es asij resulta superfluo recurrir a la imputación objeUva para no reprimir a los procesados. La imputación objetiva supone que el resultado sea el efecto del comportamiento realizado.

En esta perspectiva, es correcto afirmar, como se hace en la sentencia. que es «descabellado» razonar diciendo que los acusados, en el momento de haber ingerido licor conjuntamente con la víctima se representaron como probable el hecho de que la víctima, al arrojarse en posición de cubito dorsal sobre la cama, debía vomitar los sólidos y líquidos del estómago y que luego volvería a absorberlos. Asimismo, que actuaron con «pleno dominio del acontecer causal, como si humanamente pudieran predecir matemáticamente los desenlaces funcionales y orgánicos del cuerpo de la agraviada»,

LESIONES CUIPOSAS554

Un día del mes de marzo de 1996, a las 8.30 a.m., el acusado estacionó SII vehículo a la altura de la intersección de los jirones Arándamos y Coralinas, de San Juan de Lurigancho, para indagar sobre una dirección. El agraviado, conduciendo su motocícleta a la velocidad de 50 a 60 km, por hora, chocó - violentamente contra el vehículo estacionado, resultando con fractura de pierna y herida en ei mismo miembro, conforme el certificado médico legal. El acusado y un tercero trasladaron al herido al hospital. En su declaración ante la policía, la víctima explicó que, al tratar de evitar un rompe muelles, viró haclJ. la izquierda y como había unos arbustos no vio al vehículo del inculpado que se encontraba estacionado, prod'Jciéndose el accidente.

En la vida social moderna, el riesgo de lesionar bienes jurídicos es paralelo ai avance de la mecanización de la misma; Por esto, se autoriza la realización de acciones que entrañan peligros para bienes jurídicos, siempre y cuando se cumpla con ciertos cuidados (riesgo permitido).

En este contexto, debe considerarse también e! comportamiento del que ha obmdo suponiendo que los demás cumplirán con sus deberes de cuidado (principio de confianza); por lo que, el que obra sin tener en cuenta que otros pueden hacerla en forma descuidada no infringe el deber de cuidado.

En la sentencia se concluye que, si la tipicidad del delito culposo depende de la infracción del cuidado debido, es claro que el que obra dentro de los límites de la tolerancia socialmente admitidos no infringe el deber de cuidado y, por lo tanto, no obra típicamente. Más aún, en el caso presente ha quedado acreditado que el factor predominante para la materialización de los hechos ha sido la acción del agraviado: conducir la motocicleta a una velocidad no razonable ni prudente para las circunstancias del lugar. Siendo que la amenaza penal está dirigida a sancionar al agente que se comporta de manera indiferente ligera o desconsiderada para con los bienes jurídicos penalmente tutelados, lo que en los delitos culposos debe ser determinante para la producción del resultado, circunstancia que en el subexamine no acontece. Por tanto, no se encuentra acreditada la comisión del delito instruido y menos aLIII la responsabilidad penal del agente.

La redacción es defectuosa, de modo que la argumentación resulta confusa. En particular, en la última parte, en la que no está claramente expresada si la circunstancia que no acontece es el hecho de que el agente no se comportó de manera indiferente, ligera o desconsiderada respecto de los bienes jurídicos o de la producción del resultado.

Adernás, no se relacionan los criterios teóricos invocados con las circunstancias en que tuvo lugar el accidente. Debió indicarse en qué consistió el comportamiento imputado al procesado y si existió una relación suficiente con el resultado. Esto es. en qué condiciones estacionó su vehículo. De manera, a determinar si creó una situación de peligro no permitida. Para lo cual, se debía precisar si había tomado las precauciones necesarias para permanecer dentro de los límites del riesgo permitido.

Momento, en el que se hubiera debido recurrir al principio de confianza, como límite del riesgo permitido. Al estacionar su vehículo, debidamente, el procesado no tenía porque tener en cuenta que un conductor, como la víctima, podía no respetar las reglas de tránsito y chocar contra su vehículo. En caso de comprobarse la existencia de un peligro prohibido, se hubiera analizado si el resultado fue la materialización del peligro no permitido creado por el procesado

LESIONES CUIPOSAS: APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO.

La víctima es atropellada por el vehículo conducido por el acusado. en circunstancias en que, en lugar de utilizar el puente peatonal, trataba de cruzar una via peligrosa debido a «las condiciones imperantes», en particular a «la carencia de iluminación en la zona». Así, la víctima obró «sin adoptar las medidas de precaución y seguridad», exponiendo de esta manera su vida.

En la sentencia se recurre a la noción de tipo de injusto imprudente y se considera que actúa culposa o imprudentemente quien: (1) Omite la diligencia debida, mediante (2) La infracción del deber de cuidado; la cual consiste en la violación de las n,ormas de conducta exigibles para el caso concreto Además, se agrega que (3) esas reglas se deducen de la experiencia común; (4) la trasgresión de leyes o reglamentos no implica necesariamente la violación del deber objetivo de cuidado; (5) «en cuanto es el que hubiera observado un ciudadano medio en tales condiciones y con los conocimientos específicos del agente».

Luego, se sostiene que una aCClon cometida con la diligencia debida, aunque haya sido previsible el resultado producido, es permitida jurídicamente y que, por tanto, «no se plantea problema alguno». Se llega a esta conclusión porque se admite la imputación objetiva sólo cuando se trata de una acción objetivamente imprudente que incrementa, de forma ilegítima, el peligro de que e resultado se realice. Enseguida, se señala que conducir un vehículo motorizado comporta un «riesgo socialmente aceptado y permitido». Si en la realización de esta acción, se produce un «resultado no deseado»), aún fortuitamente, no basta para reprimir al conductor imprudente; ya que esto significaría aceptar que el resultado, en los delitos culposos, es una pura condición objetiva de penalidad.

Admitir esto último sería un «absurdo», el mismo que es superado recurriendo al criterio de la imputación objetiva. La misma que, conforme a la sentencia, requiere que: (1) el resultado sea la realización de un riesgo no permitido; (2) éste sea implícito en la acción del agente y que (3) exista relación de causalidad entre la acción y el resultado, la que no es suficiente para imputar el resultado al autor de la acción. De esta manera, se llega a la conclusión de que no debe castigarse al conductor por homicidio culposo.

El razonamiento, sin embargo, no es claro ni coherente. Esto se debe a que se parte de criterios dogmáticos sin hacer referencia a los hechos, los mismos que no son suficientemente expuestos.
Así, no se da ninguna información sobre la manera cómo el conductor conducía su vehículo ni el estado de su persona o del vehículo. Se da por

supuesto que no ha incurrido en imprudencia alguna por no haber violado el deber de cuidado que le imponían las circunstancias, como lo hubiera hecho «un ciudadano medio en tales condiciones y con los conocimientos específicos del agente» (afirmación discutida en doctrina). Si esto es así, el agente, mediante su acción diligente, no ha creado ni aumentado un riesgo prohibido.

Sin embargo los jueces, para reforzar su decisión, dicen, textualmente, que «hay que : que por las circunstancias en que se producen los hechos se coli9(' !;:;\ falta de previsibilidad de la producción del resultado». De esta manera, afinnan, en buena cuenta, que el resultado era imprevisible. Sin embargo, los jUf;'ces no conciben el car{¡cter fortuito del resultado en el sentido de que se trataría de un hecho de la naturaleza que escapa al control del agente. Ellos se refieren más bien, pero sin la debida claridad, a la comprobación de ¡él previsibilidad del resultado como una de las condiciones del tipo legal de los delitos irnprudentes. Sólo si el resultado es previsible puede reprochársele al agente que hubiera podido darse cuenta de la peligrosidad de su comportamiento y, así mismo, que omitió tomar las medidas necesarias para no perjudicar involuntariamente a terceros. Del carácter imprevisible del resultado se deduce que el agente no podía violar el deber de prudencia. Por tanto, no es correcto, como lo hacen los jueces, afirmar que se trata de un caso fortuito porque el agente no ha actuado imprudentemente.

ESTADO DE COMA E IMPUTACION OBJETIVA

Una enfermera aplica dextrosa al 50 %, en lugar de al 5 %, a una niña internada en el hospital. Este hecho desencadena un proceso que culmina con la muerte de la paciente. La enfermera para ocultar su error cubrió la etiqueta del frasco que indicaba 5 % con otra en la que inscribió 50 %. El hecho que este error fuera descubierto horas después, debido a que la enfermera no confesó su equivocación, determinó que la niña no pudiera ser salvad<:i. La enfermera reconoció su error, lo que implicaba la violación del deber de cuidado. Este comportamiento imprudente causó lesiones graves que llevaron al estado de coma a la víctima.

En la sentencia, se afirma que «en todo contacto social es siempre previsible que otras personas van a defraudar las expectativas que se originan de su rol. No obstante sería imposible la interacción si el ciudadano tuviese que contar en cada momento con un comportarr.iento irreglamentario de los demás. Se paralizaría la vida en comunidad si quien interviene en ella debe organizar su conductél esperando que las otras personas no cumplieran con los deberes que les han sido asignados. El mundo está organizado de una forma contraria, pese a que se presentan frecuentes defraudaciones, quien participa en la interacción

social puede esperar de las otras personas un comportamiento ajustado a su status, él puede confiar que los otros participantes desarrollarán sus actividades cumpliendo las expectativas que emanan de la función que le ha sido asignada».

Asimismo, se indica que «en los supuestos de trabajo en equipo, que implica una distribución de trabajo, no es posible que alguien pueda cumplir acertadamente su tarea si tiene el deber de controlar y vigilar la conducta de los demás colaboradores, y que en el caso que nos ocupa no le es exigible al personal médico de dicha unidad el estar supervisando el contenido de los frascos ni de los medicamentos de todos los pacientes de la Institución, suministrados por el personal auxiliar para determinar si son conforme con /) indicado».

Igualmente, se señala que «el médico no es responsable de si instrumento está debidamente esterilizado, lo que es tarea de ,8 instrumentadora». Su deber es el de «asignar correctamente las funciones." asimismo «dar órdenes claras». Por lo que, «sólo respondería, e'i consecuencia por defecto de comunicación y coordinación en su equipo e trabajo o por instrucciones que no sean lo suficientemente claras». Según le:; jueces, el pediatra no incurrió en estas deficiencias con respecto al tratamien•rJ de la niña.

La argumentación es fundamentada en «el principio de confianza, par de la moderna teoría de la imputación objetiva». Según la sentencia, ésta tie(la «finalidad determinar la atribuibilidad del resultado, que tiene como uno e: sus fundamentos el principio de la autorresponsabiJidad y que el ámbito e: responsabilidad de cada uno se limita a su propia conducta que no se le puec: imputar el resultado lesiones graves culposas, al médico pediatra, ni a .a segunda enfermera que intervino en el suministro de la dextrosa, ocurrido pcr" la frustración de la expectativa de una conducta adecuada al debido cuidac:J por parte de la primera enfermera».

No existe mayor problema respecto a la responsabilidad de la enfermera que, debido al error que cometió, provocó la muerte de la víctima. Salvo, si s,'".:: piensa que por la manera como trató de ocultar lo que había hecho, ella se d ,'J cuenta de que impediría o dificultaria que la víctima fuera tratada debidamen:.oS y, por tanto, salvada. Asi, se habría representado la posibilidad de causar .3 muerte de la víctima y, sin embargo, continuar actuando de la manera como o hizo (ocultar la acción por la que había creado el peligro), lo que significar"3 que aceptó la realización del resultado que se representó como posible. Si es:.'".:: fuera el caso, habría actuado con dolo eventual respecto a la muerte de ;3 niña.

El problema, en el caso concreto, se centró sobre la responsabilidad d•'é-;l médico y de la segunda enfermera. ¿Debieron vigilar la intervención de ;8

primera enfermera o no? Los jueces determinan el papel del médico pediat;•:~ afirmando que su responsabilidad está en relación con la comunicación f coordinación que debe establecer y mantener entre los miembros de su equi¡: de trabajo, así como con la manera en que les dicta las instrucciones. ,"::".1 respecto, indican que no existe ningún defecto en cuanto a las primeras y qu'? dictó las instrucciones correctas. Asimismo, que, en caso juzgado, no se puec.'? exigir «al personal médico de dicha unidad el estar supervisando el contenicJ de los frascos ni de los medicamentos de todos los pacientes de la institucióo~¬suministrados por el personal auxiliar». Esta afirmación se basa en la idea, expresada previamente por los jueces, de que, en caso de trabajo en equipe «no es posible que alguien pueda cumplir acertadamente su tarea sí tiene ..:::;;! deber de comrolar y vigilar la conducta de los demás colaboradores». E.~i cuanto a la segunda enfermera procesada, la misma que reemplazó durant. dos horas a la que cometió el error, se dice que «verificó que la vía estab-3 permeable y que el goteo estaba según lo indicado». En relación con ambc~s

casos se imlfOca el principio de confianza en actividades conjuntas practicadas con distribución de tareas. Sin embargo, llarna la atención que, por un lado, se parla de un criterio genera! sin precisar si, segÚn los reglamentos del I}ospital, el médico y la enfermera tenían que: conf:rotar que el tratamiento se efectuaba correctamente. Par otra parte, que ninguno d(los concernidos por el tratamiento de fa menor haya percibido el burdo cambio de etiqueta efectuada por fa enfermerés que se equivocó. Esto se explica quizá por las condiciones materiales '/ personales imperantes en los hospitales públicos; pero no deja ser cuestionable la manera cómo se aplica el principio de confianza para excluir la responsabilidad del médico y la enfermera. La sentencia no da los elementos suficientes para mejor comprender la argumentación de los jueces.

HOMICIDIO CULPOSO: ACTOS QUE INCREMENTARON EL RIESGO IMPUTABLE AL PROCESADO557

Accidente de tránsito provocado por los conductores de dos vehículos.
El mismo se produjo tanto porque conducían con exceso de velocidad, coino• porque el procesado no prestó la debida atención a los vehículos que circulaban por la pista lateral. El conductor que circulaba por la vía principal resultó muerto.

En la sentencia se indica que se ha verificado tanto el nexo causal entre la conducta del procesado y el fallecimiento del agraviado; Este resultado es objetivamente imputable al procesado, toda vez que la excesiva velocidad con que conducía su vehículo le impidió detenerse y ceder el paso al agraviado; Esta circunstancia «objetiviza» la infracción de cuidado incurrida por el acusado; Lo que finalmente significó un incremento del riesgo permitido, el mismo que se ha materializado en el resultado materia de autos; La circunstancia de que el

agraviado también conducía a una velocidad inapropiada no enerva la responsabilidad del procesado; Por tanto, tanto la materialización del delito así como la responsabilidad penal del acusad9 se encuentran debidamente acreditadas.

La argumentación para afirmar que el procesado ha realizado el tipo legal del delito de homicidio no es suficientemente clara. La creación del riesgo prohibido, fundamento de la imputación objetiva, se produce por el exceso de velocidad con que conducían tanto el procesado como la víctima. No es correcto afirmar que el procesado "incrementó el riesgo permitido", lo que hizo es sobrepasar este límite, creando así la situación de peligro prohibida. El resultado muerte está condicionado por el comportamiento de ambos conductores, por lo que era necesario determinar la imprudencia en que incurrieron ambos conductores. En la sentencia, en cuanto a la víctima, sólo se indica que no conducía a la velocidad apropiada; respecto al procesado, se señala que, además de conducir con exceso de velocidad, no respetó la prioridad de los vehículos circulando por la vía principal.

EXPEDIENTE 5032-97 LIMA.

Los jueces han considerado que este último factor ha sido determinante para la materialización del resultado. Según ellos, la concurrencia de culpa de parte de la víctima no constituye obstáculo para que se impute el resultado al procesado. Esta afirmación no es satisfactoria en la medida en que la apreciación de la imprudencia de ambos conductores no es suficientemente analizada. Esta deficiencia se debe a que el razonamiento no parte de la comprobación correcta de la existencia de la situación de peligro prohibida Para constatar ésta, hay que plantear ordenadamente las cuestiones relativas a la violación del deber de prudencia, la realización del resultado prohibido por la norma, la posible asunción del riesgo por parte de la víctima y la posible influencia del criterio de confianza en el correcto comportamiento de los demás participantes en la circulación. De esta manera, se hubiera mejor determinado el papel desempeñado por la víctima para delimitar la responsabilidad del procesado.
En suma, del análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema tanto referida a /a omisión impropiaJ asi comoJ en /a imputación objetivaJ se aprecia un tratamiento poco coherente con estas categorías jurídicasJ por lo queJ no se dan criterios materiales que brinden una seguridad jurídica a las decisiones"

206 ANÁLISIS DE LA OMISIÓN IMPROPIA EN LA LEGISLACIÓN JURíDICA COMPARADA

Tanto en la legislación, así como, en la doctrina comparada se registra tres posturas para el tratamiento punitivo de la omisión impropia, y son las siguientes

2.6.1 POSTURAS A FAVOR DE LA PARTE GENERAL

Esta tendencia postula concretamente que debería procederse a incluir ulla cláusula en la Parte General que reconociera la posibilidad de cometer los delitos tipificados en la Parte Especial.
El Código Penal Tipo para Latinoamérica (en la reunión llevada a cabo en Sao Paulo, Brasil, de 1971), ubicó la regulación de la omisión impropia, en la Parte General (art. 12, }?ár. 2). Así, en la ~octrina española quienes siguen esta línea son: Mir Puig;5::>8 Gómez Benítez;:J::>9 Romeo Casabona; De Vicente M3rtínez;56o Zugaldía Espinar; Torio López;561 Cerezo Mir; en la Argentina, 00nna.552
Se muestra crítico Tiedemann al considerar que .en la comparaciÓn llarna la atención que en la doctrina alemana de la Parte General, influenciada fuertemente por la fiiosofía y la teoría del derecho en las cuestiones fundamentales, se conforrne con una regulación fundamental para adrnitir importantes cuestiones de punibilidad, como por ejemplo en la omisión impropia. Ante todo, precisamente la más legalista doctrina francesa, como es sabido, rechaza totalmente la comisión par omisión cuando no se encuentra expresamente regulada, en cuyo caso generalmente se prevé acudir a la Impruedencia.
Pese a ello, esta posición es la dominante en la legislación comparada; así lo refleja los siguientes instrumentos legales:

CP DE ITALIA.

Ar. 40.-"No impedir un resultado que se tiene la obligación jurídica de evitar, equivale a producirlo".

CP DE ALEMANIA.

Parágrafo 13 del StGB "(1) Quien omite evitar un resultado que pertenece al tipo de una norma penal, sÓlo será punible de acuerdo con esta ley cuando haya de responder jurídicamente de que el resultado no se produzca y cuando la omisión se corresponda con la realización de un tipo legal a través de una conducta activa. (2) La pena podrá ser atenuada de acuerdo con el parágrafo 49.1"

CP DE AUSTRIA

Pa.rágrafo 2 del OStGB "Cuando la ley castigue la producción de un determinado resultado, será también punible quien omita evitarlo a pesar de estar obligado a ello en virtud de un especial deber que le impone el sistema legal vigente y siempre que la omisión de evitar dicho resultado sea equivalente

a la realización de los elementos de un hecho comisivo penado por la ley."

CP DE PORTUGAL

Art. 10.- Cuando un tipo legal de delito contiene un resultado determinado, el hecho no sólo comprende la acción adecuada para producirlo, sino también la omisión de la acción apta para evitarlo, salvo voluntad diferente de la ley. La comisión por omisión del resultado solo será punible si el omitente tenía un deber jurídico personal que le obligaba a evitar ese resultado. En el caso del número anterior, la pena podrá ser especialmente atenuada."

CP DE BRASIL

Art 13.- "El resultado del que depende la existencia del delito, solamente es imputable a quien le dé causa. Se considera la causa la acción u omisión sin la cual el resultado no se hubiera producido. 1.- Si sobreviene una causa relativamente independiente se excluye la imputación cuando, por sí sola, produjo el resultado; los hechos anteriores, sin embargo, se imputan a quien los practicó. 2.- Una omisión es penalmente relevante cuando el omitente debía y podía actuar para evitar el resultado. El deber de actuar incumbe a quien: a) tenga por ley deber de cuidado, protección o vigilancia; b) de otra forma asumió la responsabilidad de impedir el resultado; c) con su comportamiento anterior creó el riesgo de producción del resultado."

CP DE ESPAÑA

Art. 11.- Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción: a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante Una acción u omisión precedente.

CP DE COLOMBIA.

Art. 25.- Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción y por omisión.
Quien tuviere el deber jurídico de impedir el resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerla, quedará sujeto a la pena contemplada en la respetiva norma pena. Λ tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de

una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.
Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:
1,- Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2.- Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3.- Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4.- Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.
Parágrafo. Los numerales 1, 2 ,3 Y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atentan contra la vjda e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexual".

CP DE EL SALVADOR.

Art. 22. El que omite impedir un resultado que de acuerdo con las circunstancias debía y podía evitar, responde como si lo hubiera producido. El deber de obrar incumbe• a quien tenga por ley obligaciones de cuidado, protección o vigilancia; o quien con su comportamiento precedente creó el riesgo; y a quien, asumiendo la responsabilidad de quc,~ el resultado no ocurriría, determinó con ello que el riesgo fuera afrontado".

CP DE ECUADOR.

Art. 12. No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.

CP DE PARAGUAY.

Art. 15.- Al que omita impedir un resultado descrito en el tipo legal de un hecho punible de acción, se aplicará la sanción prevista para éste sólo cuando: 1. exista un mandato jurídico que obligue al omitente a impedir tal resultado y, 2. este mandato tenga la finalidad de proteger el bien jurídico amenazado de manera tan específica y directa que la omisión resulte, generalmente, tan grave como la producción activa del resultado.

2.6.2 POSTURAS A FAVOR DE LA PARTE ESPECIAL

Esta postura entiende que debería legislarse los delitos impropios de omisión mediante la creación de un sistema de numerus clausus o catálogo cerrado de tipos específicos de omisiones impropias merecedoras de sanción, que estarían ubicados en determinadas figuras delictivas de la Parte Especial, guardando una

cierta racionalidad en aquellos delitos donde verdaderamente se estime conveniente. Con la adhesión a esta postura no habría necesidad alguna de una remisión a un tipo de comisión (como referencia para la . homologación), ni tampoco, a una cláusula en la Parte General. Una de las ventajas es que la regulación expresa en la Parte Especial no dejaría muchas dudas sobre el tema del conflicto constitucional (principio de legalidad) que padece los delitos impropios de omisión.

En el Derecho positivo argentino, el legislador, en líneas generales, ha seguido con esta tendencia, pues en la Palie Especial se encuentran varias figuras delictivas, donde el comportamiento expresamente se comete por omisión impropia, sin posibilidad de aclmitir otra conducta.

En los demás supuestos, es decir, en los que no se encontrarían una tipificación expresa de omisión impropia relevante, de igual modo se seguirían sancionando en la Parte Especial, pero tal propósito se llevaría a cabo mediante una reinterpret~ción (respetando los métodos y técnicas correspondiente) de los tipos dolosos de comisión, injustos culposos de comisión y tipos propios de omisión redactados a gran amplitud.

Todas estas posibilidades de realización típica serían la base objetiva originaria para parangonar a una omisión. Pueden mencionarse a autores, con diferentes matices, que se adhieren a esta postura por ejemplo a Huerta Tocildo; Silva Sánchez;564 Terragni;565 Hurtado Pozo ..

En sentido crítico se muestra Jakobs, pues considera que existe " ... poca esperanza de que las dificultades de la determinación general de los deberes para la omisión impropia se puedan soslayar mediante regulaciones especiales en la Parte Especial, pues siempre que tal procedimiento se ha llevado ya a cabo, a saber, en los delitos de omisión propia semejantes a la comisión, el legislador no ha conseguido una determinación de la formulación que satisfaga el estándar de la Parte Especial más que en los supuestos concretos no problemáticos. Jakobs afirma correctamente que mediante el desplazamiento no se aclara ningún problema material.566

2.6.3 POSTURAS EN CONTRA DE LA PARTE GENERAL Y PARTE ESPECIAL

Por último, están quienes piensan que no es necesario ni adecuado político - criminalmente ulla tipificación exprese verbis en la Parte Especial ni tampoco la inclusión de una cláusula genérica en la Parte General de los Códigos penales. Que la introducción de cualquiera de esos mecanismos reportaría más inconvenientes que ventajas. Como puede verse, la ausencia a una regulación de los delitos impropios de omisión se debe principalmente a causas de orden constitucional (collcretamente en la legalidad de las conductas omisivas que no se encuentran incriminadas expresamente).

No debemos olvidar que esta postura indica que tanto la acción positiva como

omisión impropia resultarían de una correcta interpretación de los tipos penales - concretamente los verbos típicos responde a un sentido social (dando recepción también a una omisión cuando el resultado sea objetivamente imputable a su conducta) y no meramente causal~ y dicha aseveración -como se dice- no responde a una analogía extensiva in malam parten

Como puede verse, esta postura se encuentra en líneas fronterizas con la postura anterior en el sentido, de admitir la convertibilidad de acción y omisión con base en la interpretación Uudicial); sin embargo, la diferencia está en que ésta postura, ni siquiera reporta una tipificación expresa de omisión impropia en la Parte Especial, como sí lo hace la anterior.

Este modelo lo constituye, por ejemplo, el Código francés, caracterizado por la ausencia de una regulación expresa en la Parte General. En la doctrina puede citarse a Sancinetti,567 Jescheck;568 Gracia Martín.569

2.6 BALANCE FINAL Y TOMA DE POSECION

El presente estudio se ha realizado partiendo de la premisa que corrientes qu.e ciescansan en la ontología no podrán hallar tanto la lloción corno el fundamento de la omisión (en materia penal), puesto que, la misma es una figura normativa, por ende, necesita de otra base (iusfilosófica) que permita dotarle de sentido.

Por ende, nuestro toma de posición consiste, por un lado, en identificar la base iusf¡¡osófica idónea para el análisis de una institución "normativizada" como es la omisión; y por otro lado, erigir el aparato dogmático, en el plano del Derecho penal,. que permita descubrir aquellos criterios que coadyuven al operador jurídico la identificación entre la omisión con la comisión, en el ámbito de la tipicidad .

Sobre la primera cuestión, esto es, nuestra base iusfilosófica, cabe hacer algunas disquisiciones.

Más que Filosofía del Derecho, parecen existir múltiples y diferentes filosofías del derecho, puesto que, diversos autores atribuyen a la misma problemas distintos, o dan a las mismas cuestiones, respuestas diferentes. Sin embargo, también es cierto que todas las actitudes doctrinales acerca de la Filosofía del Derecho, pueden subsumirse en las siguientes direcciones:

i. Ontológica - Metafísica.- Según esta corriente, el objetivo fundamental de filosofar sobre el Derecho, es la búsqueda de la realidad sustancial y permanente del propio Derecho, así como, la indagación de los principios absolutos e inmutables en que han de inspirarse y conformarse los Derechos históricos, para ser un

Derecho justo. Los problemas principales que se plantean en una concepción metafísica son: la concepción del mundo y de la vida; por lo que, en la Filosofía

del Derecho dominarán los temas éticos y las posiciones iusnaturalistas.
Dentro de la dirección ontológica - metafísica tienen especial relevancia las distintas manifestaciones del objetivismo jurídico, y en especial la doctrina de la naturaleza de las cosas,
Para estas corrientes, el problema ontológico es el fundamental para la Filosofía del Derecho, pues lo que en definitiva hay que resolver es la realidad del Derecho.

ii. Científico - Positivista.- Según esta posicion, la actividad filosófico - jurídica, se reduce al ámbito de la investigación epistemológica, legitimándose, únicamente, cuando se constituye como una teoría crítica de las Ciencias Jurídicas; allí donde se de una corriente cientifista de la Filosofía, y se vea en esta solo una teoría de la ciencia, en la Filosofía del Derecho dominarán los temas epistemológicos lógicos y logísticos.
Se puede afirmar, que el espíritu cientifista que dominó el Siglo XIX, y del que está impregnada gran parte de la filosofía moderna, ha hecho que la Filosofía del Derecho esté dominada, en ciertas direcciones, por los problemas del lenguaje, adquiriendo una dimensión importante, la lógica jurídica.

iii. Normativismo.- Según esta corriente, propia de las ciencias del espíritu, la Filosofía del Derecho debe centrarse tanto en la teoría del conocimiento jurídico, así como, a la teoría fundamental del Derecho, a través del empleo de criterios valorativos - normativos y meta normativos.
Esta posición precisa que, para la aproximación al Derecho, corno objeto de conocimiento, debe orientarse, por consiguiente, a la aprehensión del contenido significativo de los términos que integran cada una de las fuentes, por una parte, y a la determinación del alcance de éstas, de acuerdo con el fin para el que fueron expedidas por otra.
Cada una de estas tres direcciones condicionan a toda teoría que trate de analizar una institución jurídico.
Por ejemplo, es el caso de Immanuel Kant,570 para quien el Derecho es la condición material que posibilita el ejercicio de la "libertad trascendental" en el mundo sensible.57! Asimisrno, la obj¡i~latoriedad del Derecho descansa en el hecho de ser condición para el ejercicio eje libertad en el mundo sensible y, por 5-)
tanto, es con~jición de moralidacL" I ..
Se aprecia que, el pensarniento kantiano descansa en la naturaleza del ser humano, como un ser racional, que es libre. Y en esa libertad, se requieren de leyes que permitan la coexistencia entre los seres humanos; a estos tipos de leyes, Kant, las denominó leyes de libertad; que pueden ser leyes éticas, si ellas mismas constituyen el fundamento determinante de las acciones, y leyes jurídicas, que no tienen en cuenta el motivo que determina la voluntad del sujeto, sino solo la conformidad exterior de la acción con la ley.

Asimismo,. Kant se refirio al Derecho, como una institución que tiene como misión coordinar las libertades de los individuos; además, de un Estado, que tiene como finalidad garantizar a los individuos sus esferas de libertad, por medio del Derecho. Por tanto, para Kant, tanto el Derecho como el Estado están al servicio de la libertad.

En ese orden de ideas, la noción de "libertad" condiciona el contenido de las instituciones jurídicas, en el pensamiento kantiano.573 Pero, cómo entendió I<ant a la libertad. En la noción kantiana de libertad, la misma forma parte de la estructura ontológica del ser humano; es decir, el hombre "es" libertad, un "ser" libre; y en uso de sus otras cualidades (voluntad, razón) externaliza su libertad a través de su conducta; esto es, la libertad es "trascendente"; en donde el comportamiento es el dato de la libertad.

Como se puede entender, la filosofía que impregnó Kant al Derecho, se ubica en la dirección "anta lógica"; es decir, definió las instituciones jurídicas sobre la base de la naturaleza del "ser"; sin ninguna referencia a lo social o colectivo, sino al hombre individual, esto es, al hombre como un fin en si mismo.574

En lo que respecta al Perú, similar posición lo detenta, el gran jurista Fernández Sessarego, quien para edificar su teoría sobre los "derechos de la persona", parte de una visión ontológica del Derecho, en la cual, el ser humano "es libertad"; es decir, para el autor, al ser la persona humana una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad, el Derecho debe eliminar todo obstáculo que pudieran impedir el libre desarrollo de la persona.575

Se aprecia que, Fernández Sessarego basa su opinión sobre la noción de "libertad"; pero a diferencia del sentido de "libertad" que se le da a nues!~~ investigación, para el jurista peruano, la libertad es la calidad "ontológica"::Jio que distingue a la persona humana de los demás entes del universo.S?? En efecto, para Fern,ández Sessarego, el hombre es libertad que se proyecta. Por tanto, este jurista se refiere a una libertad "metafísica", la cual, se fenomenaliza por medio de la conqucta.578

Ante lo señalado, en el presente estudio, se ha hecho referencia a la "libertad" como uno de los fundamentos del modelo de imputación aplicable a la omisión aquí propuesto. Frente a ello, nos planteamos la siguiente pregunta: ¿acaso la noción de libertad aquí empleada descansa en la orientación onto/ógica descrita líneas arriba? La respuesta es negativa, puesto que, la noción de "libertad ontológica ° metafísica" no presenta un adecuado basamento en que fundar un modelo de imputación de corte normativo (sin mencionar que este modelo pretende ser aplicado en el ámbito de la omisión penal, que es otro figura normativa); de la naturaleza de las cosas, de la esencia del ser humano, de la estructura ontológica del ser, no puede dotar de contenido a figuras jurídico - penales, que reclaman la presencia de criterios normativos - valorativos.

La libertad aquí señalada, es entendida bajo el marco del liberalismo político! el cual/! permite fundar el hecho qU€¡ en un Estado social y democrático de

derecho! se debe reconocer los ámbitos de libertad de los ciudadanos¡en el sentido de participar en los procesos de relación in tersubjetiva, a través de sus capacidades de autodeterminación y autorresponsabí/idad, que son criterios normativizados por el Derecho a fin de establecer los parámetros y criterios de imputación.
Sin embargo, una primera impresión conllevaría a pensar la inaplicabilidad por parte de los juristas de la dirección ontológica en el análisis de figuras jurídico - penales (por su corte "normativo" a que se ha hecho referencia); no obstante, esa impresión es equivocada; caso contrario, recuérdese los planteamientos de la teoría finalista, la cual, pretendió estructurar todo el sistema penal (incluyendo, por ende, a la omisión), a partir de fundamentos ontológicos y psicológicos.

Obsérvese que para VVelzel, el significado de los hechos procede de la forma de ser de los hechos. Admitía que una misma cosa pueda ser contemplada en más de uno de sus aspectos posibles: por ejemplo, el hombre puede ser estudiado en su naturaleza biológica, cosa que hace la medicina, y tarnbién en su naturaleza racional, cosa que hace la psicología, pero si ello es posible es porque el hombre tiene en sí mismo ambos aspectos. Del mismo nmcio, la acción humana puede considerarse desde el punto de vista causa!¬naturalístico, que es lo que hacemos cuando nos importan los movimientos musculares, pero ha de tomarse en su dimensión de finalidad cuando tratamos de descubrir :c:u específico significado humano, porque éste no depende de nosotros, sino de dicha finalidad. También a VVelzel le interesa, pues, el significado de 1!3 acción, pero, a diferencia de los neokantianos, cree que dicho significado no se lo atribuimos, sino que pertenece a la propia naturaleza de la acción: a la propia "naturaleza de la cosa", en el sentido de que constituye su "estructura lógico-objetiva". (Para mayores detalles, véase: MIR PUIG, Santiago. "LÍMITES DEL NORMATIVISMO EN DERECHO PENAL". En: Libro Homenaje a Gonzalo Rodríguez MouTul/o, Editorial Thomson - Civitas, Madrid - España, 2005).
Asimismo, en la actualidad, tenemos el "Tratado de Derecho Penal, Parte General", de MICHAEI KOHIER, el cual, ha sido considerado como un tratado liberal de la parte general del Derecho penal, debido a la influencia de la filosofía idealista alemana, básicamente de Kant. En efecto, esto se deduce cuando el jurista alemán define al injusto como una lesión de la "libertad" de otro, y a la pena como una negación del injusto, en el marco de una relación de reconocimiento recíproco.
Pero, el objetivo de este estudio no consiste en criticar lo inadecuado de fundar el sistema penal en bases ontológicas; sólo cabe precisar nuestro .alejamiento a tal dirección ontológica, puesto que, los conceptos jurídico _ penales que tenemos no son puros reflejos necesarios de la realidad, de la naturaleza de las cosas o esencia del ser, sino construcciones humanas basadas, por un lado, de criterios normativos - valorativos que diseñan a toda política ériminal y, por ende, al sistema penal de una determina sociedad, y por otro lado, al propio consenso

obtenido de esa concreta sociedad. Además, también, cabe alejarnos de la dirección científico - positivista, puesto que, la misma ha tornado a la dogmática jurídico - penal en algo puramente lógico o abstracto, sin mayores referencias al material fáctico o empírico (el cual, es diferente a lo que se entiende por ontológico).

Por tanto, fa dirección iusfilosófica que adoptamos en el presente estudio es el normativismo; es decir, nuestros planteamientos, tanto del concepto de omisión, así como, del modelo de imputación que permitiría la intercambíabilidad entre omisión y acción en el marco de un determinado tipo penal, se fundan en relaciones objetivas (socio - jurídicas) valoradas y comprobadas normativa mente.

Pero, en qué se fundan estas valoraciones normativas; es decir, qué papel juega lo "normativo" en nuestra investigación. En principio, no lo consideramos como la mera descripCión de algo, sino un conjunto de valoraciones que parten de una valoración fundamental (que el Derecho ha de servir a los seres humanos). Ello supone admitir que el sistema normativo jurídico ha de entenderse condicionado por consideraciones valorativas (y, por tanto, también normativas) que el legislador se enGuentra y de las que no puede disponer.

I\sí, una de estas valoraciones consiste en el reconocimiento de la participación del ciudadano en los procesos intersubjetivos, a través de sus ámbitos de libertad, los cuales, lo vincularán con el Derecho penal, a través de una imputación a las normas penales sobre la base de los criterios de autodeterminación, autorresponsabilidad y creación de riesgos jurídicamente desaprobados, los cuales, pueden relacionarse con el resultado acaecido en contra de bienes jurídicos. Estas valoraciones y criterios son de carácter normativos, que inciden en lo fáctico (los hechos realizados por las personas a consecuencia de la organización que le dan a sus esferas de libertad).

El normatjvismo que pretendemos dar, presenta como substrato filosófico, al liberalismo político, el cual, considera al hombre como un ser racional y razonable (esto es, con capacidad de autodeterminarse). El primer atributo ,expresa la retlexividad propia de sujetos autónomos y emancipados, capaces de someter a crítica los valores adquiridos en su desarrollo moral en sociedad. El segundo expresa la tendencia a la cooperación propia de quienes acceden a someter el conflicto de intereses inherentes a la convivencia a la sanción de un acuerdo vinculante, condición que asegura la integridad del acuerdo tornado y confirma que las partes pueden confiar mutuamente en que se entenderán y actuarán conforme a los principios que finalmente hayan convenido. Una vez que los principios son reconocidos por las partes pueden confiar en que todos se ajustarán a ellos.

Estos planteamientos, han sido recogidos del filósofo John Rawls, para quien, ef liberalismo político emana de las capacidad racional y razonable, las cuales, configuran las esferas negativa y positiva de la libertad. Así, la libertad negativa" está conformada por el ámbito en el cual el ciudadano puede hacer o dejar de

hacer lo que le permite su capacidad de autodeterminación, sin que dicho fuero pueda ser intervenido arbitrariamente, ya sea por el Estado o por particulares. Es decir, es exigencia suprema del liberalismo político, que todo individuo, en cuanto sujeto con capacidad de autodeterminación, posee un ámbito de libertad que no puede ni debe ser interferido por terceros en forma arbitraria.
La libertad positiva, encarna la idea de que en una sociedad liberal el individuo es políticamente autónomo; esto significa que es el propio individuo quien - en virtud de su autonomía política, que emerge de su capacidad de autodeterminación - ha de establecer las leyes a que va a someterse.
Por otro lado, se afirma que Rawls encuentra en la filosofía política de Hegel ej camino más adecuado para la realización de la libertad humana.57"9 En efecto, para Hegel, la libertad ha de realizarse en las instituciones sociales y políticas.

Para Hegel, las instituciones deben estar encaminadas a la realización de la libertad y no de la felicidad. Para ello se concentra en explicar y desarrollar la tesis de que "la voluntad libre es aquella que se tiene a sí misma (wills Uself) en tanto que voluntad libre". Concluye que esta frase significa lo siguiente: qU3 la voluntad libre quiere (wills) un sistema de instituciones políticas y sociales en las cuales pueda ser libre; hace suyos los fines de este sistema político y social; es formada y educada por los rasgos públicos de estas instituciones para entenderse a sí misma como una voluntad libre; estos rasgos públicos expresan pianamente el concepto de una voluntad libre.
Sin embargo, se le critica a la filosofía hegeliana el de ser una doctrina autopoyética del Estado - fin; es decir, ve al poder como "bueno" y a la sociedad como "mala".580 Al respecto, si bien es cierto, la doctrina hegeliana, específicamente referida a la filosofía del espíritu, hace referencia que la conciencia individual (espíritu subjetivo) acaba cuando surge la vida social (espíritu objetivo), la cual, d,:l sentido al Derecho y al Estado, amerita que ese Estado sea el guardián de la "libertad", no en un ámbito individual, sin referencia a lo social (como planteaba Kant), sino como una paso del 'yo" al "nosotros", en d")nde todos se reconocen como individuos libres. Frente a ello, si al Estado, en la filosofía de Hegel, se le debe de todas de las facultades necesarias para mantener esa "libertad", no se le debe entender que el Estado es el "fin", sino el "instrumento" que permite garantizar el reconocimiento de todos, como personas libres.
Asimismo, la importancia de Hegel no sólo radica en sLi sistema, sino en su método, esto es, la dialéctica, la cual, describe las leyes del desarrollo de la realidad y del pensamiento, para ver así el desarrollo del "espíritu universal" a través de la historia. La extraordinaria ventaja que origina adoptar la dialéctica, es que permite la sucesión o el movimiento del pensamiento, donde el último paso sirve para uno nuevo, y así sucesivamente
En ese sentido, la autonomía privada o libertad negativa, está en una relación dialéctica, con la autonomía política o libertad positiva; esto es, hay una

interdependencia entre la referencia individual con la social
Por tanto, nuestra base filosófica descansa en las ideas de Hegel y Rawls; puesto que, somos de la opinión, que el sistema penal (como el Derecho en sí) se erige sobre la base del reconocimiento de la libertad de los individuos, no sin una referencia socia', sino un reconocimiento en sociedad, de que todos somos libres. Y esa libertad se expresa a través de una autonomía privada, como política.
Es decir, si la autonomía privada - expresión de la capacidad racional¬consiste en el ejercicio libre de intereses y objetivos individuales, la autonomía política es la institución liberal que garantiza la materialización de la capacidad racional o libertad negativa, ya que - mediante la exigencia política de que las normas sean el fiel reflejo de la autonomía política de los ciudadanos

consagra los prinCipiOS de imparcialidad, reciprocidad y generalidad de las leyes penales. De esta manera, se logra establecer las expectativas jurídico ¬políticas de la sociedad, !o cual permite que los ciudadanos puedan actLJar democráticamente en los procesos de participación intersubjetiva en igualdad de condiciones. Esto significa que de no ser por la autonomía política, los ámbitos de libertad individual no podrían ser materializados en la realidad jurídica, ya que el respeto de la autonomía privada depende de la internalización de la norma en la conciencia colectiva.
La reflexividad propia de sujetos autónomos y emancipados, permite la construcción de la li~ertad negativa o autonomía privada; y, a mérito de un proceso dialéctico, aparece la líbertad positiva o autonomía política, logrando de esta manera el reconocimiento a las libertades individuales como fundantes de todo sistema, pero sin el alejamiento de una referencia social; de igual formal las exigencias sociales o estatales! sólo encontrarán sentido en el reconocimiento de la capacidad de libertad y autodeterminación del individuo, que acepta y orienta su conducta a tales exigencias. 581
Establecida, nuestra base filosófica, cabe preguntarnos si este entendimiento de la libertad de la persona, puede pemlitir construir un aparato dogmático, para el análisis de la omisión en materia penal.
Frente a ello, consideramos la necesidad de partir de la Jíbertad de la personal como principio meta ~ normativo; pero no en el sentido del pensamiento kantiano, sino en el hegeliano, esto es, con referencia a lo social, complementado con los aportes de Rawls, sobre la necesidad de precisar una relación (para nosotros dialéctica) entre la autonomía privada con la autonomía política.
Sin embargo, este principio meta - normativo debe complementarse con criterios normativos - valorativos propios de un Derecho penal liberal, los cuales, deben ser extraídos de un principio normativo nuclear, el cual noes exclusivo del Derecho penal, sino del ordenamiento jurídico propio de un Estado social y democrático de derecho; nos estamos refiriendo al principio de legalidad.

y este principio tiene vital importancia en el tema de la omisión impropia, puesto que, un sector de la doctíina ha considerado que, sin la mención de una cláusula generar que regule a la comisión por omisión, y ello aunado a su falta de tipificación en la parte especial del Código Penal, conlleva una violación a las garantías estatuidas por el principio de legalidad; dado que no habría un referencia legislativa por la cual justifique que, a una persona, se le imponga determinadas consecuencias jurídico - penales por delito cometido bajo la modalidad de omisión impropia.

Sin embargo, en esta investigación, consideramos que este temor es del todo infundado, puesto que, un determinado tipo penal puede configurarse a través del ejercicio de una actividad o mediante la abstención de una concreta prestación (positiva), los cuales, tengan la virtualidad de afectar la expectativas, intereses vitales, bienes jurídicos, recogidos en el mensaje de protección de la norma que subyace a aquel tipo penal. Es decir, la acción con la omisión, frente a Ud determinado tipo penal, pueden presentar una "íntercambiabi!idad', "identidad", y no una slrllple "correspondencia"; todo depende de la presencia de criterios normativos que le permitan al operador jurídico afirmarlo.

Lo señalado, puede extraerse del cOllÍi:mido del principio de legalidad.

Como se sabe, en el marco de un Estado democrático, de derecho y constitucional, el principio de legalidad es una institución jurídica viva, siempre que las instituciones del Derecho penal estén orientadas a realizar o materializar la ley jurídica fundamental (el bien común), con el fin de conservar la seguridad jurídica, proteger los intereses humanos y asegurar el imperio de la justicia.582 Asimismo, es en el Derecho penal donde el principio de legalidad cobra superlativa importancia, por cuanto la regulación de determinadas conductas implica la restricción de derechos fundamentales. No cabe la aplicación del Derecho penal, si no es para restringir, mediante sus mecanismos o instrumentos, bienes jurídicos elementales de los ciudadanos sobre quienes actúa su fuerza coercitiva. Por tanto, si la aplicación del ius
puníendí significa la restricción de los ámbitos de libertad, la vigencia del mismo únicamente se realiza y debe realizarse a través de la ley.583

Por otro lado, el fundamento del principio de legalidad es muy complejo, por cuanto en él convergen concepciones filosóficas, jurídicas y políticas respecto del Estado, el Derecho, la sociedad y la persona.584 Por ejemplo, Roxin considera que el fundamento de este principio es de carácter jurídico ¬político y jurídico - penal.585 En cambio, juristas como Maurach o Mir Puig lo reconducen a la idea rectora del Estado de Derecho.586 En la doctrina nacional,

Urquizo sostiene que el principio de legalidad tiene un fundamento tripartito conformado por un aspecto político, uno jurídico - penal y el otro axiológico;58i asimismo Castillo Alva afirma que esta figura tiene como fundamento tres pilares fundamentales tales como: la democracia y división de poderes (fundamento jurídico - político), la seguridad jurídica ~undamento axiológico) y la prevención

general (fundamento jurídico - penal). 88 Frente a ello, nuestra posición descansa en considerar que .el principio de legalidad sienta su estructura sistemática y teleológica en tres piedras angulares: a) liberalismo político, democracia y división de poderes (fundamento político); b) prevención general positiva (fundamento jurídico - penal) y, c) seguridad jurídica y justicia (fundamento axiológi.co).

En lo que se refiere al fundamento político, el princfiplo de legalidad encuentra su basamento en los postulados, ya comentados del liberalismo político. Así, el liberalismo político garantiza el respeto irrestricto de los ámbitos de libertad de los ciudadanos; respeto que tiene como instrumento de primera mano y más importante al principio de legalidad, por medio del cual se materializa el respeto a la libre autoorganización de la persona e impone, por ello, a los poderes públicos una exigencia de neutralidad respecto de las convicciones morales y religiosas de los ciudadanos. Debido a esta exigencia, el Estado sólo puede limitar los ámbitos de competencia individual para proteger las esferas de organización de otros sujetos. Y esta limitación a la esfera de Jíbertad del sujeto, se justifica porque la p.ersona, ya sea realizando una determinada actividad o absteniendo de ejecutar una prestación, puede afectar los ámbitos de libertad de las demás personas; es decir, tanto la acción como la omisión, presentan la misma virtualidad de afectar los ámbitos de organización de los demás, y esto lo debe reconocer el Derecho penal, esto es que esta identidad permite fundamentar su "intercambiabilidad", en sede del tipo penal. En efecto, el tipo penal, en función a determinados criterios jurídicos de adscripción, que más adelante se mencionarán, puede configurarse, o bien porque el sujeto realizó una determinada prestación, o bien porque se abstuvo de realizarla, y esa abstención es constitutiva de calificar al comportamiento del sujeto como típica.
En lo que respecta al fundamento jurídico - penal, en un Estado democrático de derecho y constitucional es exigencia impostergable que el fundamento del principio de legalidad se construya de conformidad con los fines de un Derecho penal democrático, por ello, resulta imprescindible tener en consideración a la prevención general positiva como fundamento jurídico _ penal del principio de legalidad. Si el fin más importante del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos (para la doctrina mayoritaria) o la vigencia de la norma (para la doctrina minoritaria) frente a ataques futuros de personas responsables, la única forma de lograrlo es mediante la existencia de normas jurídicas de carácter positivo (leyes) que protegen dichos bienes jurídico _

Penales, ya que las personas únicamente pueden organizar sus comportamiento de respeto hacia las normas (esto es la prevención general positiva) cuando hay un precepto que les inforrna y orienta sobre lo permitido y lo prohibido.589 Desde nuestro punto de vista, el fin del Derecho penal es la creación y conservación de la libertad jurídica, la cual, sólo puede ser alcanzada

mediante la prevención general positiva, la misma que en cualesquiera.de sus manifestaciones supone que !a persona pueda motivarse y actuar conforme a las normas, lo cual requiere que estas normas preexistan y se encuentren vigentes antes y durante el hecho, para que el sujeto, por lo menos, pueda conocerlas.590 Ocurre que únicamente lo conocido puede motivar a los sujetos racionales. Esto significa que si el Estado quiere proteger bienes jurídicos fundamentales mediante la prevención general positiva, debe utilizar únicamente a la ley como medio de comunicación en su relación con los ciudadanos. Así, la ley motiva al ciudadano hacia el respeto de los ámbitos de competencia de otros ciudadanos, por cuanto, por un lado, le informa sobre la no interferencia del Estado en sus ámbitos de libertad si su comportamiento se rige según la voluntad general expresada en el Derecho. Asimismo, le hace saber que se le impondrá una pena si menoscaba arbitrariamente bienes jurídicos tutelados por el Derecho penal.

De lo expresado se infiere que, si la protección de la libertad jurídica de la sociedad depende de la prevención general positiva, es menester que el Estado cree las condiciones necesarias para que los ciudadanos no menoscaben los intereses individuales, sociales y estatales, lo cual sólo es posible cuando el ciudadano internaliza el mensaje de la norma. Sin embargo, este mensaje no exige que el ciudadano infiera que lo prohibido se configure vía acción u omisión, sino que, tenga el suficiente grado de conocimiento y entendimiento, que el comportamiento que realice es idóneo para afectar lo que /a ley pretende proteger. Es decir, fa intercambiabilidad entre acción y omisión fmcuentra sentido en fa finalidad de la prevención general positiva, esto es, que los tipos penales sean estructurados, no para qU{~ el ciudadano haga disquisiciones sobre la modalidad de configuración de los misrnos (acción u omisión), sino para que conozca su mensaje y se motive en él. Si se cumple con esta finalidad, el principio de legalidad no se vería vulnerado al afirmar que un concreto tipo penal fue configurada (sin importar si fue por acción o por omisión), debido al hecho que su mensaje, conocido por el sujeto, no generó en él la motivación respectiv;:1o

En lo que se refiere al fundamento axiológico, una de las principales características del principio de legalidad es el orientarse a crear seguridad jurídica, más aún si se la entiende como un valor y fin del orden jurídico referido a la materialización de una función de organización y de una función de realización. La primera función se vincula a la ventaja que se le ofrece a los ciudadanos y la otra a los requerimientos que impone a los tribunales de justicia. La seguridad jurídica presta una función de garantía a los ciudadanos pues permite, sino elirninar, sí restringir el ámbito de la discrecionalídad del Poder Judicial en el momento de la emisión de una sentencia condenatoria. Logra que el ciudadano separa a que atenerse, ya sea cuando comete un hecho como cuando lo omite y sepa, además, la naturaleza, clase y duración de la sanclon. La legalidad de los delitos y de las penas facilita no sólo el conocimiento del

contenido die la prohibición. sino también de los límites de la misma.591 Por otro lado, está el principio supremo de la justicia. el cual. estatuye la libertad del desarrollo de la personalidad, por cuanto protege al individuo contra toda influencia que ponga en peligro su lÍ'bertad de desarrollar su personalidad. Es decir, la justicia crea las condiciones para que, cada cual resuelva lo que ha de entender como su desarrollo.

Estas exigencias son recogidas, cuando un determinado tipo penal describe, con certeza, el ámbito de lo prohibido, y las consecuencias juridico ~ penales que se le impondrá para aquel que cae en esa esfera, Si el tipo penal cumple con esta exigencia, entonces, el sujeto sabrá como ha de comportarse, según las exigencias del Derecho, en determinadas relaciones sociales o situaciones de la vida, y qué comportamiento puede esperarse o pretender de los otros. No es necesario exigir que el sujeto distinga si ese ámbito de lo prohibido puede configurarse tanto por acción} como por omisión, es suficiente que el sujeto tenga la certeza de conocer los hechos y obligaciones que existen para él, y qué conseevencias jurídicas de su comportamiento se tiene que contar; 592siendo perfectamente factible que, según su grado de conocimiento} el actuar de un modo o el abstenerse de realizado una prestación específica sean idóneos para que él se ubique en el ámbito de lo prohibido. Es decir, la intercambiabilidad entre /a acción y la omisión, no debilita las garantías de certeza y seguridad jurídica.

Por tanto, la tesis esbozada sobre la no necesidad de una cláusula general que indique que una omisión (impropia) puede incurrir en el ámbÍto de lo prohibido, encuentra justificación en los fundamentos políticos, jurídico - penales yaxiológico del principio de legalidad.

Sin embargo, aún es necesario establecer los criterios que permitan al operador jurídico considerar que un detelTllinado tipo penal pueda configurarse tanto por acción como por omisión.

('1) El primer criterio es obviamente el concepto de omisión, por el cual, uno parte. El mismo, no puede ser elaborado a través de una dirección ontológica, puesto que, de la naturaleza de las cosas y de la esencia del ser, nos revela que la omisión no existe en el plano de la realidad; sólo hay prestaciones positivas, esto es, acciones.

Sin embargo, las escuelas del causalismo, neocaUisalismo y finalismo, pretendieron, esbozar una noción de omisión, bajo una perspectiva ontológica.

Así los causalistas, con una metodologíé~. causal - naturalista y una perspectiva enmarcada él los movimientos musculares, pretendieron encontrar en la omisiÓn, tres elementos: (a) un comportamiento voluntario (la no realización de algo esperado __ o Liszt - o mandado - Belíng -), (b) un resultado, y, (e) una relación de causalidad entre el comportamiento y el resultado. Sin embargo, como se ha indicado en los puntos anteriores, en la omisión, están ausentes alDullos de estos elementos, por ejemplo, la relación de causalidad. En efecto, la

cé;tegoría de causalidad no estaría en condiciones de explicar el fenómeno de la responsabilidad del omitente por el resultado acaecido, ya que se trataría de una cate~Joría proveniente de las Ciencias Naturales y, como tal, libre de valoraciones, en tanto que la responsabilidad a título de omisión (propia e impropia) se desenvuelve en un terreno puramente normativo.

Asimismo, los neocausalistas, al partir de la filosofía neokantiana y como presupuesto lTietodológico uno de corte subjetivista, esto es, que el objeto se aprehende en función al sujeto cognoscente, es que, para esta corriente, la omisión es la acción no realizada, que el sujeto se ha representado y supone mentalmente la existencia de un mandato de actuar. Sin embargo, ello origina una relatividad de la omisión a una mera representación; esto es, a un mero juicio. Asimismo, como ya se indicó al comienzo de este estudio, si bien para la estructura general de la teoría del delito, el neocausalismo introdujo criterios distintos al causalismo clásico, en lo que respecta al contenido de figuras específicas, como es el caso de la omisión, al mantener un esquema conceptual qUE.; descansa en la causalidad y en la escisión de la expresión de la voluntad con el contenido de la voluntad, origina una definición ontológica - causal de la omisión similar al de la fase anterior, por lo que, participa de las mismas críticas elaboradas contra la corriente causalista - naturalista, a la que nos hemos referido en el párrafo anterior.

Finalmente, el finalismo, partiendo de una persp';;ctiva que el conocimiento se genera en función a la naturaleza de las cosas, del ser y de las acciones (la estructura lógico - objetiva), y esto exigía considerar a la "finalidad" como elemento que da significado a las conductas humanas. Frente a ello, se le definió a la omisión como la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción. Sin embargo, en esta investigación hemos señalado que se debe rechazar tal definición, porque la aplicación de la ley penal no descansa en la mera afirmación de que el sujeto se comportó mediante finalic;ades potenciales, esto es, sobre la base de conocimientos posibles, dado que, esto afectaría los fundamentos jurídico ¬penales y axiológicos del principio de legalidad, a los que se ha hecho mención.

Como se aprecia, definiciones con sustento en direcciones ontológicas, no permiten elaborar un adecuado concepto de omisión, para efectos del Derecho penal, puesto que, se caería en círculos viciosos traducidos tanto en la caza de una causalidad, que no hay en la omisión, como en la búsqueda de una finalidad (potencial) que no es de recibo en un Derecho penal libera!.

Frente a ello, sólo una dirección normativa, permite elaborar una definición de omisión; esto es, que la misma es la abstención de una prestación positiva (para el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad, las expectativas e intereses vitales de las personas, en suma, bienes jurídicos), cuyo sentido

jurídico - penal, lo da el tipo penal. En el plano del ser', sólo se observará lo que hizo el agente, pero sólo tendrá el sentido de omisión (penal) cuando en el plano de referencia cambie, esto es, nos ubiquemos en la norma penal. La norma jurídico - penal es la que da sentido a f¿¡. afirmación que el sujeto omitió una determinada prestación. Sin embargo. cuáles son los criterios que permitirá darle ese sentido.
(2) Los criterios que dotarán de carácter típico a una abstención, esto es, el sentido de una omisión jurídico - penal, son de un corte socio - jurídicos.

En un Estado social y democrático de derecho, se debe garantizar libertad de las personas para participar en los procesos de relación intersubjetivas; y un forma para garantizar esta participación, es la determinación de límites en los ámbitos de autoorganización, que permita que todos puedan participar, en ejercicio de libertad, con se la seguridad que no se verán afectadas sus expectativas o intereses vitales en sus relaciones intersubjetivas.

Una primera determinación es configurar el ejercicio de libertad a través de la asunción y ejercicio de roles o deberes. En efecto, los contactos sociales anónimos de sujetos, que en empleo de su libertad, busca su autorrealización, requieren que los actuantes asuman un determinado status o posición en la sociedad que permitan las autorrealizaciones a que se ha hecho referencia.

El recurso a los roles tiene la virtualidad de permitir conocer cómo debe configurarse los ámbitos de organización de las personas, y el límite por el cual, la referida organización afecta, injustificadamente, las esferas de libertad de las demás personas. Cómo distinguir la actuación del médico del anestesista en una determinada intervención quirÚrgica realizada a una persona. Cómo diferenciar la actitud del Juez con la del secretario en un concreto Despacho judicial. Las respuestas giran entorno a los roles que cada uno detenta en su procesos de relación intersubjetiva.

Los roles implican reconocer que la persona presenta una capacidad reflexiva sobre la manera de cómo va a conducir su esfera de libertad; y corno esta libertad se entiende con una referencia a lo social (esto es, en !a aceptación por parte de todos, que cada uno de los individuos son libres), la configuración de una determinada colectiva determina la asunción (en lo esfera de lo razonable) de determinados status, funciones o roles.

Asimismo, estos roles son tomados en cuenta por normas jurídicas extrapenales, al momento de regular las funciones de las personas en sociedad (ej: la Ley General de Salud, al momento de regular las funciones del personal sanitario; la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando describe las atribuciones y deberes de los Magistrados, etc.).

Sin embargo, el recurrir a la idea de "roles", implica hacer referenda a lo social, y ello en principio. no es una aberracion, puesto que, la autonomia privada de las personas, su libertad no es aislada, sino tiene una referenda a la realidad social, la cual, construimos los seres humanos en ejercicio de nuestra libertad (esto es, una interrelacion, interdependencia). No obstante, nos separamos de postulados como Jakobs, quien ha considerado el criterio de roles como necesario y suficiente.

En efecto, para Jakobs el sentido de imputacion juridico - penal descansa en que el sujeto haya infringido su rol social. Esta aseveracion tiene como la teoria sociologica funcionalista - sistemica de Niklas Luhman, quien sostiene que en una sociedad organizada complejamente en el regimen de reparto de tareas debe diferenciarse rigurosamente lo que es el sentido objetivo de un contacto social de lo que los ciudadanos se representen subjetivamente de aquel. Unicamente el sentido objetivo, para esta teoria, debe ser tenido en cuenta de manera general, pues este seria el sentido socialmente valido del contacto. En general, al movemos en conglomerados de variadas relaciones sociales, la complejidad de dichas relaciones se reduciria mediante la creacion de roles.

Con este aparato conceptual, Jakobs entiende que el juicio de responsabilidad penal es un juicio objetivo, en donde si el sujeto actuo en quebranlamiento de su rol social, entonces habra creado un riesgo no permitido que fundamente la responsabilidad juridico - penal.
Asimismo, consecuente con estos postulados, Jakobs senala que, para que una persona realice un comportamiento tolerado (penalmente no relevantes), este debe realizarlos solo con los conocimientos que en sociedad se exige a un rol; por lo tanto, todos los conocimientos superiores o inferiores que el titular posea mas alia de los exigidos al rol, no fundamentan la responsabilidad penal.

No obstante, hemos indicado que, si bien uno de los criterios, basicos, para determinar el sentido juridico - penal de la omision (consistente en adscribir la abstencion de una prestacion a un determinado tipo penal) es la idea del "rol" de las personas, debemos de disentir con determinadas posiciones de Jakobs, de la manera siguiente:
© La referenda a la "realidad social" propugnada en este estudio, no tiene como sustento la teoria funcional ■- sistemica de Luhman, quien entiende al sistema social como autorreferente y cuyo objetivo es garantizar la vigencia de sus normas (similar opinion es de Jakobs, quien considere al Derecho como un sistema normative, cuyo sentio se agota en el mantenimiento de sus propias normas). Por el contraries, *entendemos "lo social", como aquelfa realidad construida por los seres humanos en ejercicio de libertad;* es decir, partiendo de la capacidad racional de la persona, entiende la necesidad de realizar sus

expectativas, sin injerencias ni intromisiones; pero, para el logro de estas expectativas, requiere, segun su otra capacidad: lo razonable, considerar a los demas como individuos libres, quienes tambien pretenden autorrealizarse; por lo que, para que no se den reciprocas exclusiones, convienen en dotar de funciones a detenminados hechos, establecer reglas constitutivas y delimitar las actuaciones humanas en funcion de roles o status.

Como indica SEARLE, la realidad social se construye a partir de la intencionalidad de la conciencia y mediante tres elementos basicos: la asignacion de una funcion a ciertos hechos, la intencionalidad colectiva y las reglas constitutivas. Tales elementos permitiran explicar el origen y el sentido de una clase de hechos sociales que caracterizan las cultures humanas: los *hechos institucionales.* (SEARLE, John. "LA CONSTRUCTION DE LA REALIDAD SOCIAL", Presentacion y traduction de A. Domenech, Editorial Paidos, Barcelona - Espana,1997).

Todo sistema, incluido el juridico, se constituyen para lograr ese objetivo: que toda persona, en ejercicio de su libertad participe en procesos de relaciones y contactos, en procura de su autorrealizacion.
En suma, lo que se debe de garantizar no son las normas, sino la posibilidad que la persona, como individuo fibre que participa en la construction de la realidad social, logre su autorrealizacion.

Esto presupone, como bien indica Mir Puig, que se asigne al Derecho penal la funcion de *influir en la realidad existente mas alia del propio Derecho penal y de sus normas.* Presupone que no entendemos el Derecho como un sistema normativo cuyo sentido se agota en el mantenimiento de sus propias normas, al estilo de Luhmann y Jakobs, sino como un sistema al servicio de las necesidades de los seres humanos, como un sistema normativo al servicio de los sistemas biologicos representados por los individuos.. *Basar la teoria juridica en el reconocimiento de que e! Derecho ha de servir al ciudadano me parece obligado para una concepcion democraiica del Derecho.* Es evidente que ello supone renunciar a una teoria juridico-penal vaiida para cualquier contexto politico.

• Si bien, consideramos que el recurso a los "roles" que vinculan a las personas a aquella realidad social que construyen para lograr su autorrealizacion como persona, es una tecnica vaiida para la determination del juicio de amputation juridico - penal, no significa que sea la unica herramienta a to mar en cuenta. En efecto, es altamente dudoso que una constatacion factico - social (como son los roles sociales) determinen, *suficientemente,* una valoracionjuridico - penal. Ello porque, en *el analisis sobre lo que es ltoito o ilicito para el Derecho penal, las vaioraciones que nos den tal resultado no provienen exclusivamente de lo*

factico, de lo que hay en la realidad social, sino que, se requiere, adernas, el empleo de herrarnientas normativas, puesto que, el juicio de imputacion es un juicio de atribucion juridico - penal. En ese sentido, entendemos que el criterio de rol es *necesario* porque el Derecho penal incide en sucesos dados en la realidad social por individuos libres, pero *nosuficiente,* para fundamentar ei juicio de responsabilidad penal.

En efecto, anclar todo el andamiento de la imputacion penal en el solo criteria del "rol social", conlleva a transformar lo factico en lo prescriptivo; abriendo la compuerta de que todo contacto social, *perse,* conlleva la carga de informacion normative.. No obstante, tampoco nos adherirnos a la critica de Feijoo, que el recurso a la idea del "rol" sea util para otras disciplinas del Derecho, pero no para el Derecho penal, porque ello implica desconocer que todas las disciplinas del Derecho se vinculan con la realidad social;- es decir, inciden en fenomenos, sucesos, hechos; y, *para evitar que el penalista se ubique en una reflexion cerrada, debe tener en cuenta otras perspectivas, como las sociologicas; puesto que, su utifidad teorica es la relacion de complementariedad con el Derecho penal.*

En suma, no podemos caer en teorias que impliquen una explicacion autorreflexiva y cerradas, esto es, o solo el rol social (Jakobs) o solo instituciones del Derecho penal (Feijoo), sino una explicacion global, que sustente con la rigurosidad cientifica del caso, el por que se le atribuye a una persona consecuencias juridico - penales. Y para ello, el empleo de criterio socio — normativas permitiran al operadoi juridico soluciones trascendentes al mero mensaje formal de ia norma.

• El empleo de criterios socio -- normativos, implica desconocer la validez, para el juicio de imputacion, la sola exigencia de conocimientos socialmente estandarizados. Como Jakobs solo emplea un criterio sociologico: rol social, considers la estandarizacion social de los conocimientos que habrian que desvalorarse en el tipo. *No obstante, el error que incurre eljurista aleman es que, en el tema de anatisis, en sede de Derecho penal, de los conocimientos del sujeto, se debe recurrir a criterios socio - normativos, puesto que, es el propio ordenamiento que, partiendo del grado de configuracion de una determinada realidad social, define los grades de conocimientos - que debe tener un interviniente.* Si bien, existen conocimientos relevantes y otros no relevantes para la imputacion, no nos parece asumible que el criterio de seleccion de la relevancia de los conocimientos debe ser un dato extraido exclusivamente de lo social, sin participacion del lenguaje juridico, esto es, del sentido que dota el propio ordenamiento juridico. Como se indico en el punto anterior, se requiere de una relacion de complementariedad, de lo social con lo juridico, de lo factico con lo prescriptivo.

Y es que, compartir determinadas ideas de Jakobs, no conlleva asumir a raja tabla todo su sistema, incluyendo su fundamento meta normativo y las consecuencias que de este extrae. Lo afirmado claramente se refleja en los estudios realizados por Cancio Melia sobre la imputacion objetiva; quien adhiriendose a determinados postulados de Jakobs, tambien ha configurado los suyos, que en algunos cases disiente con las de su maestro.

(3) La referenda a la realidad social construida por las personas en ejercicio cle su libertad esta dada por la observancia de los "roles" y "deberes". Asimismo, la referenda a lo normativo - valorativo esta constituida por la creacion de un riesgo juridicamente desaprobado, relacionado con el resultado acaecido.
Del criterio del "rol" se deduce que las personas, para poder participar en los procesos de relaciones intersubjetivas sin que implique la afectacion tanto de sus expectativas, como cle las de los demas, debe de observar determinados *deberes de aseguramiento, de deberes de salvamento por asuncion o por riesgos especiales;* los cuales, no implican la presencia de una sociedad autoritaria, en donde los contactos sociales se basan en solo deberes; ni menos aim de un sistema como el Derecho que exija a las personas una aptitud de fidelidad; sino que, en un modelo de sociedad que descansa en las garantias propias de un Estado democratico de derecho, las personas son considerados como individuos que organizan sus contactos y/o participaciones en libertad, esto es, en el logro personal; pero para evitar distorsiones en el ejercicio de libertad, que obstaculice el logro de sus expectativas y la proteccion de sus intereses vitales, es que, se legitima a la sociedad y al Estado delimitar el como y el por que de los ambitos de ejercicio de la libertad de las personas.
Esta delimitacion consiste en establecer que, para el ejercicio pacifico de la libertad, las personas deben de actuar observando reglas constitutivas, aceptadas socialmente, las cuales, original! en los individuos la asuncion de roles, status o funciones, los mismos que, contienen el ejercicio de atribuciones y la observancia de deberes. No es que se funcionalice a la persona en aras de mantener una determninada sociedad, sino que se sirve de una sociedad y de las reglas que se imponen, para lograr el respeto a las libertades de todos y la posibilidad de materializar sus expectativas e intereses.
Partiendo del rol de las personas, se puede identificar la presencia de *deberes de aseguramiento, los cuales consisten, valga la redundancia, en asegurar la propia organizacidn de ial modo que de ella no se desprendan riesgos que excedan de lo permitido, y que conlleve una intromision inacepiable en los ambitos de libertad de los demas.* Por otro lado, se pueden observar *deberes de salvamento, los cuales surgen por riesgos que ya no se encuentran en el ambiio de la organizacidn personal]* el ciudadano, en ejercicio de su libertad, puede realizar una conducta peligrosa, pero astime, al mismo tiempo, el debec de revocar ese peligro antes de que se afecten ambitos de organizacidn*ajenos,

esto es, que asume una competencia por el riesgo en ambitos ajenos como sinalagma a la renuncia de proteccion de los titulares de estos ambitos.
Sin embargo, ^que relevancia tiene, para el Derecho penal, cuando la persona ha incumplido su rol, conllevando a que inobserve o los deberes de aseguramiento, o bien los deberes de salvamento?

Corno se indicd, *no* tod a desaprobacion social se convierte, *per se*> en juridica; para ello, se requiere, ademas, del empleo de criterios normativos -valorativos. Estos criterios son aquellos que permiten afirmar que el ejercicio abusive de la libertad de una persona, materializado en el empleo defectuoso de su rol, genera consecuencia penales, cuando se ha creado un riesgo no permitido, el cual, puede relacionarse con el resultado acaecido.
El riesgo prohibido; creado y que origino el resultado producido, es el nucleo de la valoracion juridico - penal. La concretion del riesgo prohibido constituye un proceso de determinacion con base en normas juridicas (en un sentido primigenio),[595] normas tecnicas y reglas de la prudencia.
Asi, para la imputacion del comportamiento en el ambito de los delitos de dominio, no basta que se haya sobrepasado el limite de actuacion general establecido por el ordenamiento juridico, sino que se requiere determinar ademas la competencia del autor por este riesgo no permitido. Esta determinacion solo puede tener lugar si se tiene en consideration la concreta situation de actuacion y la concreta persona del autor. La referenda al autor concreto no debe entenderse, sin embargo, como una medida subjetiva, sino como una medida objetiva, esto es, como una persona libre y responsable frente al ordenamiento juridico (ciudadano). Si se llega a demostrar que el autor ha infringido las competencias que en la situation concreta le eran exigibles, entonces cabra una imputacion del comportamiento.[596]
En suma, no se *debe considerar el comportamiento del autor en su relevancia naturalista como idoneo para producir un resultado lesivo, sino en su expresion normativa de infraccion de las competencias atribuidas.*[597] *Para el Derecho penal, esto significa que el sujeio ha organizado defectuosamente su esfera personal, lesionando los deberes negativos que le corresponds por el hecho de poseer el status de ciudadano,*
(4) Los criterios socio — juridicos deben ser empleados en el sistema de imputacion. Asi, en lo que respecta al aspecto objetivo del tipo, estos criterios deben ser utilizados en el marco del juicio de imputacion objetiva.
Un mocielo de imputacion de responsabilidad sobre la base de roles, como criterio necesario, pero requerido de complementariedad por criterios normativos ~ valorativos, se erige sobre la base de los principios de *autorresponsabilidad* y con la *delimitacion de ambitos de organizacion y*

responsabilidad, en el sentido que la persona, en ejercicio de libertad, participa de los procesos de relacion intersubjetiva, asumiendo los costes que su organizacion origine a los ambitos de libertad de los demas.

El Derecho debe proteger ese ambito de libertad, por ejemplo, imponjendo roles o deberes, a fin que la persona no se exceda en el desarrollo de su libertad, causando dano a otro sujeto libre. Y en ese sentido, los roles se normativizan a traves del concepto de riesgo; es decir, si el rol generico es no dariar esferas de libertad ajenas, eso se normativiza analizando e! concreto tipo penal, a fin de establecer si en e! caso concreto la persona ha creado un riesgo prohibido a traves de su organizacion de libertad, configurando el tipo penal respectivo, y, por ende, afectando ese rol generico de ciudadano. Igualmente, se puede predicar en el caso de roles especiales, en el sentido que, el concreto tipo penal se configurara si estos roles han sido quebrados a traves de la creacion de un riesgo prohibido (valga la redundancia, por la norma penal).

En este marco, el juicio de imputacion objetiva cumpie un rol fundamental, dado que, el sistema penal parte de la idea de que el delito es un proceso de imputacion de un hecho y de una sancion a una persona que la sociedad realiza para satisfacer ciertas necesidades preventivas basicas: *la identidad normativa de la sociedad,* con la aclaracion que, no es la sociedad quien condiciona el status de persona y por ende de lo que cree es o no necesario para su continuidad, sino es considerar a la persona como sujeto libre y tendiente a su autorrealizacion en sociedad, la que establece las condiciones necesarias para ese desarrollo.

(5) El modelo de imputacion objetiva que parte de los roles, es aplicable en el proceso de adscripcion tipica del comportamiento, sin importar si se esta ante una accion u omision.

El problema no radica en distinguir las acciones de las omisiones, *es un problema de adscripcion,* esto es, que la conducta de la persona (cualquiera que sea) tenga un sentido tipico. Y ello se determinara a traves de las *reglas de la imputacion objetiva* (figura por la cual es aplicable en la realizacion, por parte de la conducta, de cualquier tipo penal), deducidos de ideas rectoras, asi como, de principles axiologicos que no son de propiedad de un determinado tipo penal (como es el caso de la posicion de garante del denominado tipo de omision impropia). En suma, mas que distinguir estructuras tipicas hay que interpretar el tipo penal; y la forma como debera realizarse- este juicio de adscripcion a traves de la imputacion objetiva.

La responsabilidad penal no puede ser distinguicfa sobre la base de la apariencia externa de la conducta (si el sujeto realizo una accion, o bien, una omision); por el contrario, se requiere de una razon normativa, y es precisamente dentro de la teoria de la imputacion objetiva en donde se lleva a cabo la determinacion de una conducta tipica y, segun el tipo penal, la materializacion de un resultado. Y para ello, se debera distinguir enire delitos producidos por la

creacion o administracion de un riesgo comun (delitos derivados del status general de ciudadano, el cual, forma parte, implicitamente, del contenido del tipo penal) y aquellos otros que derivan de deberes especiales establecidos por el ordenamiento juridico frente a determinado bien jurfdico (delitos en virtuci de una institution, la cual, descansa un rol especifico que, tambien, forma, implicitamente, parte del contenido del tipo penal).

(6) El modelo de imputacion objetiva que parte de ios roles justifica la no necesidad cle una clausula general que regule a la omision impropia.
Como se indico en el anterior punto, el problema no es de legislation de la omision, sino de interpretation de los tipos penales; esto es, la afectacion tipica de aquellos intereses vitales protegidos por las normas penales, puede darse tanto por action, como por omision, las cuales, presentan la misma virtualidad de ataque; y ello, lo revelan los criterios normativos - valorativos de creation de riesgos y autorresponsabilidad, que permitan la imputacion de la conducta al correspondiente tipo penal.
Por el contrario, el articulo 13 del Codigo Penal peruano menciona instituciones de caracter general, como son: deber juridico, peligro inminente, realization del tipo penal, entre otros. Y se indica que son de caracter general, porque las mismas pueden ser predicada tanto en la omision, como en la comision. Lo que se legislo son herramientas de contenido netamente dogmatico, que ha generado mas de una confusion entre los operadores juridicos; puesto que, lo que el legislador origino es la introduction de figuras de amplio contenido, sin ninguna delimitation o referencia para su correcta aplicacion por parte de los operadores del Derecho.

CAPITULO II
MARCO EMPIRICO

3.1 TIPO DE INVESTIGACION

La presente investigacion es de tipo descriptiva, es decir, tendjente a presentar, detallar, interpretar y explicar lo referente a la naturaleza de la omision y su identidad con la accion, a traves de las reglas de la imputacion objetiva, presentando las principales manifestadones de este (naturaleza actual y composicion). En efecto, Memos descrito los aspectos conceptuales de esta figura, su presencia en otras legislaciones, su tratamiento en el sistema penal peruano y la problematica que este presenta en nuestro pais.
Asimisrno, la investigacion es de un nivel DESCRIPTIVO y EXPLICATIVO. Es descriptivo, porque se describio las relaciones de las variables; asi como, es explicativo, porque se explico las relaciones de causalidad existente entre las variables.

3.2 TECNICAS DE RECOLECCION Y PROCESAMIENTO DE DATOS

3.2.1 TECNICAS DE RECOLECCION DE DATOS

Para esta investigacion utilizaremos las tecnicas mas tipicas; asi ten *em* os;

3.2.1.1 ENCUESTA

Este instrumento se elaboro en funcion del problema planteado, la hipotesis y los variables identificados, para lo cua! previamente se formulo el cuestionario respective, siguiendo los criterios cientificos a efectos de recoger rnlnuciosamente esta informacion.

3.2.1.2 ENTREVISTA

Se reafizo en forma verbal a unas 30 personas que tienen las mismas caracterfsticas de la poblacion en estudio pero que por su propia labor es jnteresante conocer su opinion.

3.2.1.3 ANALISIS DE REGISTRO DOCUMENTAL

Esta tecnica estara en funcion del analisis doctripario y tecnica de las diversas obras, asi como, de las jurisprudencias emitidas por los Tribunales de Justicia.

3.2.1.4 ANALISIS MICRO COMPARATIVO DE SISTEMAS EXTRANJEROS

Para el mayor cumplimiento de esta tecnica Me visto por conveniente elegir adecuadamente cuales van a ser los sistemas jurfdicos extranjeros que

van a ser .objeto de comparacion, a fin de deierminar las semejanzas, identidades y diferencias que pudSeran existir entre el objeto de confrontation. Frente a ello, el diseno de contratacion se baso en diferencias sistemas que lipifican la omision impropia en la Parte General del Coriigo Penal; de aquellas que la tipifican de la Parte Especial del texto punitivo; y de aquellas que no la regulan ni en la Parte General ni en la Parte Especial.

3.2.1.5 FICHAS DE INFORMACION JURIDICA

Considerando ios criterios metodologicos al momento de recolectar la information, formulamos las fichas respectivas, a fin de almacenarlas y prooesarh debidamente en el momento respectivo, esto es, cuando se ha estado elaborando la presente tesis.

3.2.1.6 BUSQUEDA DE INTERNET

Con el manejo de las herramientas de internet se pudo indagar en otros sistemas juridicos relacionados con el tenia investigado.

3.2.2 TE-CNICAS DE PROCESAMIENTO DE DATOS

3.2.2.1 SELECCION Y REPRESENTACION POR VARIABLES

Se sefecciono las respuestas obtenidas del trabajo de campo, de acuerdo a las variables formuladas, empleando, incluso, la codification.

3.2.2.2 MATRIZ TRIPARTITA DE DATOS

En este instrumento almacenamos la informacion obtenida y que previamente ha sido seleccionado o representada por el investigao'or en una matriz de datos.

3.2.2.3 UTILfZACION DE PROCESADOR SISTEfVIATIZADA

La informacion clasificada y almacenada en la matriz de datos se traslado a un procesador de sistemas computarizados que nos permita realizar las tecnicas

estadisticas apropjadas para lo cual tener en cuenta el diseno y las diversas pruebas que vayamos a utilizar en la contestation de las hipotesis.

3.2.2.4 PRUEBAS ESTADISTICAS

Se empleara en funcion del diseno respectivo.

3.2.3 LIMETACCONES

Durante el proceso de recoleccion de datos, se presentaron limitaciones. Asi, en lo que respecta a las encuestas, hubo renuencia de algunos de los encuestados al momento de desarrollar el respectivo cuestionario, clebido a la idea de una supuesta mal intencionada investigacion.

Otra Irmitacion es la poca investigacion nacional sobre este tema, asi como, la falta de profundos conocimientos por parte de los operadores juridicos sobre la identidad material de la omision (impropia) con la comision a traves de las reglas de la imputacion objetiva, obligandome a recurrir a la doctrina extranjera, haciendo la salvedad respectiva en lo que respecta a la realidad normativa y jurisprudencia de los paises consultados.

3.3 DISENO DEL TRABAJO OPERACIONAL

El diseno especffico en la verificacion de la hipotesis esta orientado por el siguiente esquema:

M, es la muestra representativa X, es la variable independiente Y, es la variable dependiente
La hipotesis se comprobo utilizando el presente diseno de investigacion, estableciendo la condicionalidad existente entre las variables "x" y "y", recolectando datos a traves de uno o varios instrumentos de medicion y analizando e interpretando dichos datos.

3.3.1 POBLACION Y MUESTRA

Como se indico en el Capitulo I, la investigacion se desarrollo sobre la base de fallos emitidos por la Corte Suprema (poblacion) en el peiiodo 1997 -2005 (muestra), en materia de omision impropia. La informacion de los referidos fallos, han sido recogidos en la respectiva ficha de estudio documental.
Sin embargo, tambien se han realizado encuestas, sobre la base de la siguiente poblacion:

- Jueces Penales de la Corte Superior de Jusiicia de Lima
- Fiscales Provinciales Penales del Distrito Judicial de Lima
- Abogados
- Catedraticos de Universidad Publicas y Privadas de Lima

Ciudadanos

En clonde la muestra esta conformada por:

- Jueces Penales de la Corle Superior de Justicia de Lima: 20
- Fiscales Provinciates Penales del Distrito Judicial de Lima: 20
- Abogados: 20
- Catedraticos de Universidad Publicas y Privadas de Lima: 20
- Ciudadanos: 20

Haciendo un total de 100 encuestados

Finalmente, el nivel de precision consiste en un 97% con un error de estimation del 3%.

3.4 CONTRASTACI6N Y COMPROBACION DE HIPOTESIS

3.4.1 CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS

El metodo aqui empleado es contrastar las variables empleadas en el trabajo de campo, con relation a nuestra hipotesis de trabajo, la cual es:

- **HIPOTESIS DE TRABAJO**

"La imputation objetiva presenta los criterios materiales mas adecuados que permiten establecer si una omision corresponde a la realization del tipo penal de action, coadyuvando al dictado de pronunciamientos jurisdiccionales con fundamentaciones logicos normativos".

Al respecto, y a traves del cruce de information, hemos obtenido los siyuientes resultados:

b) De las encuestas

c) De las fichas de estudio documental

A) ENCUESTAS

Como se indico en el punto de poblacion y muestra, se nan encuestado a cien personas, distribuidas, en funcion al metodo del muestreo estratificado por afijacion uniforme, en donde cada estrato representa a los Jueces, Fiscales, Abogados, Catedraticos y Ciudadanos, asignandosele una muestra de igual tamano: 20 personas.

En ese sentido, se analizaran las respuestas dadas a cada una de las preguntas elaboradas para la encuesta (al respecto, vease, anexo III), a traves del siguiente formato:

1. Indicacion de la pregunta
2. Tabulacion de las respuestas y presentacion en forma numerica, asi como porcentual.
3. Elaboracion del grafico de respuestas
4. Realizacion del analisis respectivo

Este formato se seguira para cada una de las preguntas objeto de la encuesta.

PREGUNTA N° 01

Considera Ud. que para sancionar a una persona a **titulo** de **omision impropia,** se requiere:

Puede marcar mas de una alternativa, si asi Ud. lo estirna conveniente

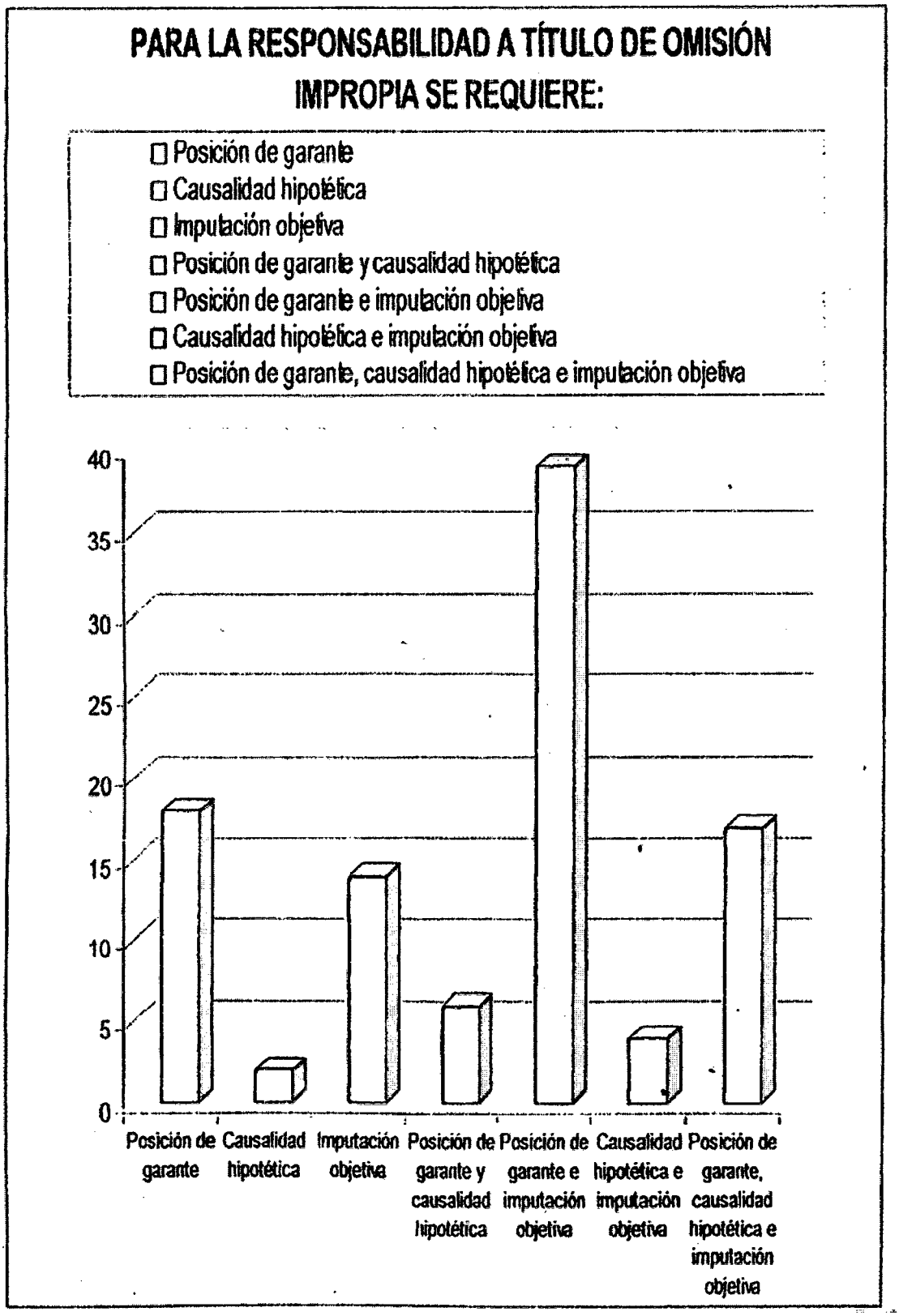
La posicion de garante ( )
La causalidad hipotetica ( )
La imputacion objetiva ( )

CUADRO N° 01

CRITERIOS	NUMERO	PORCENTAJE
Posicion de garante	18	18%
Causalidad hipotetica	2	2%
Imputacion objetiva	14	14%
Posicion de garante y causalidad hipotetica	6	6%
Posicion de garante e imputacion objetiva	39	39%
Causalidad hipotetica e imputacion 0bjetiva	4	4%
Posicion de garante, causalidad hipotetica e ini putacion objetiva	17 *	17%

GRÁFICO N° 01

FUENTE: ENCUESTA PROPIA



ANALISIS

El 39% cle los encuestados consideran que son a traves de la posicion de garante y la imputacion objetiva los criterios necesarios para establecer la responsabilidad juridica - penal a titulo de omision impropia.

Ello se debe, segun los encuestados, a la exigencia del Codigo Penal, puesto que, el sujeto ha tenido que deteniar el deber juridico de evitar el resultado, y al no haberlo hecho, consideran los encuestados, se les debera imputar el resultado acaecido al omitente.

Esta mixtura entre la posicion de garante con la imputacion objetiva en la omision impropia, se justifica porque la actual tendencia es a la normativizacion de las categorias juridico - penales; en donde, se debe tomar como punto de parlida la situacion concreta, asi como, los conocimientos del autor, excluyendose cursos causales hipoteticos, sino centrandose en la conducta del autor individual en una situacion historica muy concreta.

Esto es coherente con la posicion de nuestra Corte Suprema, dado que, en las jurisprudencias analizadas en el anterior capitulo, para atribuir a una persona un resultado, via omision, se requiere en primer lugar que detente una obligacion juridica (de proteccion o vigilancia) del bien juridico, y, en segundo lugar, las reglas de imputacion objetiva a fin de establecer si, por la omision, se aumento el riesgo de afeccion para el bien juridico.

Frente a ello, nuestra posicion es que, solamente se requiere del juicio de imputacion (objetiva, subjetiva y personal) para establecer la responsabilidad de un hecho a una persona; no requiriendose de un elemento especial, exclusive y excluyente, para la estructura de la omision impropia, como es la posicion de garante, porque ello no permitirfa ni la equivalencia (propugnada por los partidarios del deber de garantia) ni menos aun la identidad entre la omision impropia con la comision.

Y en el caso de la configuracion de un determinado tipo penal, se debera partir en la distinction de delitos de dominio o de competencia por organizacion con los delitos de infraccion de un deber o de competencia institucional, dado que, ello responde a una verdadera normativizacion de las conductas: roles *que* en un Estado de Derecho se le atribuyen a las personas (entendidas como sujetos libres) y que form an parte, implfcitamente, del contenido de un concreto tipo penal.

En ese orden de ideas, el juicio de imputacion, gira entorno a esos roles, los conocimientos del autor, asi como, en materia de los delitos de dominio, a la presencia de un riesgo prohibido y su realizacion, material, en la afeccion de un bien juridico, y en el caso de los delitos de infraccion de un deber, el incumplimiento de su rol institucional que no permitio mantener una situacion favorable para el bien juridico. Adherir a este marco, la posicion de garante,

implica no querer alejamos totalmente de figuras elaboradas por corrientes cuyo piano de estudio era el ontologico o el naturalists.

- **PREGUNTA N° 02**

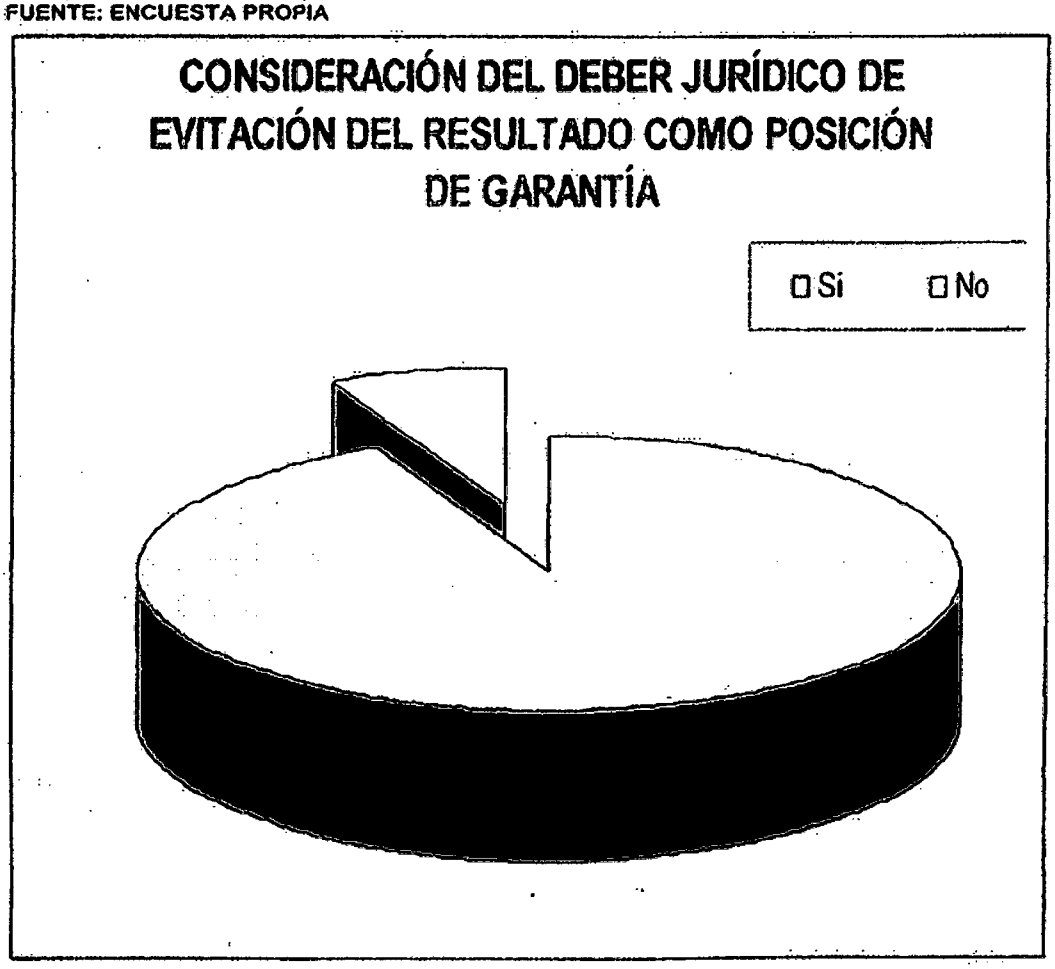
  ¿Cuando el artículo 13° del Código Penal menciona que el omitente tiene el deber jurídico de impedir el resultado, está haciendo referencia a la posición de garante?

CUADRO N° 02

CRITERIOS	NÚMERO	PORCENTAJE
Si	93	93%
No	7	7%

GRÁFICO N° 02

FUENTE: ENCUESTA PROPIA



ANALISIS

El 93% de los encuestados consideran que el deber juridico de impedir el resultado es aquella position de garante que se le exige al sujeto responsible a titulo de omision impropia.

Y esto permite fundamentar posiciones como el de Ivan Meini, quien considera que en los casos de no evitacion del resultado por el garante si es necesario acudir a la clausula del art. 13 CP, pues en la inedida en que estos comportamJentos omisivos no se desprenden directamente de los tipos de la parte especial, o lo que es lo mismo, no son identicos a los tipos de la parte especial, se hace necesario invocar el art. 13 CP para otorgarles relevancia tfpica y recien, entonces, se puede decir que, sin llegar a ser iguales, se corresponden con un tipo de la parte especial. Recordemos que, para Meini, la omision impropia solo puede o crear un riesgo o aumentarlo. De esto se desprende que no puede haber comision por omision, al menos no segun el contenido que en este trabajo le otorga Meini a tal locution, cuando el comportamiento omisivo es posterior a la creation o incremento del riesgo.

Asi, por ejemplo, en el analisis de la imputacion objetiva en los delitos de infraction de un deber, basta que el sujeto incumpla con su rol especial, para afirmar la presencia de una conducta tipica, aun a posteriori del establecimiento de una situation de peligro para el bien juridico. La imputacion del comportamiento en los delitos de infraccion de un deber tiene lugar solamente con la posibilidad del cumplimiento del deber especial, y no, si el comportamiento del sujeto es anterior o posterior al riesgo creado; eso es un momento irrelevante para el Derecho penal, que nos vuelve a situar en un campo naturalistico, esto es, cual fue el determinante lo que no se hizo antes o lo que no se hizo despues; esto, en los delitos de infraccion de un deber no presenta relevancia alguna.

Y, como los delitos de infraccion de un deber, observando el respectivo tipo penal, pueden configurarse via action o por omision, por lo que, lo indicado en el parrafo anterior, es aplicable sin importar si la persona realizo una prestation positiva o se abstuvo de realizar una determinada, puesto que, lo necesario es la desvinculacion de la persona de su rol especial o institucional. Por tanto, como diria Jakobs, ese deber juridico de evitacion de *un* resultado (por ejemplo, debilitar el status de conservation o mantenimiento del bien juridico), se exigiria tanto en accion como en omision, y no porque asi lo demande la naturaleza del comportamiento, sino por la naturaleza del delito en si (ejemplo el delito de infraccion de un deber o competencia por institution).

- **PREGUNTA N° 03**

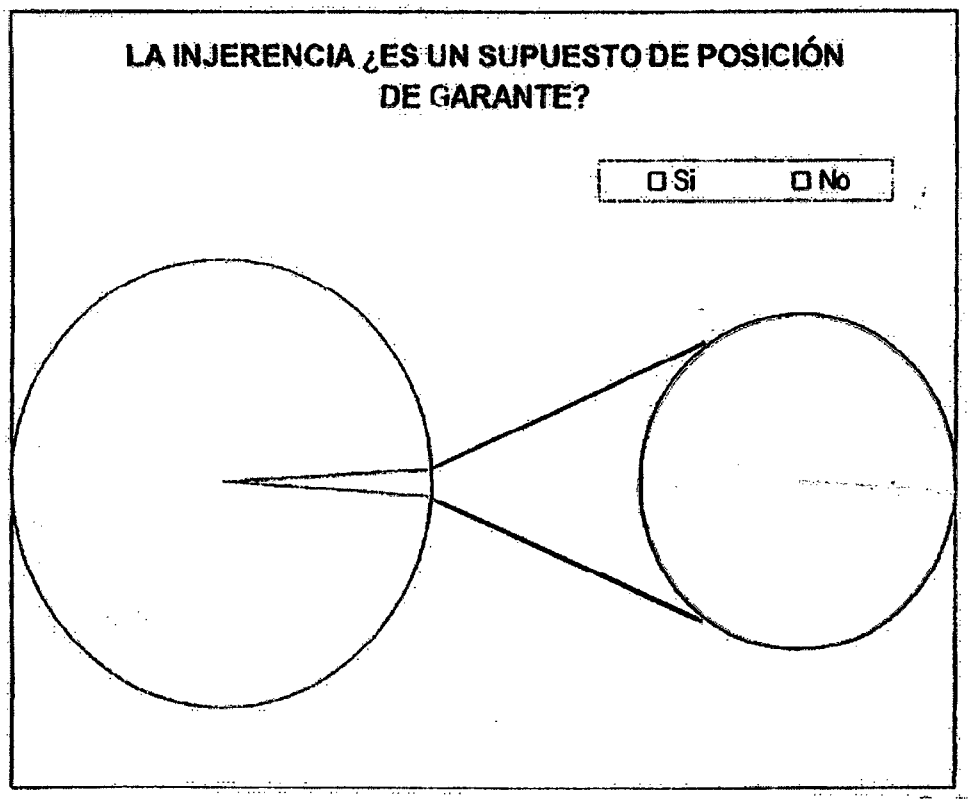
¿Opina Ud. que el supuesto de creación de un peligro inminente y que fuera propio para producirlo (injerencia) previsto en el artículo 13° del Código Penal, es un supuesto que origina la posición de garante?

CUADRO N° 03

CRITERIOS	NÚMERO	PORCENTAJE
Si	98	98%
No	2	2%

GRÁFICO N° 03

FUENTE: ENCUESTA PROPIA



ANALISIS

El 98% de los eneuestados consideran que la injerencia es un supuesto de la posicion de garantia, enmarcado, desde la teoria funcional, como un caso propio del deber de vigifancia de fuentes de peligro para bienes juridicos.

Por lo que, se comprueba lo que se indico anteriormente, que ha sido un error del legislador separar del deber juridico de evitar el resultado a la injerencia, puesto que, si la prirnera denota (como se comprobo en el cuadro anterior) la posicion de garantia, entonces es genero de la injerencia; es decir, entre la posicion de garante y la injerencia hay una relacion de genero a especie. Por lo que, si la intencion del legislador era establecer al deber de garante como el equivalente entre la omision con la accion, entonces, bastaba con indicar a la misma y no, luego, mencionar a una de sus especies, dando a entender que no guardan ninguna relacion.

El otro riesgo es que, el legislador ha comenzado a regular un tema discutido en la doctrina: las fuentes de garantia; y en ese sentido, si el legislador ha comenzado a indicar cuales son las fuentes de este deber, debio de indicar (en la exposicion de motivos) cuales nan sido las razones que justificaron una determinada posicion, asi como, cuales son, tanto el contenido, asi como, el ambito de delimitacion de esta fuente. Y en ese sentido, se advierte una omision de argumentos y justificaciones.

Por otro lado, no se entiende el por que ei legislador solo ha mencionado una fuente de posicion de garante, y ha guardado silencio en la presencia de otros deberes de garantlas. Si comenzo a legislar las fuentes de garantia, lo mas logico era abordar completamente este tema. No obstante, como es polemico el tema de las fuentes de garantia, cada vez mas son las legislaciones que no regulan este topico.

Sin embargo, adoptando el modelo de imputacion de responsabilidad sobre la base de roles, no se excluye a la injerencia, puesto que, una * imputacion del comportamiento puede tener lugar tambien como consecuencia de la infraccion de deberes de salvamento, los cuales surgen por riesgos que ya no se encuentran en el ambito de la organizacion personal. Estos deberes de salvamento pueden tener su fundamento en la introduccion de riesgos especiales en ambitos de organizacion ajenos. En estos casos, no existe un asuncion de los riesgos, sino una conducta precedente especialmente peligrosa (injerencia). Un sector importante de la doctrina penal limita los supuestos de injerencia a los casos de una conducta precedente antijurfdica, pero como afirma Jakobs, existen conductas permitidas que, sin embargo, fundamentan deberes de salvamento. Precisamente, se trata de aquellas conductas que el

ordenamiento juridico solamente*las tolera porque llevan consigo deberes de salvamento. En ese sentido, el incumplimiento de tales deberes frente a riesgos especiales constituye una forma de infraccion del rol general de ciudadano y justifica, por tanto, la imputacion del comportamiento.

- **PREGUNTA N° 04**

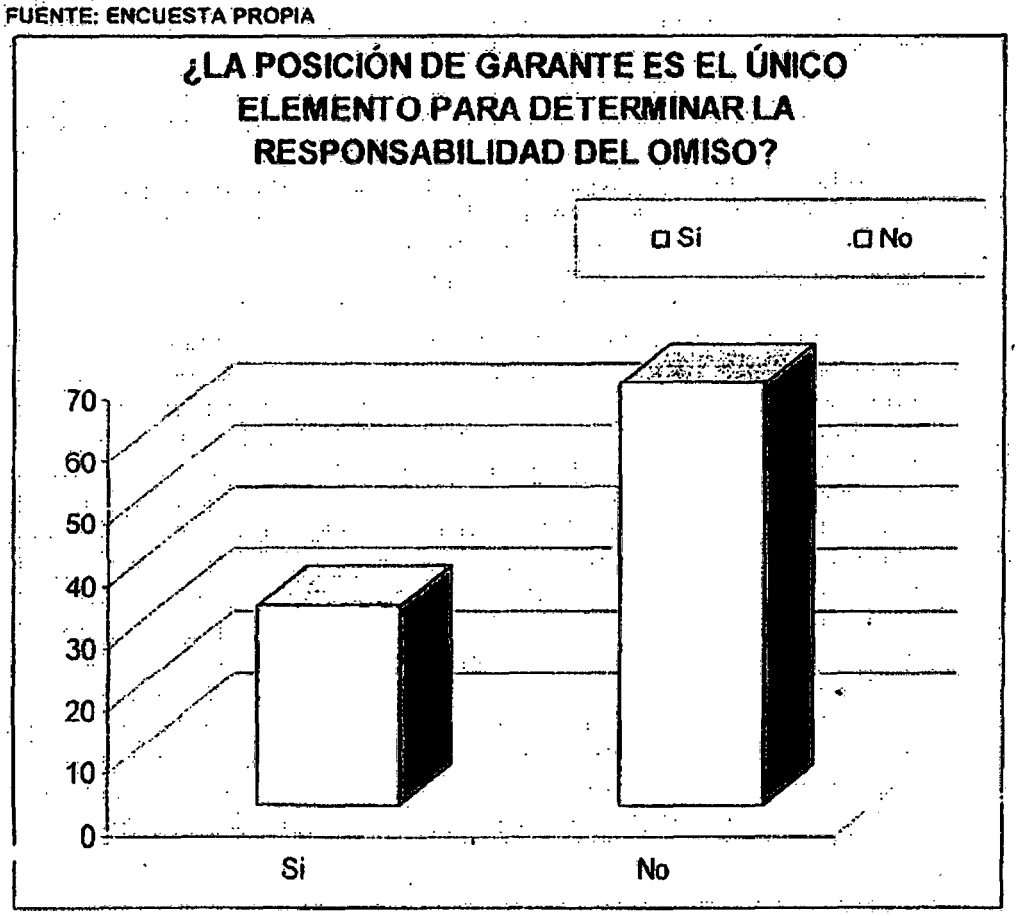
  ¿Considera Ud. que es suficiente con la posición de garante para justificar la responsabilidad penal por omisión?

CUADRO N° 04

CRITERIOS	NÚMERO	PORCENTAJE
Si	32	32%
No	68	68%

GRÁFICO N° 04

FUENTE: ENCUESTA PROPIA



ANALISIS

El 68% de los encuestados consideran que no es suficiente con la posicion cie garante para fundamentar la responsabllidad penal para el omitente; por lo que, se debera establecer ei verdadero valor de esta figura; es *deck,* luego de considerar a la posicion de garante como un elemento de caracter absoluto y exclusivo de la omision impropia, ahora su valor se le ha refatlvizado: es una condicion necesaria pero no suficiente.

Este cambio de paradigma concuerda con la presente investigacion, esto es, el de no considerar a la posicion de garante como un elemento especial, exclusivo y excluyente, de caracter absoluto, sino que, en un modelo de imputacion sobre la base de roles, tanto en la accion como en la omision, estan presentes roles y/o deberes, que permitinan afirmar que la persona, a efectos del Derecho penal, tiene una posicion de garante.

Esta ultima afirmacion no parte de la distincidn naturalistica entre accion y omision, sino en la taxonomia (de naturaleza normatlva) de ios delitos: (a) de competencia por organization; (b) de competencia institucional, los cuales, se erigen sobre la base, o bien de un deber generico o negative o bien, de *un* deber especi'fico o positive

Pero, aun con la afirmacion de que, en un ultimo sentido, la calidad de garante esta presente on ambos delitos, la mlsma no es suficiente (dado que, se caeria en un modelo autoritario, ajeno a las garantias propias de un Estado social y democratico de derecho), sino que se necesita la imputacion (objetiva, subjetiva y personal) del hecho a una persona (entendida como un ser libre). Y esto es claramente aceptada por la mayoria de los encuestados.

- **PREGUNTA N° 05**

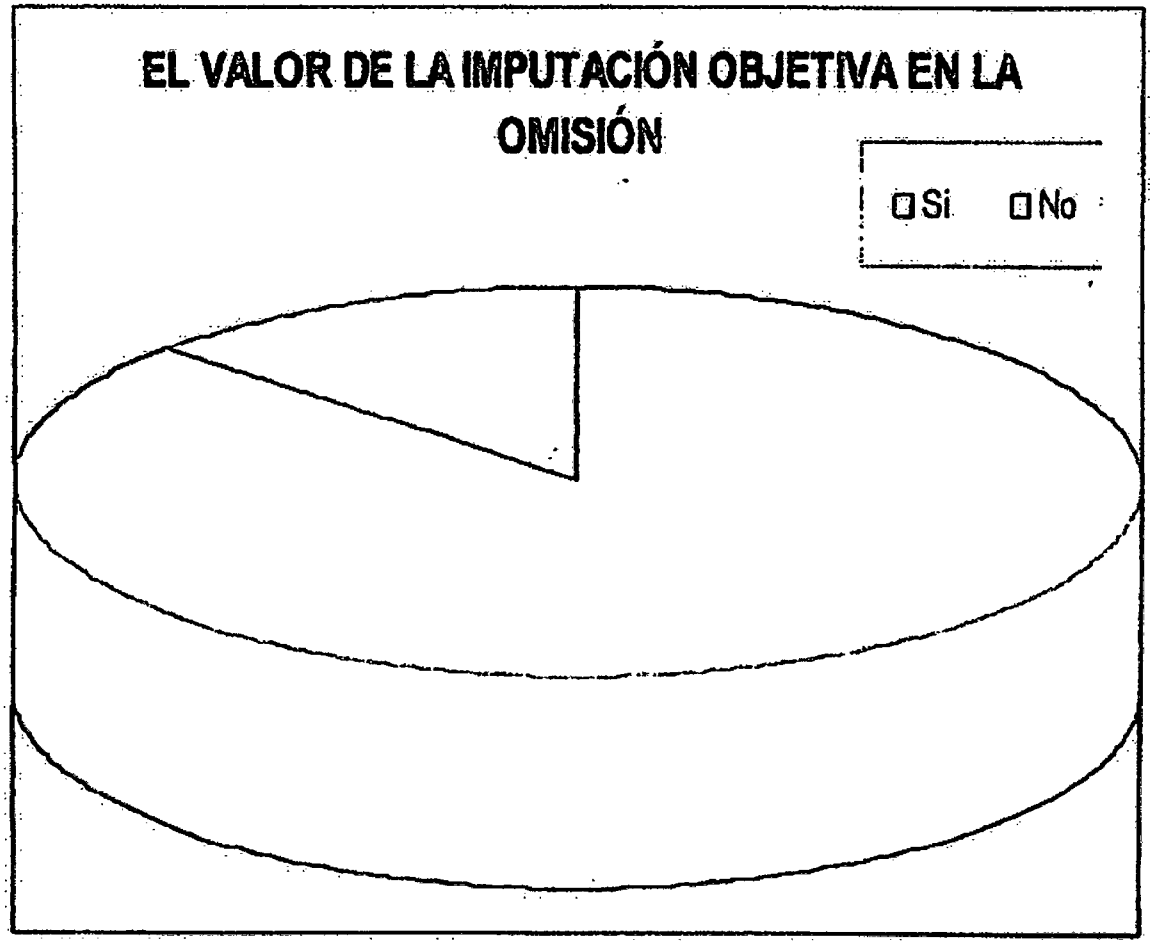
¿Opina Ud. que la imputación objetiva presenta una mejor gama de criterios para establecer si una omisión corresponde a la realización de un tipo penal de acción?

CUADRO N° 05

CRITERIOS	NÚMERO	PORCENTAJE
Si	87	87%
No	13	13%

GRÁFICO N° 05

FUENTE: ENCUESTA PROPIA



ANALISIS

El 87% de los encuestados consideran que la imputacion objetiva presenta un adecuado conjunlo de criterios normativos - valorativos que permitiran afirmar la identidad estructural entre la omision con la accion.

Y esto es concordante con la vision del injusto penal, la cual, postula que el injusto no puede ser caracterizado mediante categorias como la de la causalidad o la finalidad (el no es causalmente necesario o causado de manera final, como por ejemplo en la omision). Y tambien, donde se presentan estas estructuras, les falta relacion con el Derecho penal, de manera que no sirven para caracterizar lo que de una accion tipica es penalmente relevante.

Mas bien, desde el punto de vista de un sistema funcional de Derecho penal, el injusto de la imprudencia y de la omision es el resultado de una imputacion segun parametros juridicos. Luego, los problemas esbozados tanto de la teoria causal como final de la accion carecen de objeto desde principio.

Pero las diferencias de las concepciones sistematicas trascienden mas: cuando se concibe la accion tipica como realizacion de un riesgo no permitido, se deriva el acontecimiento penalmente relevante de la tarea del Derecho penal de evitar los riesgos socio - politicamente intolerables para el particular y la sociedad.

La idea de riesgo va - como se sabe - mas alia de la dogmatica penal y toca problemas fundamentals de la sociedad moderna y de su control. Su elaboracion dogmatica posibilita y exige la inclusion de planteamientos politico - criminales y empiricos, y conduce a la dogmatica, encerrada por las viejas concepciones sistematicas en su estructura conceptual, hacia una apertura a la realidad.

Esto es recogido por la moderna teoria de la imputacion objetiva, que establece, en el caso de los delitos de dominio: (1) la creacion de un riesgo prohibido, que posibilita la imputacion del comportamiento (y fundamenta la punibilidad, por ejemplo, en los delitos de mera actividad, de peligro, en la tentativa), y, (2) la realizacion del riesgo en el resultado., que posibilita la imputacion del resultado (la cual, fundamenta la punibilidad, por ejemplo, de los delitos de lesion).

En lo que respecta a los delitos de infraccion de un deber, los elementos de la imputacion objetiva son los mismos: se requiere de una imputacion del comportamiento y de una realizacion del resultado. No obstante, hay que precisar que el contenido de cada uno de estos aspectos no coincide con los desarrollados en los delitos de dominio. En los delitos tie infraccion de un deber, la imputacion del comportamiento se determina por la infraccion de un deber especifico, mientras que la realizacion del resultado no se aprecia como la realizacion del riesgo prohibido, sino como una forma de configuracion de la sociedad que el vinculado inslitucional debio haber evitado.

- **PREGUNTA N° 06**

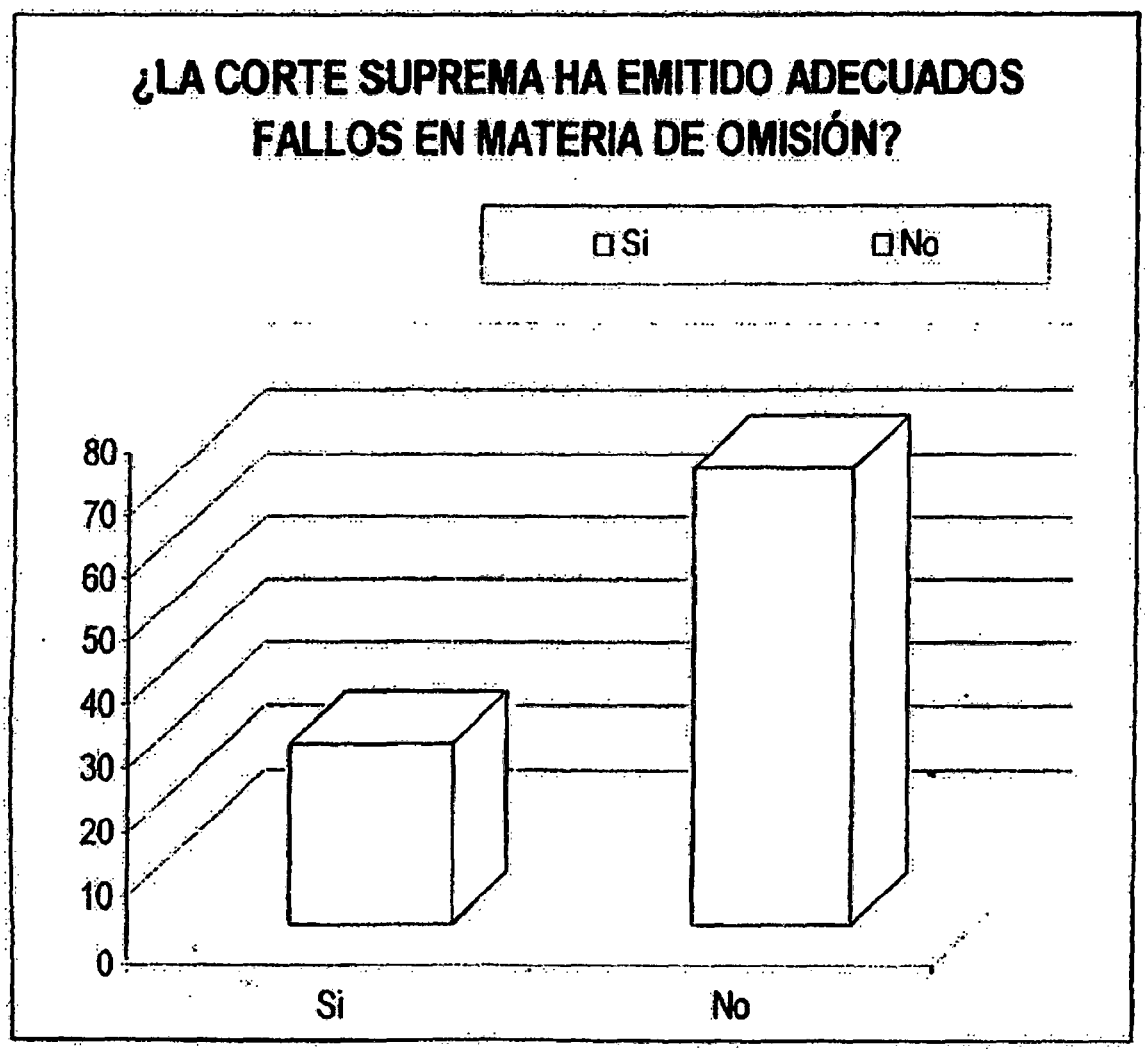
¿Estima Ud. que los fallos emitidos por la Corte Suprema sobre la omisión impropia se han basado en criterios lógicos y normativos adecuados?

CUADRO N° 06

CRITERIOS	NÚMERO	PORCENTAJE
Si	28	28%
No	72	72%

GRÁFICO N° 06

FUENTE: ENCUESTA PROPIA



ANALISIS

El 72% de los encuestados consideran que los fallos emitidos por la Corte Suprema en materia de omision impropia Man sido inadecuados. Y ello es concordante con el analisis de las jurisprudencias, realizado en e! capftulo anterior, tanto en materia de omision impropia, como en lo referente a la imputacion objetiva. Y asi, en lo que respecta a la omision impropia, los fallos inadecuados han girado entorno: (a) a la equiparacion entre causalidad hipotetica con la imputacion objetiva; (b) la posicion de garante como fundamento de ia autorfa en la omision impropia; y, (c) la *culpa in vigilando* como fundamento de la responsabiiidad juridico - penal del omitente.

En lo que respecta al primer punto, afirmar que, si hipoteticamente la conducta omitida, con una seguridad rayana a la certeza, hubiese evitado el resultado, implica, *por se,* afirmar por un lado que la conducta es causal del resultado, y por otro lado, imputar objetivamente el resultado al omitente, conllevaria a confundir los presupuestos de una categoria ontologica (como la relacion de causalidad) con una normativa (la imputacion objetiva). En efeclo, la relacion de causalidad implica un nexo logico, en el piano del ser, entre la conducta y el resultado. En cambio, la imputacion objetiva denota una atribucion normativa - valorativa, en primer lugar del caracter tipico de la conducta, y en segundo lugar, el resultado como obra del sujeto active Por lo que, tanto la causalidad como la imputacion objetiva requieren presupuestos diferentes, que *no* pueden ser confundidos. Lo afirmado tambien puede ser aplicado a la causalidad hipotetica, puesto que, aun si su naturaleza es especial o sui generis, su finalidad era establecer un nexo ontico entre la omision con el resultado, por lo que, es totalmente ajeno a la naturaleza de la imputacion objetivo aplicable al tipo objetivo de las categorias dogmaticas: lesion / peligro; mera actividaJ / resultado; tentativa / consumacion; autoria / participacion: conductas vinculantes /conductas neutrales, etc.

Asimismo, en lo que respecta al segundo punto, es manlener una perspectiva ontologica, el afirmar que, la omision es diferente a la accion en el piano del ser, y que, por ende, estructuralmente (en sede del tipo) tambien son distintos; y ello porque la omision impropia es un delito especial, porq'ue autor solamente puede ser garante. Frente a ello, nuestra posicion es totalmente opuesta a esta; y ello porque (1) no cabe diferenciar, en el mundo del ser, acciones con omisiones, porque ontologicamente solo se dan actividades positivas; (2) la expresion *omision* denota una valoracion, la cual, es relevante para el Derecho penal, cuando se da a nivel del tipo; (3) el contenido de un tipo penal puede denotar que su configuration se de o solamente por accion, o bien, por omision; aunque tambien puede implicar que tanto por accion como por omision, el mismo puede ser configurado; (4) que la omision no presenta, *per se,* un autor especial, porque la determination del autor se da a traves de lo expresado en el tipo penal.

Por ende, nuestra posicion es normativa -valorativa, que respecta el principle) de legalidad, al cenirnos, exclusivamente, en el tipo penal.

El (ercer punto, nuestra divergencia es mayor, porque en un sistema penal funcional, la responsabiiidad no surge por la falta de vigilancia; afirmar lo contrario, implicarfa desconocer la naturaleza de la persona, como ser libre y cietentador de roles.

- **PREGUNTA N° 07**

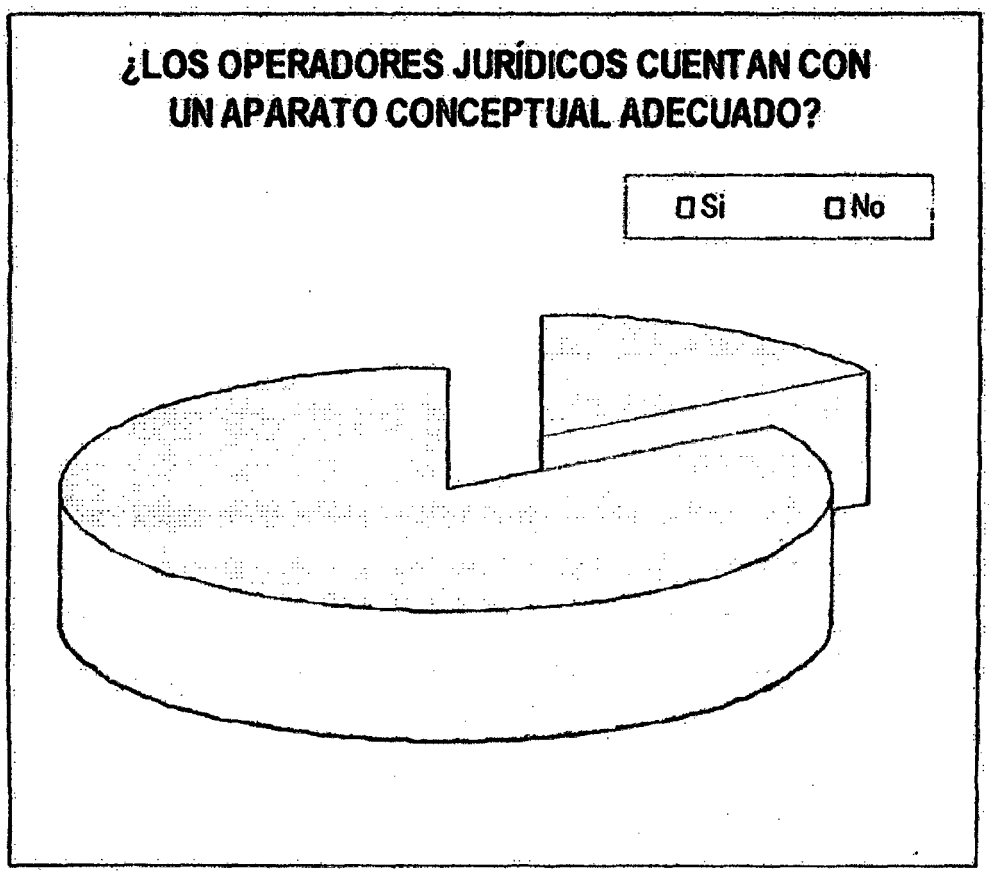
  ¿Considera Ud. que los operadores jurídicos cuentan con el aparato conceptual necesario para el análisis de la omisión impropia?

CUADRO N° 07

CRITERIOS	NÚMERO	PORCENTAJE
Si	16	16%
No	84	84%

GRÁFICO N° 07

FUENTE: ENCUESTA PROPIA



ANALISIS

El 84% de los encuestados consideran que los operadores juridicos no cuentan con un marco conceptual adecuado, para el analisis do la omision impropla. Y ello es, obviamente, una de las causas principales porque se han estado dictando fallos inadecuados por parte de nuestro sistema judicial.

Y ello se explica, porque, mayoritariamente, las investigaciones juridicas se centran en determinados topicos (ej.: las medidas alternativas a la pena privativa de libertad, los criterios de oportunidad, etc.), descuidandose otras materias igualmente importantes (ej.: la omision, la responsabilidad penal por productos defectuosos, la imputacion objetiva, subjetiva y personal, etc.).

Inclusive, el tema materia de la presente investigacion, hasta e! m omen to en que la misma se esta redactando, no ha sido objeto de alguna tesis tanto de pre, como de post grado; y ello lo revela los antecedentes investigativos que en el primer capitulo se han especificado. Solo se tiene informacion de la tesis Jose Caro, titulada "Imputacion Objetiva" y de Paredes Vargas, titulada "Imputacion Objetiva en el Derecho Penal", sustentadas ambas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Sin embargo, solamente dos investigaciones referidas a la imputacion objetiva no son suficienles (sin mencionar la falta de estudios relacionados con la omision); lo que conlleva a afirmar que, en nuestro medio, los operadores juridicos no cuentan con un marco conceptual adecuado para el tema de la imputacion objetiva en la omision impropia; por lo que, solo les cabe recurrir a los manuales y tratados preferentemente de autores extranjeros, conllevando esto dos riesgos: (1) el contar con los recursos para la adquisicion de estos materiales; y, (2) el realizar los respectivos distingos en el estudio de los mismos, debido que, los autores, en principio, han aplicado sus teorias en el marco del Derecho positivo de su pais.

- **PREGUNTA N° 08**

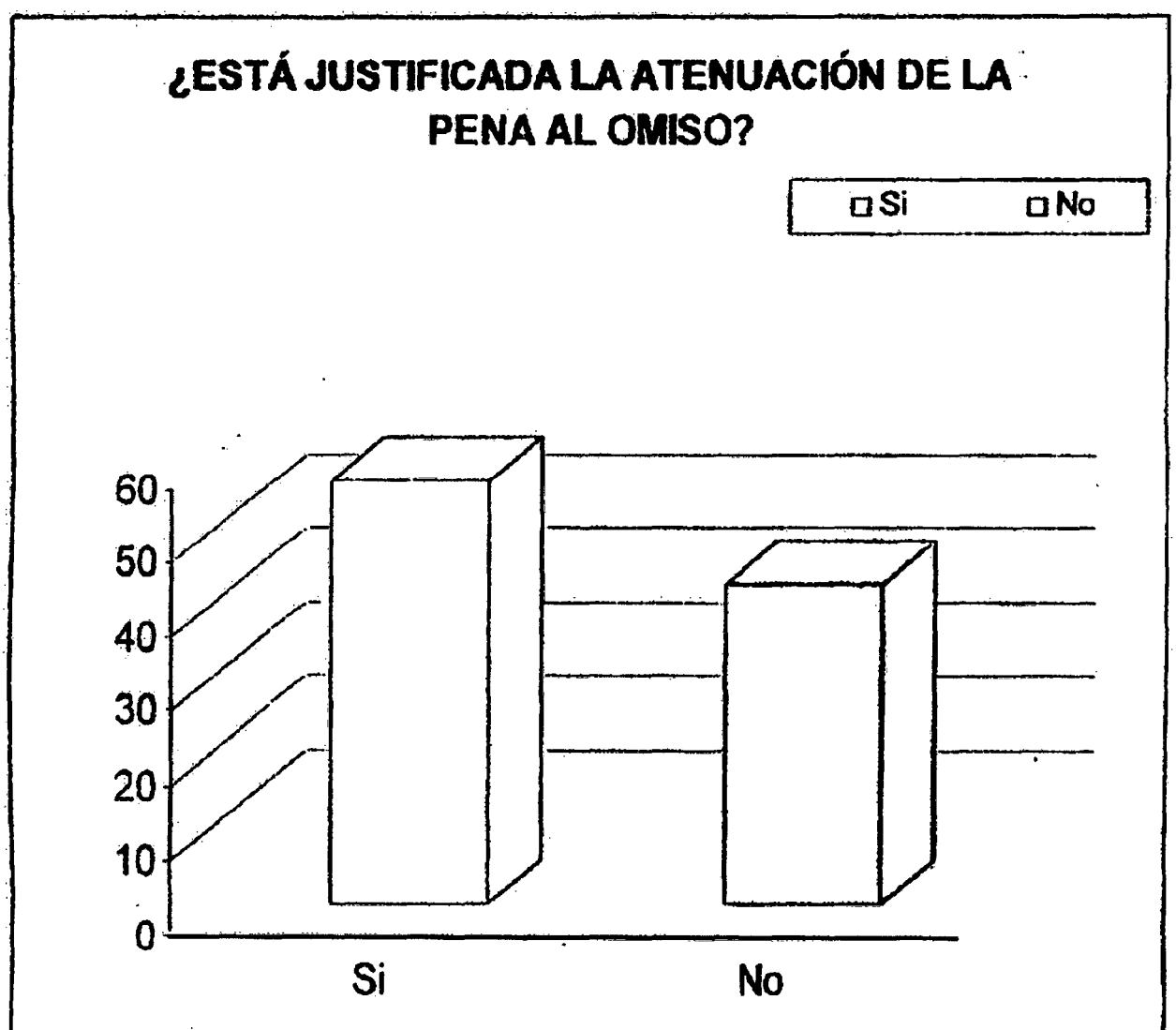
¿Considera Ud. que está justificada la atenuación facultativa al omiso, establecido en el artículo 13° del Código Penal?

CUADRO N° 08

CRITERIOS	NÚMERO	PORCENTAJE
Si	57	57%
No	43	43%

GRÁFICO N° 08

FUENTE: ENCUESTA PROPIA



ANALISIS

Probablemente el tenia cie la atenuacion facuftativa de la pena al omiso sea uno de los temas mas discutidos (y ello es natural, siempre en materia de *quantum de la pena,* las voces se dividen).

En ese sentido, el 57% de los encuestados consideran que si esta justificada la atenuacion cie la pena al omiso, y ello se debe, a la, aparente, menor gravedad que presenta la omision frente a la accion; esto es, que valorativamente, no es igual abstenerse de algo que realizar algo, en perjuicio del bien jundico; lo primero, denotarfa una mayor inrensidad y danosidad social.

Esta postura mayoritaria guarda relacion con aquellas tendencias que afirman que la no evitacion de la lesion del bien jundico seria menos grave que su produccion a traves de un comportamiento activo; que la energia delictiva o criminal en las omisioner. puede ser inferior que en los comportamientos activos (mientras que en la comision la voluntad se dirige a la consecucion del resultado, en la omision se deja que este devenga); que la culpabilidad del sujeto en la omision puede ser menor a fa que presenta cuando delinque activamente, pues, por ejemplo, la lesion de un deber de actuar no es por lo general tan grave como la lesion de una prohibicion de actuar.

Por otro lado, la posicion minoritaria (y solamente tiene ese status por un margen de \A puntos) se basa en la identidad entre la accion con la omision (por ejemplo, segun los encuestados, por el efecto que genera: la afeccion a un bien jundico), por lo que, no debe proceder atenuacion alguna de la pena.

Frente a ello, nuestra posicion ha sido que, tal atenuacion no debe proceder (ni siquiera legislativamente), dado que, la relacion que existe entre el comportamiento omisivo al que se le imputa el resultado y el resultado imputado tiene identico fundamento e igual desvalor que los que corresponderian a la produccion de ese mismo resultado mediante un comportamiento activo.

En efecto, si se considera que en el piano normative el modelo de imputacidn de responsabilidad jundico ~ penal se da sobre la base de roles, entonces es irrefevante inquirir si un concrete rol se inobservo por accion o por omision, puesto que, ambas tiene;) la misma eficacia perturbadora: el quebrantamiento de los roles o deberes o'e la persona; por lo que, entre ambas no hay una mera equivalencia, sino una identidad. Y en ese sentido, no cabe justificar la atenuacion facultativa a la pena del omiso.

B) FICHAS DE ESTUDIO DOCUMENTAL

Como se indico al inicio de este capitulo, aparte de encuestar, se han analizado una serie de sentencias expedidas por la Corte Suprema con relacion al tema que nos ocupa. Los datos fueron evacuados a esta ficha de estudio documental

(ver Anexo IV) y analizados. Sin embargo, todo el analisis respectivo ha sido presentado en el capitulo anterior, esto es, en el item que

corresponde al estudio de la jurisprudencia emitida por nuestra Cone Suprema, por lo que, para evitar repitencia, nos remitimos a lo senalado en el item correspondiente.[398]

3.4.2 COMPROBACION DE LA HIPOTESIS

A lo largo de la investigacion, y tomando en cuenta lo comentado por la doctrina especializada, lo regulado en el Derecho positivo (tanto nacional como internacional), lo pronunciado por nuestra Corte Suprema, y lo opinado por nuestros encuestados, nos permite afirmar que, antes de ingresar al analisis de la omision, se debe, partir de la distinction, entre el mundo del ser con el de las valoraciones.

En ese sentido, solo en el piano del ser (ontologico) se dan actividades positivas, es decir, acciones, dado que, sensorialmente no se pueden percibir omisiones. Mas bien, el calificativo de "omision" nace y se desarrolla en el piano de las valoraciones, es decir, una accion realizada, puede generar en el observador, la *valoracion* de que la persona *omitio* algo; es el sentido que se le da a lo realizado por el sujeto.

Y si queda aceptada que la omision se da, unicamente, en el piano de la valoracion, implica que, la omision penalmente relevante sera aquella, por la cual, el juicio de valoracion ocurre en sede de la norma penal. Es decir. la ubicacion de la omision, desde lo que le interesa al sistema penal, no esta en el ser, sino en el tipo penal.

Frente a ello, el operador jundico, cuando trabaje con el especifico tipo penal, necesitara de criterios o indicadores, para determinar si la persona omitio o no una determinada prestacion (a favor del mantenimiento de un bien juridico o expectativa propia de la identidad normativa de la sociedad).

Consideramos que, estos criterios son los brindados por la teoria de la imputacion, la cual, presenta como vertientes a la imputacion objetiva, subjetiva y personal. Sin embargo, como la base del estudio de la omision lo hallamos en el tipo, y como tal estudio se inicie en el dspecto objetivo del tipo, es menester solamente basarnos en la imputacion objetiva (pero, dejando asentado que, ademas, debera ser aplicado las reglas de la imputacion subjetiva y personal).

El no tomar en cuenta a la imputacion objetiva, conllevara a posiciones sesgadas que busquen en categorias ontologicas (dicotomia entre a y no - a, nexo causal, posicion de garante, etc.), el asiento para el anajisis de la omision (cuando la misma es una categoria normativa que se valora en sede del tipo penal respectivo). Y este riesgo se ve latente en los pronunciamientos emitidos por la Corte Suprema, los cuales, como se nan visto anteriormente, no han podido

aprehender la naturaleza tanto de la omision impropia, asi como, de la imputacion objetiva.

Lo sehalado, permite afirmar que se ha comprobado las hipotesis que en la presente investigation se han formulado:

- **HIPOTESIS PRINCIPAL**

"La imputacion objetiva presenta los criterios materiales mas adecuados que permiten establecer si una omision corresponde a la realizacion del tipo penal de accion, coadyuvando al dictado de pronunciamientos jurisdiccionales con fundamentaciones logicos -normativos".
Se comprueba, por un lado, en la racionalidad y utilidad que brinda un modelo de imputacion de responsabilidad basado en roles, el cual, no distingue los delitos desde una perspectiva naturalista: accion / omision, sino normativa: competencia por organizacion / competencia institucional. Y por otro lado, por la misma exigencia de nuestros operadores juridicos, los cuales, afirman que, para el dictado de pronunciamientos razonables, requieren de criterios normativos - valorativos que aprehendan la naturaleza de la determinacion de una conducta como tipica (imputacion del comportamiento), asi como, la atribucion de un resultado a su autor (imputacion del resultado).

- **HIPOTESIS SECUNDARIA N°, 01**

"El porcentaje de sentencias que, adecuadamente, han fallado en causas relativas a la presencia de omision impropia en la Corte Suprema de Justicia del Peru durante el periodo 1997 - 2005 es minimo".
Se comprueba, a traves del analisis realizado a la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de omision impropia y de imputacion objetiva, en donde se advierte la falta de una argumentacion clara, coherente y valida, que supere el juicio de logicidad; sino que, por el contrario, se aprecia la presencia de formulas genericas y carentes de contenido y utilidad, afectando los pilares del Estado de derecho, el cual, exige pronunciamientos acorde a Derecho.

HIPOTESIS SECUNDARIA N°.. 02

"Mediante criterios materiales propios de la imputacion objetiva se podra determinar si la no realizacion de una determinada conducta pudo o no disminuir o desaparecer el riesgo al bien juridico, de esta manera se facilitara la administracion de justicia en los casos de comision por omision"
Se comprueba, a traves por la misma eficacia que la moderna teorfa de la imputacion objetiva ha brindado (y ha sido aceptada mayoritariamente por la doctrina), esto es, la afirmacion, desde un piano normativo, que una persona

puede crear.un riesgo prohibido o aumentar uno ya existente, tanto por accion, como por omision (si se partia de un piano naturalista, no se podia afirmar esto, dado que, la omision *perse* no crea nada); siendo de gran utilidad en la labor de los operadores juridicos.

CONCLUSIONES

1. Segun los clatos obtenidos del trabajo de campo, asi como, de las corrientes doctrinales estudiadas, se tiene que, es la imputacion objetiva la que presenta una mejor gama de criterios normativos para establecer si una omision corresponde a la realization de un tipo penal de comision; de esta manera, se ha comprobado la hipotesis de trabajo planteada en la presente investigation.

2. En lo que respecta al trabajo de campo, ei 72% de los encuestados estiman que los fallos emitidos por la Corte Suprema sobre la omision impropia no se nan basado en criterios logicos y normativos adecuados. como puede ser la correcta aplicacion de criterios de la imputacion objetiva. Y esto se corresponde con el 84% de los encuestados que consideran que los operadores juridicos no cuentan con el aparato conceptual necesario para el analisis de la omision impropia.

3. En lo que se refiere a las doctrinas investigadas en materia de omision, las mismas dividen sus opiniones sobre la base del metodo de estudio de las categorias juridico - penales; asi tenemos: Ontologicismo y el Normativismo. Y el estudio pormenorizado de estas coadyuvo a clarificar, por un lado, la naturaleza de la omision, y por otro lado, el probiema de investigation: la determination de los criterios materiales adecuados para el analisis jurisprudential de la omision.

4. Lo ontologico es lo referente al conocimiento del ser y que no puede confundirse con lo factico o lo real. Los entes pueden ser reales o ideales. La consideration por parte del Derecho de la realidad, objeto de su regulation, no implica, por si misma, la vinculacion del mismo a estructuras logico - objetivas. En carnbio, el normativismo establece la necesidad de que el Derecho Penal trabaje con conceptos normativos y abandone definitivamente los criterios ontologicos, lo cual encontrara su aplicacion dentro de cada una de las categorias del delito.

5. Desde una perspectiva ontologica o naturalista, la omision es aquella modalidad del cornportamiento humano (diferente a la action, en un relation de a y no - a) que consiste en un no hacer (intransitivo) o un no hacer algo (transitive), la cual, a merito de un nexo de causalidad hipotetica, es la causa, por la cual, el resultado no se evito, sino que, por el contrario, se realizo, debiendose

responsabilizar a la persona porque tenia el deber juridico o position de garante (ya sea que la ley o el contrato lo establezca, o bien, por su relation frejite al bien juridico) de .evitar el resultado. Este tipo de tendencia conduciria a justificar la mera equivalencia o correspondencia de la omision con la action, dado que, al ser estructuralmente diferentes, solo cabria una semejanza entre estas, en aras de la punibilidad de fa omision impropia y el respeto al principio de (egalidad,

6. Desde una perspectiva normativista, la omision no se presenta en el piano del ser, por lo que, no cabe diferenciarlo con la action, sino que,la omision es una valoracion realizada al comportamiento del sujeto con relation a lo descrito en el tipo penal, cuyo contenido delimita el juicio de imputacion objetiva del comportamiento, asi como, del resultado tipico, sin la necesidad de exigir un elemento especial, exclusivo y excluyente, como la position de garante. Este tipo de tendencia justificaria el argumento que, entre action y omision puede darse una identidad a nivel de un determinado tipo penal.

7. Doctrinalmente, es preferible la perspectiva normativista, dado que, la omision (reievante para el sistema penal) es el resultado de una valoracion normativa cuyo referente es el material factico en el proceso de adscripcion a un determinado tipo penal. En efecto, en el piano del ser solamente hay actividades positivas, la affirmation de que *algo* se omitio es una valoracion que un tercero realizo del obrar de una persona; tomando, para ello, el tercero un punto de referenda.

8. La omision, en el marco del Derecho penal, debe ser entendida como la abstention tipica de una prestation positiva encaminada, o bien, al cumplimiento de su deber negativo: la revocation de los efectos danosos que su ambito de organization ha originado a esferas de organization ajenas, o bien, al cumplimiento de su.deber positivo: la prestation a un circulo de organization ajeno su apoyo; defraudando expectativas normativas recogidas en un determinado tipo penal.

9. Mediante la referenda a roles, asi como, por el ambito de regulation del tipo penal, la omision presentaria una identidad con la comision, la cual, para su relevancia tipica requiere de los mismos elementos. En surna, lo reievante no es delerminar si fue la action o la omision lo que configuro el tipo penal, sino una imputacion de responsabilidad sobre la base de roles (los cuales, implicitamente, forman parte del contenido de un determinado tipo penal)

10. La responsabilidad penal no puede ser distinguida sobre la base de la apariencia externa de la conducta (si el sujeto realizo una action, o bien, una omision); por el contrario, se requiere de una razon normativa, y es precisamente dentro de la teoria de la imputation objetiva en donde se lleva a cabo la determination de una

conducta tipica y segun el tipo penal, la materialization de un resultado. Y para ello, se debera distinguir entre delitos producidos por la creation o administration de un riesgo comun (delitos derivados del status general de ciudadano, el cual, forma parte, implicitamente, del contenido del tipo penal) y aquellos otros que derivan de deberes especiales establecidos por el ordenamiento jurfdico frente a determinado bien (delitos en virtud de una institution, la cual, descansa un rol especifico que, tambien, forma, implicitamente, parte del contenido del tipo penal)*

11. El modelo de imputation sobre la base de roles aqui expuesto, no parte de los presu'puestos metodologicos de Gunther Jakobs. En efecto, si bien se admite que fue este jurista aleman quien introdujo en el analisis jurfdico - penal la figura de los "roles", su punto de partida es la

funcionalizacion de lo que se entiende por persona sobre la base de lo impuesto por el colectivo social; es decir, la sociedad determina quien es o no "persona", y en ese sentido, le impone roles a fin de garantizar las expectativas normativas de la sociedad (intereses aceptados como vitales por la comunEdad, colectivo o sociedad). Frente a ello, consideramos que se puede llegar a formular la importancia, en el analisis jurfdico - penal, de los "roles", pero desde otra perspectiva, diferente a lo de Jakobs,

12. El modelo de imputacion sobre la base de roles aqui expuesta, descansa sobre dos bases: (a) filosofica, y, (b) juridica.

13. La base filosofica del modelo de imputacion sobre la base de roles parte de que el ser humana detenta, por su capacidad racional, una autonomia privada, y po:r su capacidad de razonabilidad, una autonoma politica, las cuales, permiten afirmar que es una persona *"libre"*, (Rawls); pero no sin una referenda a lo social (como lo postulaba Kant), sino ligado a la configuracion de una determinada sociedad (Hegel), por el cual le reconoce (en una relacion dialectica) como libre para participar en aquellos procesos de. relacion intersubjetiva, a fin de materializar sus expectativas, en una realidad social que las personas construyen (Searle).

14. La base filosofica nuestra considera que tanto el Estado y la sociedad y el Derecho, deben de estar al servicio de las personas, entendidas como individuos libres, que aspiran a su autorrealizacion. El Derecho no puede ser un sistema cerrado, que solo garantice sus propias normas.

1.5. Nuestra base filosofica parte, por un lado, de la libertad (entendida valorativamente), y por otro lado, de lo realizado a traves de la conducta humana (el material factico, el mismo que no se equipara con lo "ontologico". Esta

correlacion entre lo valorativo y lo factico llena de contenido al denominado principio de la *"autorrealizacion";* es decir, la persona humana, en tahto *"ser libre" se* comporta, se proyecta, actua, por su propia naturaleza, a la satisfaccion de sus propios intereses, al desarrollo de su libertad, a su realizacion como persona.

16. Ei principio de la autorrealizacion, tambien admite que el ejercicio de libertad puede generar *costes* como, por ejemplo, la afectacion de los intereses de otros sujetos libres (personas) que tambien postulan "autorrealizarse"; y, frente a ello, aparejado a la "autorrealizacion", esta la asuncion "responsabilidad" por ejercicio de la misma.

17. El principio de *"(auto) responsabilidad",* permite respetar a los demas como *"seres libres",* y por ende, toda afectacion a sus esferas de libertad no debe ser permitida. Sin embargo, como determinar tal afectacion. Al respecto, a traves del reconocimiento (en nuestra libertad) de "roles", "normas", "deberes", se podra delimitar cuando una persona es o no responsable; y ello no implica desconocer su "libertad", dado que, es un valor innato en su conducta, dejaria de ser libre cuando no pueda exteriorizarla en ningun sentido.

18. La base jundica del moclelo de imputacion sobre la base de roles aqui expuesta descansa en los lineamientos de nuestra Constitucion Politica del Estado.

19. En primer fugar, porque postula que la persona humana es un "ser iibre", esto es, cuya conducta es ejercicio de libertad, de "autorrealizacion" (art. 2.1 Const.: *Toda persona tiene derecho a su [ibre desarrollo).*

20. En segundo lugar, porque precisa que es la "persona" quien configura a la sociedad, y no a la inversa (art. 1° de la Const.). Y si se pregunta, quien es persona, la respuesta es, aquel que es libre, y lo manifiesta a traves de su conducta, y en forma dialectica, conileva un reconocimiento de los demas (la colectividad) de que todos somos individuos libres; todo esto, en aras de que cada persona tenga la posibilidad de auf.orrealizarse a traves de los procesos de relacion intersubjetiva.

21. En tercer lugar, porque, a pesar de reconocer a la persona como "sujeto libre y base de lo social", le impone "deberes", "roles", los cuales, aparejan "responsabilidades". Asi, el articulo 38° de la Const. Precisa: "Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Peru y de proteger los intereses nacionafes, asi como de respetar, cumplir y defender la Constitucion y el ordenamiento juridico de la Nacion".

22. Filosofica y normativamente, la imposicion de roles o deberes a las personas, pueden tener como punto de partida, entender a la persona como sujeto libre, y como contrapeso a su autorrealizacion esta su responsabilidad, la cual, puede ser delimitada normativamente (sobre la base de deberes y roles).
23. El modelo de imputacion sobre la base de roles es legitimo en un Estado social y democratico de derecho, puesto que, en el mismo se reconoce a toda persona como *ser libre,* que requiere de su realizacion en una sociedad determinada; pero para ello, debe permitir que los demas tambien logren sus autorrealizaciones; por lo que, la Constitucion, permite la imposicion de roles o deberes a las personas, a fin de posibilitar las realizaciones personates en el marco de una sociedad libre y garantista; y esto al ser recogido por el sistema juridico, configura la denominada *identidad normativa de la sociedad.* En ese orden de ideas, estos roles o deberes forman parte, al menos implicitarnente, del contenido de los tipos penales (marcos de expresion de la expectativa defraudada).

24. El modelo de imputacion sobre la base de roles conileva, la necesidad de afirmar que, para la atribucion de consecuencias juridico - penales a una persona, se requiere, ademas, del empleo por parte de los operadores juridicos de criterios normalivos; caso contrario, se puede caer en el error, que lo factico, *per se,* es lo prescriptive Por tanto, en nuestro modelo, los roles constituyen un criterio "necesario", pero no "suficiente" requieren ser complementados con instrumentos normativos - valorativos.

25. Los criterios normativos a que se ha hecho referenda, giran entorno a la idea de "riesgo", esto es, que se valore la conducta de la persona, como el origen de un riesgo juridicamente desaprobado, el cual, puede ser reladonadc con el resultado acaecido. Por tanto, el modelo de imputacion aqui propuesto, emplea criterios socio - normativos. Lo social, a traves de la referenda a los roles que en una realidad social, construida por las personas en ejercicio de su libertad, se le atribuyen a las personas, y de esta forma permitir que cada individuo participe en los procesos de relacion y contactos subjetivas, en aras de su autorrealizaeion. Lo normative, al establecer que el Derecho penal, imputa sus efectos a la persona no solo por un ejercicio de su rol defectuoso en la sociedad, sino porque ello, valorativamente, implica la creadon de un riesgo no tolerado por el ordenamiento juridico.

26. El empleo de criterios socio - normativos se da en el seno de la imputacion juridico -- penal; y en el marco del tipo objetivo, estas herramientas encuentra su campo de aplicacion en la imputacion objetiva.

27. La imputacion objetiva descansa en el principio de autorresponsabilidad y su campo de aplicacion se ve favorecida por el analisis de los roles de las personas

(entendidas como sujetos libres) y el empleo de criterios normativos - valorativos. Por tanto, el quid del asunto no descansa, por un lado, en establecer si fue por accion o por omision lo que origino el resultado lesivo, ni por el otro lado, en buscar una relacion de causalidad entre la conducta y el resultado; sino, por el contrario, en la atribucion de responsabilidad, en la imputacion de las consecuencias danosas (castes) al comportamiento de un sujeto, a como ejercicio su libertad y como el mismo afecto esferas de libertad de otros, y para ello, la verificacion del cumplimiento de roles o deberes es una herramienta de valiosisima ayuda.

28. La imputacion objetiva, tal cual, nosotros la entendemos, no presenta un campo de aplicacion extralimitada, no es la busqueda del quebrantamiento de un rol social, sino de expectativas normativas, recogidas en un tipo penal, el cual, ha sido disehado.por el legislador pensando en que la esfera de libertad de una persona puede afectar la de otros.

29. Al partir de estos presupuestos genera situar el analisis normative- en el concreto tipo penal, entendiendo que, por el ambito de regulacion de un tipo penal determinado (su sentido valorativo), puede el mismo configurarse tanto por accion, como por omision, puesco que, las mismas no presentan una mera equivalencia sino una identica tipica, traducida en la infraction de un rol o deber (generico o especifico). En ese sentido. no es necesario buscar un equivalente del nexo causal en la omision (coma se pretendia a traves de la causalidad hipotetica), puesto que, los criterios de creation de un riesgo prohibido, asi como, ia realization del riesgo en el resultado, propios de la imputacion objetiva, son aplicables tanto a la action, como a la omision, puesto que, el referente no es la presentation externa (naturalista) de la conducta, sino la clase de rol infringido, el cual, es recogido en el tipo penal.

30. Un modelo de imputacion sobre la base de roles implica la elimination de la posicion de garante como elemento especial, exclusivo y excluyente de la omision impropia, la cual, impedia la affirmation de identidad entre la omision con la accion (sino permitia, a lo sumo, su mera equivalencia). Por el contrario, enlender que, tanto en los delitos de competencia por organization, asi como, por competencia institutional, la persona esta sujeta a roles, genericos o especificos respectivamente, permitira afirmar que la calidad de garante o portador de roles o deberes es un elemento comun en la taxonomia de los delitos, conllevando a sustentar la identidad entre accion y omision.

31. La normatividad juridica national regula la omision impropia en el articulo 13° del Codigo Penal, el cual, exige que para la equivalencia de la omision con la accion y la adecuacion de la primera en un tipo penal de hacer, se requiere, o bien, que el sujeto tenga el deber juridico de evitar el resultado, o, si precedentemente ha

realizado una conducta peligrosa (injerencia). En cualquiera de estos casos, procede una atenuacion facultativa de la pena.

32. La redaction del articulo 13° del Codigo Penal en vez de coadyuvar a la solution del probloma de investigation, por el contrario, la agrava, por las siguientes razones: (a) pretende fundar la responsabilidad penal en la figura de la posicion de garante, la cual, ademas de partir de concepciones ontologicas, presenta un contenido difuso y sin consenso doctrinal; (b) ha separado de la posicion de garante la figura de la injerencia, cuando, doctrinalmente, la ultima esta implicada en la primera, a traves de una relation especie - genero; (c) mantienen aquella posicion que ve como irreconcilable la omision con la accion, exigiendo solamente una equivalencia entre ambas, a traves de la posicion de garante que por su naturaleza (elemento especial, exclusivo y excluyente en la omision impropia) en vez de enlazarlos los distingue mas; y, (d) consecuenci;■• de esta diferenciacion es estimar que el injusto penal realizado por omision es menor que el realizado por comision, por lo que, procederia la atenuacion facultativa de la pena.

33. La derogation del articulo 13° del Codigo Penal no implicaria una afectacion al principio de legalidad, puesto que, si s"e admite la identidad entre la accion con la omision en el ambito valorativo o de regulation de un concrete tipo penal, entonces se estaria salvando el, aspecto formal, del principio de legalidad; por otro lado, fundar el sentido de la norma penal en el modelo de imputacion sobre la base de roles (valedero tanto para la accion, asi como, para la omision), permitina respetar el, aspecto material, del principio de legalidad.

34. El problema de la insuficiencia de criterios adecuados en el analisis jurisprudencia de la omision impropia, parte del marco positivo nacional, el cual, no se adscribe a aquella tendencia que considera que la comision por omision se desprende directamente de los tipos de la parte especial que pueden ser realizados tanto en forma activa como pasiva, segun el tipo de rol infringido y el ambito de regulacion del propio tipo penal; deiandose, ademas, la determinacion de la pena a las reglas generales valorados discrecionalmente por el Juez.

35. Frente a esta situacion normativa, no es resuelta, tampoco, por la jurisprudencia de nuestros tribunales, especificamente de la Corte Suprema, por las siguientes razones: (a) la confusion de categorias jundicas, como por ejemplo, la causalidad hipotetica con la imputacion objetiva; (b) la equivalencia entre la omision con la accion a traves de una figura que funcionalmente no es acorde con esta equivalencia, esto es, la posicion de garante, la cual, se la entiende como un elemento especial, exclusivo y excluyente de la omision impropia; y, (c) manejo inadecuado de los criterios de imputacion objetiva, ya sea, por describir escuetamente el material factico en que este juicio va a incidir, o bien, no

indicando ni los presupuestos que parten para la aplicacion de este juicio normativo - valorativo, asf como, las razones por las cuales un criterio de imputacion objetiva se aplican al caso concreto.

36. En lo que respecta a la legislacion comparada, el problema de investigacion ha originado tres tendencias legislativas: (a) regulacion de la omision impropia en la Parte General del Codigo Penal, como una simple equivalencia con la accion; (b) elaboracion en la Parte Especial del Codigo Penal, tanto de tipos penales de accion, como de omision impropia, manteniendo aquella postura de la irreconciliabidad de ambas figuras, y la necesidad de tipificar todo elemento de la omision en aras del principio de legalidad; y, (c) centrar ei analisis de la accion como la omision en el sentido de un concreto tipo penal, al entender que ambas presentan una identidad tipica, que permitan su intercambiabilidad.

37. Por tanto, la formula propuesta en la presente investigacion es; (a) libertad de la persona, (b) tipo penal, (c) inobservancia de roles (ambito social) riesgos no permitidos (ambito normativo - valorativo), y, (d) la imputacion objetiva; en donde accion u omision, normativamente, pueden presentar mas que una equiparacion, una identidad valorativa --tipica.

RECOMENDACIONES

l. Para resolver en sede doctrinal, cuestiones referidas a la responsabilidad por omisión, se recomienda partir L:bicándola como el resultado de un juicio de valoración referente al Úmbito de regulación de un determinado tipo penal, el cual, parte de la recepción de roles o deberes (genéricos o específicos) impuestos, constitucionalmente, a cualquier persona, a fin que, como ser libre, pueda autorrealizarse en sociedad, sin perjudicar la realización de otras personas. Ello permitirá elaborar Ud modelo de imputación de responsabilidad sobre la base de roles, en donde, lo relevante no es diferenciar la conducta en acción y omisión: sino los delitos en: competencia por organización y competencia institucional. Este modelo constituirá la base que permitirá analizar la tipicidad, y luego las restantes categorías del delito, así como, los supuestos de tentativa y consumación, y, autoría y
participación.

2. En lo que respecta al Derecho positivo nacional, se recomienda derogar el artículo 13° del Código Penal, el cual, solamente cumple una función declarativa innecesaria en un modelo de imputación de responsabilidad sobre la base de roles, puesto que, lo relevante es el sentido valorativo del tipo penal, el cual, permite, según el contorno de un concreto tipo penal, la identidad entre la acción con la omisión, como medios idóneos para el incumplimiento de roles que impliquen la defraudación de expectativas propias de la identidad normativa de la sociedad; por lo que, lo relevante es determinar el tipo de rol, sus contornos y ámbitos de aplicación .

3. En lo referente a la jurisprudencia nacional, se recomienda que la misma trabaje con supuestos de imputación objetiva, puesto que, presenta criterios materiales más adecuados, los cuales, - permiten establecer si una omisión (impropia) encuadra en el sentido valorativo o ámbito de regulación de un determinado tipo penal, coadyuvandoal dictado de pronunciamientos jurisdiccionales con fundamentaciones lógicos - nom1ativos.

BIBLIOGRAFIA

A.A,V.V., "INFORME SOBRE LAS DISCUSIONES DEL SEMINARIO: PRESENTE y FUTURO DE LA DOGMÁTICA PENAL EUROPEA. LA APORTACIÓN ALEMANA". En: Sobre el estado de la teoría del delito, Editorial Civitas, Madrid - España, 2000.

ALCACER GUIRAO, Rafael. "¿PROTECCIÓN DE BIENES JURíDICOS O PROTECCiÓN DE LA VIGENCIA DE LA NORMA? CONSIDERACIONES SOBRE EL DESTINATARIO DE LA NORMA". En: Rev. Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 02, Editorial Grijley, Lima - PerÚ. 2001.

ALCACER GUIRAO, Rafael. "SOBRE EL CONCEPTO DE DELITO: ¿LESIÓN DEL BIEN JURíDICO O LESiÓN DE DEBER?, Editorial Ad - Hoc, Buenos Aires - Argentina, 2003.

ARISTÓTELES. "ÉTICJ~ A NICÓMACO"3 Traducción de Araujo I Marías, Instituto de E.studios Políticos, Madrid - España, 1970.

ARISTÓTELES. "METAFíSICA", 1 Oma. Edición, Editorial Porrúa, México D,F - México, 1987,

ARLUCEA, Esteban. "LECCIONES DE LA TEORíA JURíDICA DEL DELITO", Editorial Comares, Granada - España, '1999.

BACIGALUPO, Enrique. "DELITOS IMPROPIOS DE OMISiÓN", Ediciones Pannedille, Buenos Aires - Argentina, 1970.

BACIGALUPO, Enrique. "L1NEAMIENTOS DE LA TEORíA DEL DELITO", Editorial Hammurabi, Buenos Aires - Argentina, 1989.

BACIGAIUPO, Enrique. "LA IMPUTACiÓN OBJETIVA", En: Rev. de Colegio de Abogados Penalistas de Caldas, Manizales - Colombia, 1992.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. "LA REGULACiÓN DE LAS CONDUCTAS OMISIVAS EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL". En:
Buompadre, Jorge Eduardo (Dir. y Coord.), Derecho Penal y Procesal Penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez, Buenos Aires ¬Argentina, 1997.

BACIGALUPO, Enrique. "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL". Cuarta edición, Editorial Akal, Madrid -. España, 1997.

SALDÓ L.AVILLA, Francisco. "ESTADO DE NECESIDAD Y LEGíTIMA DEFENSA: UN ESTUDIO SOBRE LAS SITUACIONES DE NECESIDAD DE U\S QUE DERIVAN FACULTADES Y DEBERES DE SALVAGUARDA", Editorial Bosch, Barcelona - España, 1994.

BECCARIA, Cesan;~. "DE LOS DELITOS Y LJI$ PENAS", Edición Latinoamericana, Bogotá - Colombia, 1994,

BEUN6, Ernst "ESQtIEíVIA DE DERECHO PENAL.", Editorial Depalma, Buenos Aires - Argentina, 1944.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert. "UNEAMIENTOS GENERALES DE LA IMPUTACIÓH OBJETIVA EN EL TIPO DE OMISiÓN IMPROPIA". En:

Ponencia del A"V Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano Y XI Nacional de Derecho Penal y Crimino/ogia, Córdoba - Argentina, 2003.
BOLEA BARDON, Carolina. 6'INTERRUPCIÓN DE LA IMPUTACiÓN OBJETIVA POR. INTERVENCiÓN POSTERIOR DE TERCEROS". En:
Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Ministerio de Justicia,
Madrid - España, 1994.
BRAMONT - ARIAS TORRES, Luis Miguel. "LECCIONES DE LA PARTE GENERAL Y EL CODiGO PENAL", Editorial San Marcos, Lima - Perú,
1997.
BRAMONT - ARIAS TORRES, Luis Miguel. "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Santa Rosa, Lima - Perú, 2000.
BUNGE, Mario. "EN LA CAUSALIDAD. EL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD EN LA CIENCIA MODERNA", Editorial Sudamericana, Buenos Aires ¬Argentina, 1997.
BUSTOS RAMIREZ, Juan f HORMAZABAL MALAREE, Hernán. "SIGNIFICACiÓN SOCIAL Y TIP1CIDAD". En: Estudios penales y criminológicos V, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela - España, 1981.
BUSTOS RAMIREZ, Juan. "CONSIDERACIONES RESPECTO A LA ESTRUCTURA DEL DELITO EN LA REFORMA PENAL LATINOAMERICANA". En: Política criminal y reformadeJ derecho penal, Editorial Temis, Bogotá - Colombia, 1982.
BUSTOS RJ\MíREZ, Juan. "LA IMPUTACiÓN OBJETIVA". En: Teorías actuales en el derecho penal, Editorial Ad -- !-ioe, Buenos Aires ¬Argentina, 1998.
BUSTOS RAMíREZ, Juan. 6'OBRAS COMPLETAS", Volúmenes I y 11, ARA Editores, Urna - Perú, 2004.
CALDERÓN CEREZO, Ángel I CHOCIÁN MONTALVO José Antonio. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Tomo 1, 2da. Edición, Editorial Bosch, Barcelona ~ Espaiía, 2001.
CANCIO MEUA, ManueL "LA TEORíA DE LA ,c\DECUACIÓN SOCIAL EN VVELZEL". En: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 02, Editoria!

Grijley, Lima - Perú, 1994.

CANCIO MEUÁ, Manuel. "CONDUCTA DE LA ViCTIMA E IMPUTACiÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL. ESTUDIO SOBRE LOS ÁMBITOS DE RESPONSABILIDAD DE ViCTIMA Y AUTOR EN ACTIVIDADES ARRIESGADAS", Editorial Bosch, Barcelona - España, 1998.
CANCIO MELIÁ, Manuel. "LA TEORíA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y LA NORMATIVIZACIÓN DEL TIPO OBJETIVO". En: El sistema funcionalísta del derecho penal, Editorial Grijley, Lima - Perú, 2000.
CANCIO MELIÁ, Manuel. "ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO EN LA TEORíA DE LA IMPUTACiÓN OBJETIVA". En: El

Funcionalísmo en el Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Gunther Jakobs, Universidad Externado de Colombia, Bogotá -- Colombia, 2003.
CARBONEL MATEU, Juan Carlos I PRATS CANUT, José Miguel. "OBSERVACIONES GENERALES SOBRE EL CÓDIGO PENAL DE 1995", En: El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Todo López, Editorial Comares, Granada - España, 1999 ..
CARO JOHN, José Antonio.
"LA IMPUTACiÓN OBJETIVA EN LA PARTICIPACiÓN DELICTIVA". En: Comentarios a fa jurisprudencia penal, N° 01, Editorial Grijley, lima ¬PerÚ, 2003
.
CARO JOHN, José Antonio.
"LA IMPUNIDAD DE LAS CONDUCTAS NEUTRALES. A LA VEZ, SOBRE EL DEBER DE SOLIDARIDAD MíNIMA EN EL DERECHO PENAL". En: Rev. Nueva Doctrina Penal, N° 02, Buenos Aires - Argentina, 2005
CASTALOO, Andrea R. "LA IMPUTACiÓN OBJETIVA EN EL DELITO CULPOSO DE RESULTADO", Traducción de Antonio Bonnano, Colección Maestros del Derecho Penal, N° 16, Editorial B de F, Montevideo ¬Uruguay, 2004.
CASTILLO ALVA, José Luis. "PRiNCIPIOS DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Gaceta Jurídica, Lima - Perú, 2002.
CEREZO MIR, José. "ESTUDIOS SOBRE LA MODERNA REFORMA PENAL ESPAÑOLA", Editorial Tecnos, Madrid - España, 1993.
CEREZO MIR, José. "CURSO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL. 11. TEORIA JURíDICA DEL DELITO", sexta edición, segunda ,reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid - España, 2000.
CEREZO MIR, José. "ONTOLOGISMO y NORMATIVISMO EN EL FINALISMO DE LOS AÑOS CINCUENTA". En: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 15, Editorial !demsa, Lima -- Perú, 2004.
COBa DEL F<.OSAL, Manuel 1 VIVES ANTON, Tomás. "DERECHO PENt\L PARffE GEI\iERAL", Sta. Edición, Editorial Tif<!nt lo Blanch, Valencia - España, 19B9.
CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "IMPUTACiÓN OBJETIVA EN EL DELITO IMPRUDENTE". En: Cuadernos del Consejo Judicial, N° XVI, Ministerio de Justicia, Madrid - España, '19B4.
CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "EL DELITO IMPRUDENTE. CRITERIOS DE IMPUTACiÓN DEL RESULTADO", 2da. Edición, Editorial 8 de F, Montevideo - Uruguay, 2005"
CORNACCHIA, luigi. "CAUSA AD EXCIUDENDUM: LA PROBLEMÁTICA DE LA INTERRUPCiÓN DEL CURSO CAUSAL"" En: Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales, N° 02, lima - Perú, 2001.
CUADRADO RUIZ, María Ángeles. "LA RESPONSABILIDAD POR OMISiÓN DE LOS DEBERES DEL EMPRESARIO: ANÁLISIS CRíTICO DEL ARTíCULO 363

DEL CÓDIGO PENAL", Editorial Bosch, Barcelona ¬España, 1998.
CUELLO CONTRERAS, Joaquín. "EL DERECHO PENAL ESPAÑOL. CURSO DE INICIACIÓN. PARTE GENERAL. NOCIONES INTRODUCTORIAS. TEORÍA DEL DELITO I 1", 2da. Edición, Editorial Civitas, Madrid - España, 1996.
DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. "CAUSALIDAD DE LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE", Editorial Tirant lo Blanch, 'Valencia - España, 1995.
DE LA CUESTA AGUADO, paz María. "TIPICIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIV.A", Editorial Tirant lo Bianch, Valencia - España, 1996.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. "LA TEORIA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA TEORÍA DEL INJUSTO EN ESPAÑA". En: La imputación objetiva en el derecho penal, Editorial idemsa, Lima ¬Perú, 1997.
DE LA GANDARA VALLEJO, Beatriz. "CONSENTIMIENTO, BIEN JURÍDICO E IMPUTACIÓN OBJETIVA", Editorial Colex, Madrid - España, 1995.
DE VICENTE MARTHNEZ, Rosario. "RESPONSABILIDAD PENAL DEL FUNCIONARI,? POR DELITOS CONTRi" EL MEDIO AMBIENTE" (UNA CONTRIBUCION AL ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL OMISIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS POR DEliTOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE)", Centro de Estudios Judiciales, Madrid - España,• 1993.

DiEZ, Jo;>é Antonio / MOULINES, Carlos Ulises. "FUNDAMENTOS DE FILOSOFÍA DE LA CIENCIA", Editorial Aríel, Barcelona - España, 1988.
DONNA, Edgardo Alberto. "TEORÍA DEL DELITO Y DE LA PENA. 2 . IMPUTACIÓN OBJETIVA", Editorial Astrea, Buenos Aires - Argentina, 1995.
DONNA, Edgardo A "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA", Editorial de Belgrano, Buenos Aires - Argentina, 1997.

FEIJOO SÁNCHEZ, 'Bernardo. "RESULTADO LESIVO E IMPRUDENCIA", Editorial Bosch, Barcelona - España, 2001,
FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL", Editorial Grijley, Lima - Perú, 2002.
FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. "DERECBO PENAL FUNDAMENTAL", Volumen 11, 2da. Edición, Editorial Temís, Bogotá ¬Colombia, 1989.
FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. "EL DERECHO COMO LIBERTAD, PRELIMINARES PARA UNA FILOSOFIA DEL DERECHO", 2da. Edición, Universidad de Lima, Lima - Perú, 1994.
FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "DEFENSA DE LA PERSONA". En: La Constitución comentada, Tomo 1, Gaceta Jurídica, lima - Perú, 2005.
FERRAJIOLI, luigi. "DERECHO Y RAZÓN: TEORÍA DEL GARANTISMO . PENAL", Editorial Trotta, Valladolid - España, 1995.
FIANDACA, Giovanni I MUSeO, Enzo. "DIRITTO PENA LE. PARTE

GENERALE", Volumen 1, 3ra. Edizione, Editorial Zanichelli, Bologna ¬Italia, 1995.
FIERRO, Guillermo Julio. "CAUSALIDAD E IMPUTACiÓN. CASO FORTUITO. IMPUTACiÓN OBJETIVA. TENTATIVA. DELITOS E OMISIÓN, CULPOSOS y PREINTENCIONALES. CAUSALIDAD CIENTíFICA. DELITO IMPOSIBLE", Editorial Astrea, Buenos Aires - Argentina, 2001.
FIGUEROA ORTEGA, Iván José. "I.OS DELITOS DE OMISiÓN IMPROPIA EN LA IEGISLACiÓN PENAL VENEZOLANA", En: Sistemas penales iberoamericanos. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo por su 65 aniversario, ARA Editores, lima - Perú, 2003.
FLETCHER, George P. I MUÑOZ CONDE Francisco. "CONCEPTOS BÁSICOS DE DERECHO PENAL", Editorial Tirant Le Blanch, Valencia ¬España, 1997.
FR1SCH, Wolfgang. "TIPO PENAL E IMPUTACiÓN OBJETIVA", Editorial

ealex, Madrid -. España, 1995.
FHISCH, Woifgang. "LA IMPUTACiÓN OBJETIVA. ESTADO DE LA CUESTIÓN". Traducción de Robles Planas. En: Sobre el €~stado de la teoría del delito, Editorial Civitas, Madrid - España, 2000.
FRISCH, W!o,lfgang. "COMPORTAMIENTO TíPICO E IMPUTACiÓN DEL RESUL T¡'.\DO", Editorial Marcial Pons, Madrid - España, 2004.
FRISCH, Wolfgang I ROBLES ':LANAS, Ricardo. "DESVALORAR E IMPUTAR SOBRE LA IMPUTACION OBJETIVA EN DERECHO PENAL", Editorial Atelier, Barcelona - España, 2005.
GARCíA CAVERO, Percy. "DERECHO PENAL ECONÓMICO. PARTE GENERAL", Ara Editores, Lima - Perú, 2003.
GARCIA NAVARRO, Edgard. "IINEAMIENTOS A LA ESTRUCTURA DEL TIPO DE OMISiÓN IMPROPIA EN LA LEGISLACiÓN PERUANA". En:
Ponencíasdel XVI Congreso latinoamericano,•• VIII Iberoamericano y I Nacional de derecho penal y crimino/ogía, U.N.M.S.M., Lima - Perú, 2004.
GIL GIL, Alicia. "PREVENCiÓN GENERAL POSITIVA Y FUNCiÓN ÉTICO SOCIAL DEL DERECHO PENAL". En: Diez] Romeo/Gracia/Higuera, La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Dr, D. José Cerezo Mir, Editorial Tecnos, Madrid - España, 2002.
GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "RELACiÓN DE CAUSAIIDAD EN LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDADES PENALES CON MOTIVO DEL EJERCICIO DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESiÓN DE LAS IDEAS", Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia - España, 1983.
GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO Y CAUSAUDAD", Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid - España, 1990.
GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "¿QUÉ ES LA IMPIJiACIÓN OBJETIVA". En: Estudios de derecho penal, 3ra. Edición, Editorial Tecnos, Madrid ¬España,

1990.
GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "SOBRE LOS CONCEPTOS DE OMISiÓN Y COMPORTAMIENTO". En: Estudios de derecho penal, 3ra. Edición, Editorial Tecnos, Madrid - España, 1990.
GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "CAUSAUDAD, OMISIÓN E IMPRUDENCIA". En: Cuadernos del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, rvladrid ~ España, 'í 994.
GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "COMENT P.RIO AL ARTíCULO 11 DEL CÓDIGO PENAL". En: Comentarios al Código Penal, Cobo del Rosal (Director), Torno 1, Editorial EDERSA, Madrid - España, 1999,
GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "LA OMISIÓN IMPROPIA EN LA DOGMÁTICA PENAL ALEMANA. UNA EXPOSICiÓN". En: Revista Peruana de Ciencias Penales I\Jo 09, Lima - Perú, 1999.
GIMBERNA T ORDEIG, Enrique. "LA CAUSAUDAD EN LA OMISiÓN IMPROPIA Y LA LLAMADA "OMISiÓN POR COMISIÓN", Editorial Astrea, Buenos Aires - Argentina, 2003.
GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "LA DISTINCiÓN ENTRE DELITOS PROPIOS (PUROS) Y DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN (O DE COMISiÓN POR OMISIÓN). En: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 13, Lima - Perú, 2003.
GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. "TEORIA JURIDICA DEL DELITO", Editorial Civitas, Madrid - España, •1984,
GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. "CAUSALIDAD, IMPUTACiÓN OBJETIVA Y CUALIFICACiÓN DEL RESULTADO", Ministerio de Justicia, Madrid ¬España, 1988 .
GÓMEZ MARTíN, Víctor. "LOS DELITOS ESPECIALES", Tesis para optar el Grado de Doctor en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona, Barcelona - España, 20030
GRACIA MARTIN, Luís. "DELITOS CONTRA BIENES JURíDICOS FUNDAMENTALES", Editorial Tirant Le Blanch, Valencia - España, 1993.
GRACIA MARTIN, Luis" "POLíTICA CRIMINAL Y DOGMÁTICA JURíDICO¬PENAL DEL PROCESO DE REFORMA PENAL EN ESPAÑA". En: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 2, Editorial Cuzco, Lima - Perú, 1993.
GRACIA MARTIN, Luis. "LA COMISiÓN POR OMISiÓN EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL". En: Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid - España, 1995.
GRACIA MART1N, Luis. "LOS DELITOS DE COMISiÓN POR OMISIÓN". En: Modernas tendencias en la ciencia del Derecho jJenal y Crímínología, UNED Madrid -- España, 2001.
GRACIA MARTIN, Luis. "PROLEGÓMENOS PARA LA LUCHA POR LA MODERNIZACiÓN Y EXPANSiÓN DEL DERECHO PENAL Y PARA LA CRITICA DEL DISCURSO DE RESISTENCIA", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia -- España, 2003.
GRACIA MARTIN, Luis. "EL FINALISMO COMO MÉTODO SINTÉTICO REAL-

NORMATIVO PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA TEORíA DEL DELITO. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea). N° 06-07, 2004.

HASSEMEH, \i\!infried. "PERSONA, MUNDO Y RESPONSABILIDAD. BASES PARA UNA TEORíA DE LA IMPUTACIÓN EN DERECHO PENAL". TraDucción de Muiíoz Conde I Díaz Pita, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia -- España, 1999.
HEGEL, Georg Wilhelm Friedrieh. "FUNDAMENTOS DE LA FILOSOFíA DEL DERECHO", Traducción de Carlos Díaz, Editorial Libertarias, Madrid - España, 1993.
HERZBERG Rolf Dietrich. "REFLEXIONES ACEHCA DEL CONCEPTO.
JURIDICO PENAL DE ACCIÓN Y DE LA NEGACION DEL DELITO PRETípICA". E;n: Cuestiones actuales de la teoría del delito, Luzón I Mir (Directores), Editorial Me Graw Hill, Madrid - España, 1999.
HIRSCH, Hans Joachim. "ACERCA DE LA TEORíA DE IA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 09, Lima ¬Perú, 1999.
HIRSCH, Joachim. "ACERCA DE LA TEORíA IMPUTACIÓN OBJETIVA". Traducción de Pastor. En: Derecho penal. Obras completas, Tomo 1, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires - Argentina, 2000.
HIRSCH, Hans Joachim. "LA DISPUTA SOBRE LA TEORíA DE LA ACCIÓN Y DE LO INJUSTO, ESPECIALMENTE EN SU REFLEJO EN LA ZEITSCHRIFT FUR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT". En:
Derecho penal. Obras completas, Tomo 11, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires - Argentina, 2000.
HORMAZABAL MAIARÉE, Hernán. "IMPUTACIÓN OBJETIVA Y PRINCIPIO DE LES/V/DAD". En: El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos. Libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Editorial Comares, Granada - España, 1999.
HRUSCHKA, Joachim. "REGLAS DE COMPORTAMIENTO Y REGLAS DE IMPUTACIÓN", Traducción de Saldó Lavilla. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLVII, Fascículo 111, Ministerio de Justicia, Madrid - España, 1994.
HRUSCHKA, Joachim. "LA CONDUCTA DE LA VíCTIMA COMO CLAVE PARA UN SISTEMA DE LOS DELITOS PATr~IMONIALES QUE LLEVAN CONSIGO SUSTRACCIÓN". En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 02, Editorial Grijley, Urna - Perú, 2001.
I
HUERTA TOCILDO, Susana. "LA TEORíA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SU VERSIÓN JURISPRUDENCIAI". En: La Ley, N° 03, Madrid - España, 1983.

HUERTA TOC1LDO, Susana. "INJERENCIA Y ART. 489, 3, CP". En:

Anuario !le Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia e

Interior, Madrid - España, 1985.
HUERTA TOCILOO, Susana. "PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA OMISiÓN", Ministerio de Justicia, Madrid - España, 1987.
HURTADO POZO, José. "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL 1", era. Edición, Editorial Grijley, Lima - Perú, 2005.
JAÉN VALLEJO, ,Manuel. "EL CONCEPTO DE ACCiÓN EN LA DOGMÁTICA PENAL", Editorial Colex, Madrid - España, 1994.
JAKOBS, Gunther. "LA IMPUTACiÓN OBJETIVA EN El DERECHO PENAL", Traducción de cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá - Colombia, 1995.
JAKOBS, Gunther. "LA IMPUTACiÓN OBJETIVA EN El DERECHO PENAL", Editorial Civitas, Madrid - España, 1996.
JAKOBS, Gunther. "SOCIEDAD, NORMA Y PERSONA", Traducción de Cancio f Feijoo, Editorial Civitas, Madrid - España, 1996.
JAKOBS, Gunther. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL. FUNDAMENTOS Y TEORíA DE LA IMPUTACiÓN", Traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Editorial Pons, Madrid ¬España, 1997.
JAKOBS, Gunther. "LA COMPETENCIA POR ORGANIZACiÓN EN EL DELITO OMISIVO. CONSIDERACIONES SOBRE LA SUPERFICIALIDAD DE LA DISTINCiÓN ENTRE COMISiÓN Y OMISIÓN". En: Estudios de derecho penal, Traducción de Peñaranda I Suárez f Cancio, Editorial Civitas, Madrid - España, 1997.
JAKOBS, Gunther. "LA IMPUTACiÓN OBJETIVA, ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO DE LAS INSTITUCIONES JURíDICO - PENALES DEL "RIESGO PERMITIDO", LA "PROHIBICiÓN DE REGRESO" Y EL "PRINCIPIO DE CONFIANZA". En: Estudios de derecho penalj Traducción de Peñaranda I Suárez I Cando, Editorial Civitas, Madrid - España, 1997.
JAKOBS, Gunther. "LA PROHIBICiÓN DE REGRESO EN LOS DELITOS DE RESULTADO. ESTUDIO SOBRE El FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD JURíDICO - PENAL DE LA COMISIÓN". En: Estudios de derecho penal, Traducción de Peñaranda I Suárez I Cancio, Editorial Civitas, Madrid - España, 1997.
JAKOBS, GJnther. "SOBRE LA GÉNESIS DE LA OBLIGACiÓN JURíDICA". En: Rev. Doxa, N° 23, Madrid - España, 2000.

,-1t\KOBS, GurrtneL "ACCiÓN y OMiSiÓN EN :::I DERECHO PENAL", Traducción de He}' I Sánchez. - Vera, Cuaderno;,; de Conferencia y Artículos, N° 23, Universidad Extemado de Colornbia, Bogotá - Colombia,
2000. •
JAKOBS, Gunther, "EL OCASO DEL DOivliNiO DEL HECHO: UNA

CONTRIBUCiÓN LA NORMATIVIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS JURíDICOS". En: El sistema funcionalista d€d derecho penal, Editorial Grijley, Urna - Perú, 2000.
JAKOBS, Gunther. "LA OMISiÓN. ESTADO DE LA CUESTiÓN". En: Sobre el estado de la teoría del delito, Editorial Civitas, Madrid - España, 2000.
JAKOBS Gunther. "TEORíA y PRAXIS DE LA INJERENCIA". En: El sistema funcionalista del derecho penal, Editorial Grijley, Urna - Perú, 2000.
JAKOBS, Gunther. "LA NORMATIVIZACIÓN DEL DERECHO PENAL EN EL EJEMPLO DE LA PARTICIPACiÓN". En: En: Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Crímino/ogía, UNED, Madrid - España, 2001.
JAKOBS, Gunther. "CONSUMACiÓN MATERIAL EN LOS DELITOS DE LESiÓN CONTRA LA PERSONA. AL MISMO TIEMPO UNA CONTRIBUCiÓN A LA GENERALIZACiÓN DE LA PARTE ESPECIAL". Traducción de Cardenal Montraveta. En: Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales, N° 03, Editorial Grijley, Lima - Perú, 2002.
JAKOBS, Gunther. "SOBRE EL CONCEPTO DE DELITO CONTRA LA PERSONA". Traducción de Feijoo Sánchez. En: Ponencia presentada en el IV Curso Internacional de Derecho penal, Lima - Perú, 2002.
JAKOBS, Gunther. "LA IDEA DE LA NORMATIVIZACIÓN EN LA DOGMÁTICA JURíDICO - PENAL". En: Problemas capitales del moderno Derecho penal a principios del Siglo XXI, Moreno Hernández (Coordinador), Editoriallus Poenale, México D.F. - México, 2003.
JESCHECK, Hans-Heinrich. "PROBLEMAS DEL DELITO IMPROPIO DE OI\ldSIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO". Traducción de José Luis Manzanares Samaniego. En: Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid - España, 1992.
JESCHECK, Hans - Heinrich. "TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENEF"ZAI", 4ta. Edición, traducción de Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada - España, 1999.
~JUÁREZ, Juana. "DELITOS DE OMISiÓN IMPROPIA O DE COMISiÓN POR OMISIÓN". En: Ponencias de! XVi Congreso latinoamericano, VIII Iberoamericano j.I! Nacional de derecho penal y criminología, U.N.M.SJ\
Lima -- Perú, 2004.
KAUFMANN, Armin. "TEORiA DE LAS NORMAS. FUNDAMENTOS DE LA DOGMATICA PENAL MODERNA", Editorial Desalma, Buenos Aires ¬Argentina, 1977.
KAUFMANN, Armin. "TIPICIDAD y CAUSACIÓN EN EL PROCEDIMiENTO CONTERGAN". En: Nuevo Pensamiento Penal, Bogotá - Colombia, 1973.
KAUFMANN, Armin. "¿ATRIBUCIÓN OBJETIVA EN EL DELITO DOLOSO". Traducción de Cu~llo Contreras. En: Anuario de Derecho y Ciencias Penales, Tomo XXXVIII, Fascículo 111, Ministerio de Justicia, Madrid ¬España, 1985.
KINDHAUSER, Urs. "DERECHO PENAL DE LA CULPABILIDAD Y CONDUCTA

PELIGROSA". Traducción de López Díaz, Universidad Externado de Colombia, Bogotá - Colombia, 1996.
LAMPE, Ernst -. Joachim. "LA DOGMÁTICA JURíDICO - PENAL ENTRE LA ONTOLOGíA SOCIAL Y EL FUNCIONALISMO", Editorial Grijley, Lima - Perú, 2003.
LARRAURI, Elena. "NOTAS PRELIMINARES PARA UNA DISCUSiÓN SOBRE LA IMPUTACiÓN OBJETIVA". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLI, Fascículo 111, Ministerio de Justicia, Madrid -~ España, 1988.
LAURENZO COPELLO, Patricia. "EL RESULTADO EN DERECHO PENAL", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia - España, 1992.
LESCH, Heiko. "INTERVENCiÓN DELICTIVA E IMPUTACiÓN OBJETIVA", Universidad Externado de Colombia, Bogotá - Colombia, 1995.
LESCH, Heiko. "LA FUNCIÓN DE LA PENA", Editqrial Dykinson, Madrid ¬España, 1999.
LÓPEZ DíAZ, Claudia. "INTRODUCCiÓN A LA IMPUTACiÓN OBJETIVA", Universidad Externado de Colombia, Bogotá - Colombia, 1996.
LOYOLA FLORIÁN, Manuel Federico. "LOS DELITOS DE OMISiÓN IMPROPIA Y EL PRINCIPIO DE DETERMINACIÓN DE LA LEY PENAL". En:
Revista Jurídica del Perú, Año UI, N° 53, Editorial Normas Legales, Lima ¬Perú, 2002 .
LUZON CUESTA, José María. "COMPENDIO DE DERECHO PENAL P i\RTE GENERAL", 1-1ava. Edición, Editorial Dykinson, Madrid - España, 2UQU.
LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "RELACiÓN CAUSAL. ¿DIVERSOS PLANOS DE LA CAUSALIDAD?". En: Derecho penal de la circulación. Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, 2da. Edición, Editorial 80sch,
Barcelona - España, 1990.
LUZÓN PEÑA, Diego. "LA RELACiÓN DEL MERECIMIL NTO DE PENA Y DE .LA NECESIDAD DEL DELITO". En: Libro homenaje él ClaLIs Roxin,an - spana, B.h,JO.
IUZÓN PEÑA, Diego Manuel. "CURSO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Tomo 1, Editorial Universitas, Madrid - España, 1999.
MARINUCCI, Giorgio. "NON CÉ DOLO SENZA CULPA. MORTE DELLA IMPUTAZIONES OGGETIVA OELL'EVENTO E TRANSFIGURAZIONE NELLA COLPOLEZA". (No hay dolo sin culpa. Muerte de la imputación objetiva del re~ultado y la transfiguración de la culpabilidad). En: Revista Italiana Diritto e procedura Pena/e, Giuffré Editore, Fase. 1, Milano - Italia, 1991.
MARINUCCI, Giorgio. "EL DELITO COMO ACCiÓN. CRITICA DE UN DOGMA", traducción de• Sainz - Cantero, Editorial Pons, Barcelona ¬España, 1998.
MARTICORENA COLLANTES, Ornar Hugo. "¿PUEDEN RESPONDER JURíDICO - PENALMENTE LAS AUTORIDADES YIO FUNCIONARIOS DE POLIcíA POR OMISiÓN IMPROPIA EN CASO DE PRODUCIRSE UN ATENTADO CRIMINAL? En: En: Ponencias del XVI Congreso latinoamericano,

VIII Iberoamericano y ¡ Nacional de derecho penal y crimino/ogia, U.N.M.S.M., Lima - Perú, 2004.
MARTíNEZ ESCAMILLA, Margarita. "LA IMPUTACiÓN OBJETIVA DEL RESULTADO", Editorial EDERSA, Madrid - España, 1992.
MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. "¿RELEVANCIA EN LOS COMPORTAMIENTOS ALTERNATIVOS CONFORME A DERECHO EN LA IMPUTACiÓN OBJETIVA DEL RESULTADO?". En: Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, Jornadas Hispano~Alemanas de Derecho Penal en homenaje a Claus Roxin, UniversidadComplutense y Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994.
MARTINEZ - PEREDA RODRIGUEZ, José Manuel I ROMA VALDES, Antonio. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Bosch, Barcelona - España, 1999.
MAURACH, Reinhart I ZIPF, Heinz I GOSSEL, kan. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Tomo 11, traducido por Jorge Bofill, Editorial Astrea, Buenos Aires - Argentina, 1995.
MEINI MÉNDEZ, Iván. "LA COMISiÓN POR OMISiÓN: UNA INTERPRETACiÓN ALTERNATIVA DEL ARTíCULO 13 CP". En: Anuario de Derecho Penal. Aspectos Fundamentales de la Parte General del Código Penal Peruano, PUCP, Lima - Perú, 2003.
MEINI MÉNOEZ, Iván. "LA COMISiÓN POR OMISIÓN". En: XV! Congreso Latinoam~ricanoJ VIII Iberoamericano y I Nacional.! de Derecho penal y Crimino/ogia, U.N.M.SJ\it, lima -, Perú, 2004.
MIR PUIG, Santiago I SILVA SÁNCHEZ, Jesús María I CASTIÑEIRA, María Teresa I FARRÉ TREPAT, Elena I CORCOY BIDASOLO, Mirentxu I JOSHI UBERT, Ujala I BLAOÓ LAVILLA, Francesc. "COMENTARIOS A LA JURISPRUDENCIA PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO", Editorial Bosch, Barcelona – España, 1992.
MIR PUIG, Santiago. "INTRODUCCiÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL: CONCEPTO Y MÉTODO", 2d;;L Edición, Editorial B de F, Montevideo - Uruguay, 2002.
MIR PUIG, Santiago. "SIGNIFICADO Y ALCANCES DE LA IMPUTACiÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL". En: Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia pena/es, N° 03, Editorial Grijley, Lima - Perú, 2002.
MIR PUIG, Santiago. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 7ma. Edición, Editorial Reppetor, Barcelona - España, 2004.
MIR PUIG, Santiago. "VALORACIONES, NORMAS Y ANTIJURIDICIDAD PENAL". En: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 15, Editorial Idemsa, Lima - Perú, 2004.
MIR PUIG, Santiago. "LÍMITES DEL NORMATIViSMO EN DERECHO PENAL". En: Libro Homenaje a Gonzalo Rodríguez Mourullo, Editorial Thomson - Civitas, Madrid - España, 2005.
MOSTERÍN, Jesús. "RAC!ONALIDAD y ACCIÓN HUMANA", 2da. Edición,

Editorial Alianza Universidad, Madrid - España, 1987.
MUÑOZ CONDE, Francisco. "TEORÍA GENERAL DEL DELITO", Editorial Temis, Bogotá - Colombia, 1984.
MUÑÓZ CONDE, Francisco I GARCIA ARAN, Mercedes. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 2da. Edición, Editorial Tirant lo 8lanch, Valencia- España, 1996.
NOVOA MONREAL, Eduardo. "ALTERNATIVAS Y TRANCES DEL DERECHO PENAL DE HOY". En: Anuario de Derecho Pena! y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia, Madrid - España, 1978.
aCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Ernilio I HUERTA rOCILDO, Susana. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 2da. Edición, Castellanos Editor, Madlrid .- ESp81f12, 1986.
P¡\REDES CASTAÑÓN, José Manuel. "EL RIESGO PERMITIDO EN DEREOHO PENAL", Ministerio de Justicia interior, Madrid - España, 1995. I
PAREDES VARGAS, César Augusto. "IA IMPUTACiÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL", Tesis para optar el Grado de Magíster en Derecho Penal, U.N.M.S.M., Urna - Perú, 1997.
PARMA, Carlos. "EL PENSAMIENTO DE GUNTHER JAKOBS", Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoz~L Argentina, 2001.
PEÑA CABRERA, Raúl. "TRATADO DE DERECHO PENAL. ESTUDIO PROGRAMATICO DE LA PARTE GENERAL", 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima - Perú, 1999.
PEÑA - CABRERA FREYRE, Al01150 Raúl. "TEORíA GENERAL DE LA IMPUTACiÓN DEL DELITO", Editorial Rhodas, Lima - Perú, 2004.
PEÑARANDA RAMOS, Enrique I SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos I CANelO MELIÁ, Manuel. "UN NUEVO SISTEMA DE DERECHO PENAL. CONSIDERACIONES SOBRE LA TEORíA DE LA IMPUTACiÓN DE GUNTHER JAKOBS", Editorial Grijley, Lima - Perú, 1998.
PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, "ALGUNAS CONSIDERACIONES DOGMATICAS SOBRE LA REGULACiÓN DE LA COMISIÓN POR OMISiÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL COLOMBIANO". En: Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penales, N° 02, Editorial Grijley, Lima - Perú, 2001.
PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. "CAUSAUDAD y DETERMINABILIDAD". En: Nuevas foimulaciones de las ciencias penales. Libro homenaje a Claus Roxin,Editorial Lerner, Córdoba - Argentina, 2001.
PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. "CAUSAUDAD y DETERMINABILIDAD: EL PROBLEMA DEL PRESUPUESTO ONTOLOGICO EN AMBITOS ESTADISTICOS O
PROBABIUSTICOS". En: Sistemas penales iberoamericanos. Libro homenaje al profesor Dr. Enrique BacigaJupo, ARA Editores, Lima - PerÚ, 2003.
POLAINO NAVARRETE, MigueL "DERECI'-IO PENAL PARTE GENERAL", Tomo U, Volumen I (Teoría Jurídica del Delito), Editorial Bosch, Barcelona - España, 2000.

PUPPE, Ingeborg. "CAUSAUDAD". En: Anuario de Derecho penal y ciencias penales, N° XLV ~ 11, Ministerio de ,,Justicia e Interior, Madrid ¬España, 1992.

PUPPE, Ingeborg. "PROBLEMAS DE IMPUTACiÓN DEL RESULTADO EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL PRODUCTO", En:
Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto, Mir Puig y Luzón Peña (Coord.), Editorial Bosch, Barcelona - España, 1996
PUPPE, Ingeborg. "LA IMPUTACiÓN OBJETIVA PRESENTADA MEDIANTE CASOS ILUSTRATIVOS DE LA JURSPRUDENCIA DE LOS ALTOS TRIBUNALES", Traducción de Percy García Cavero, Editorial Comares, Granada - España, 2001.
QUINTERO, María Eloísa. "OMISiÓN VS. ACCiÓN. RESPONSABILIDAD POR LA CONDUCTA OMISIVA". En: El pensamiento de Gunther Jakobs. El derecho penal del Siglo XXI, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza. Argentina, 2001.
QUINTERO OLIVARES, Gonzalo I MORALES PRATS, Fermín I PRATS CANUT, Miguel. "MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 2da. Edición, Editorial Aranzadi, Navarra - España, 2000.
REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. "DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA", Tomo 11, 21ava. Edición, Editorial Real Academia Española, Madrid - España, 2001.
REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "ALGUNAS OBSERVACIONES EN TORNO A LA PARTICIPACiÓN EN EL DELITO DE OMISiÓN IMPROPIA", En:
Diálogo con la Jurisprudencia, Tomo 34, Editorial Gaceta Jurídica, Lima ¬Perú,2001.
REÁ TEGUI, SÁNCHEZ, James. "EL DELITO DE OMISiÓN IMPROPIA", Jurista Editores, Lima - Perú, 2002.
REATEGUI SANCHEZ, James. "ASPECTOS HISTÓRICO-DOGMÁTICOS, POLíTICO-CRIMINALES Y DE DERECHO POSITIVO EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN". En: XV Congreso Latinoamericano, VII Iberoamericano y' XI Nacional de Derecho Penal y Crimino/ogía, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba y el INECIP, Ponencia, Córdoba -. Argentina, 2003.

REYES ALVARADO, Yesid. "IMPUTACION OBJETIVA", 2da. Edición,
Editorial Temis, Bogotá - Colombia, 1996.
RIGHI, Esteban. "DELITOS OMISIVOS EQUIVALENTES A LA COMISiÓN ACTIVA DE UN DELITO". En: El derecho penal español de fin de siglo yel derecho penal latinoamericano. Ubrohomenaje a Enrique Bacigalupo, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá - Colombia, 1999.
RIGHI, Esteban. "DELITOS OMISIVOS EQUIVALENTES A LA COMISiÓN ACTIVA". En: Nueva doctrina penal, Buenos Aires - Argentina, 2001.

RODRIGUEZ DEVESA, José María. "DERECHO PENAL ESPAÑOL. PARTE GENERAL", 10ma. Edición, Editorial Dykinson, Madrid - España, 1986.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. "EL DELITO DE OMISiÓN DE AUXiliO A VíCTIMA Y EL PENSAMIENTO DE LA INGERENCIA". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1973.
RODRIGUEZ MOURULIO, Gonzalo. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Civitas, Madrid - España, 1978.
. ROLDÁN BARBERO, Horado. "ADECUACiÓN SOCIAL Y TEORíA JURíDICA DEL DELITO. SOBRE EL CONTENIDO Y LOS LíMITES DE UNA INTERPRETACiÓN SOCIOLÓGICA RESTRICTIVA DE LOS TIPOS PENALES", Universidad de Córdoba, Córdoba - Argentina, 1992.
ROMEO CASABONA, Carlos María. "LíMITES DE LOS DELITOS _ DE COMISiÓN POR OMISIÓN". En: Omisión e imputación objetiva en derecho penal, Gimbernat I Schunemann I Wolter (Editores), Universidad Complutense de Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid ¬España, 1994 .
ROXIN, Claus. "POUTICA CRIMINAL y SISTEMA DEL DERECHO PENAL", Traducción de Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona - España, 1972.
ROXIN, Claus. "REFLEXIONES SOBRE LA PROBLEMÁTICA DE LA IMPUTACiÓN OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL". En: Problemas básicos del Derecho penal, Editorial Reus, Madrid - España, 1976.
ROXIN, Claus. "FiNALIDAD E IMPUTACiÓN OBJETIVA". Traducción de Enrique Casas Baqueroo En: Cuadernos de Política Criminal. Editorial Edersa, Madrid - España, 1990.
ROXIN, Claus. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL. FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTRA DE LA TEORíA DEL DELITO", Tomo 1, Traducción de Luzón I Díaz y García Conlledo I De Vicente Remesal, Editorial Civitas, Madrid - España, 1997.
ROXIN, Ciaus. "LA IMPUTACiÓN OBJETIVA EN EL DERECHO PENAL", Traducción ,de Abanto, Editorialldernsa, Lima - Perú, 1997.
ROXIN, Claus. "ACERCA DE LA CONSOLIDACiÓN POLíTICO CRIMINAL DEL SISTEMA DE DERECHO PENAL". En: Dogmática penal y política criminal, Traducción de Abanto, Editorial ¡demsa, Lima - Perú, 1998.
ROXIN, Claus. "NORMATiViSMO, POUTICA CRIMiNAL y EMPIRISMO EN L.A DOGMA TICA PENAL". En: ProbJenlas actuales de dogmática penal, traducción de Manuel Abanto Vásquez, ARA Editores, Urna - Perú, 2004.
RUEDA MARTIN¡ María Ángeles. "LA TEORíA DE LA IMPUTACiÓN OBJETIVA.DEL RESULTADO EN EL DELITO DOLOSO DE ACCIÓN. UNA INVESTIGACiÓN A LA VEZ SOBRE LOS LÍMITES ONTOLÓGICOS DE LAS VALORACIONES JURíDICO - PENALES EN EL ÁMBITO DE LO INJUSTO",
I
Editorial Bosch, Barcelona - España, 2001.

SALAZAR SANCHEZ, Nelson. «RESCENSIÓN AL LIRa DE BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ. RESULTADO LESIVO E IMPRUDENCIA)}. En : Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 13, Editorialldemsa, Lima - Perú, 2003.
SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson. "EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN UN ESTADO DEMOCRÁ rico DE DERECHO. GARANT1A DEL CIUDADANO FRENTE A LA ARBITRARIEDAD ESTATAL. En: Rev. Peruana de Ciencias Penales, N° 14, Editorial Idemsa, Urna - Perú, 2004.
SÁNCHEZ VERA -- GOMEZ TRELLES, Javier. "INTERVENCIÓN OMISIVA, POSICIÓN DE GARANTE Y PROHIBICIÓN DE SOBREVALORACIÓN DEL APORTE". En: Anuario de derecho penal y ciencias penales, Ministerio de Justicia, Madrid - España, 1995.
SÁNCHEZ VERA - GOMEZ TRELLES, Javiero "DELITO DE INFRACCIÓN DE DEBER Y PARTICIPACIÓN DELICTIVA", Editorial Pons, Madrid ¬España, 2002.
SANCINETTI Marcelo. "CASOS DE DERECHO PENAL", 2dao Edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires - Argentina, '1986.
SANCINETTI, Marcelo A "FUNDAMENTACIÓN SUBJETIVA DEL IlíCITO Y DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA. UNA FUNDAMENTACIÓN DEL ILICITO", Editorial Temis, Bogotá - Colombia, 1995.
SANCINETTI, Marcelo, "SUBJETIVISMO E IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL", Universidad Externado de Colombia, Bogotá ¬Colombia, 1996.
SANCINETTI, Marcelo. "OBSERVACIONES SOBRE LA TEORíA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: Teorías actuales en el derecho penal, Editorial Ad - Hoc, Buenos Aires - Argentina, 1998.
SAUER, Wilhelm. l'FILOSOFIA JURíDICA y SOCIAL", Traducción de Luis Legaz y Lacambra, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid ¬España, 1933.
SCHMIDHAUSER, Eberhard. "SOBRE LA SISTEMÁTICA DE LA TEORIA DEL DELITO. UN TEMA FUNDAMENTAL DE RAD8RUCH DESDE PUNTO DE VISTA DE LA NUEVA DOGMÁTICA PENAL", En: Nuevo Pensamiento Penal, Año 4, N° 05, Buenos Aires - Argentin:!, 1975.
SCHUNEMANN, Bernd (Comp.) "EL SISTEMA MODERNO DEL DERECHO PENAL: CUESTIONES FUNDAMENTALES", traducción de Silva Sánchez, Editorial Tecnos, Madrid - España, 19910
SCHUNEMANN, Berm:L "SOBRE El ESTADO ACTUAL DE LA DOGMÁTICA DE LOS DEUTOS DE OMISIÓN EN ALEMANIA". En:
Omisión e imputación objetiva en derecho penal, Gimbernat I Schunemann I Wolter (Editores), Universidad Compiutense de Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid - España, 1994.
SCHUI'"oIEMANN, Bernd. "LA FUNCIÓN DE LA DELIMITACIÓN DEL INJUSTO Y CULPABILIDAD". En: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, Schunemann ! De Figueiredo (Coordinadores), Editorial Bosch, Barcelona ~ España, 19950
SCHUNEMANN, Bernd. "CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPUTACIÓN

OBJETIVA". En: En: Teorías actuales en el derecho penal, Editorial Ad ¬Hoc, Buenos Aires - Argentina, 1998.
SCHUNEMANN, Bernd. "CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA". En: Revista Peruana de doctrina y jurisprudencia penal, . Editorial Grijley, Lima - Perú, 2000.
SCHUNEMANN, Bernd. "LA RELACIÓN ENTRE ONTOLOGISMO y NORMATIVISMO EN LA DOGMATICA JURíDICO-PENAL". En: Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología, UNED, Madrid - España, 2001.
SEARLE, John. "LA CONSTRUCCIÓN DE LA REALIDAD SOCIAL", Presentación y traducción de A. Domimech, Editorial Paídos, Barcelona ¬España,1997,
SERRANO MAILLO, Alfonso. "ENSAYO SOBRE El DERECHO PENAL COMO CIENCIA. ACERCA DE SU CONSTRUCCIÓN", Editorial Dykinson, Madrid - España, 1999.
SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "El DELITO DE OMISIÓN. CONCEPTO Y SISTEMA", Editorial Bosch, Barcelona - España. 1986.
SILVA SANCHEZ, Jesús María. "APROXIMACIÓN AL DERECHO PENAL CONTEMPORANEO", Editorial Bosch, Barcelona - España, 1992.
SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "POLÍTICA CRIMINAL Y REFORMA LEGISLATIVA EN EL DEliTO DE "COMISIÓN POR OMISIÓN" (EL ARTíCUL() 10 DEL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DE 1992)". En:
Política Criminal .v Reforma Penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid - España, 19930
SILVA SANCHEZ, Jesús María. "COMiSION Y OMISION. CRITERIOS DE D!STINCIOr~". En: Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid - España, 1995.
SILVA SÁNCHEZ, Jesús María I CORCOY 81DASOLO, Mirentxu I SALDÓ LAVILLA, Francisco. "CASOS DE LA JURISPRUDENCIA PENAL CON COMENTARIOS DOCTRINALES. PARTE GENERAL", Editorial Bosch, Barcelona - España, 1996.
SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "POLÍTICA CRIMINAL EN LA DOGMÁTICA: ALGUNAS CUESTIONES SOBRE SU CONTENIDO Y LÍMITES". En: Polítjea criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, Editorial Bosch, Barcelona - España, 1997.
SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL. ASPECTOS DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN LAS SOCIEDADES POSTINDUSTRIALES", Editorial Civitas, Madrid - España, 1999.
SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "NORMAS Y ACCIONES EN DERECHO PENAL", Editorial Hammurabi, Buenos Aires - Argentina, 2003
STRATENWERTH, Gunther. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL, HECHO PUNIBLE 1", Traducción de la edición alemana de Gladys Nancy Romero, Editorial Ederma, Madrid - España, 1982.

STRUENSEE, Eberhard. "ATRIBUCiÓN OBJETIVA E IMPRUDENCIA", Traducción de Serrano Gonzáiez de Murillo. En: Cuadernos de Política Criminal, N° 44, Editorial Edersa, Madrid - España, 1991.
STRUENSEE, Eberhard. "ACTUAR y OMITIR, DELITOS DE COMISiÓN Y DE OMISIÓN". En: Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 03, Editorial Grijley, Lima - Perú, 1994.
STRUENSEE, Eberhard. "ACERCA DE LA LEGITIMACiÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA COMO CATEGORíA COMPLEMENTARIA DEL TIPO OBJETIVO". Traducción de Fabrizio Guariglia. En: El Derecho penal de hoy. Homenaje al Profesor de David Baigún, Editorial El Puerto, Buenos Aires - Argentina, 1995.
TERRAGNI, Marco Antonio. "OMISiÓN IMPROPIA". En: Derecho procesal penal. Homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez, jorge Eduardo Buompadre (Director), Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires _ Argentina, 1997.
TERRAGNI, Marco Antonio. "OMISiÓN IMPROPIA Y POSICiÓN DE GARANTE", En: Derecho procesal penal. Libro homenaje a Carlos Alberto Contreras Gómez Editorial Abeledo - Perrat, Buenos Aires - Argentina,
2000.
TIEOEMANN, Kfaus. "REQUISITOS FUNDAMENTALES DE UNA
REGULACIÓN DE LA PARTE GENERAL". Traducción de Iván Meini Méndez. En: Aspectos fundamentales de la Parte ,General del Código Penal peruano, Anuario de Derecho Penal, PUCP. Lima, 2003"

TORio LÓPEZ, AngeL "Lí¡Vli.TES POLiTICO - CRiMINALES DEL DELITO DE COMISIÓN POR MISIÓN". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de ,Justicia e Interior, Madrid - España, 1984.
TORío IÓPEZ, ÁngeL "N¡.YTURALEZA Y ÁMBITO DE LA TEORíA DE LA IMPUTACiÓN OBJETIVA". En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia, Madrid - España, 1986.
TORío LÓPEZ, Ángel. "FIN fJE PROTECCiÓN Y ÁMBITO DE PROHIBICIÓN DE LA NORMA". En: Estudios Penaies y Crirnino/ógicos, Tomo X, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela -
. España, 1987 ..
TORío LÓPEZ, Án~lel. "RELACiÓN DE CAUSALiDAD: INDICACIONES PARA UNA ACTUALIZACiÓN". En: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 02, Editorial Grijley, Urna - Perú, 2001.
URQUIZO OLAECHEA, José. "EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD", Gráfica Horizonte, Lima - Perú, 2000.
URQUIZO OLAECHEA, José. "RESCENSIÓN AL LIBRO DE MANUEL CANCIO MELIÁ: LÍNEAS BÁSICAS DE LA TEORíA DE LA IMPUTACiÓN OBJETIVA". En: Rev. Peruana de Ciencias Penales, N° 15, Editorial idemsa, lima - PerÚ,

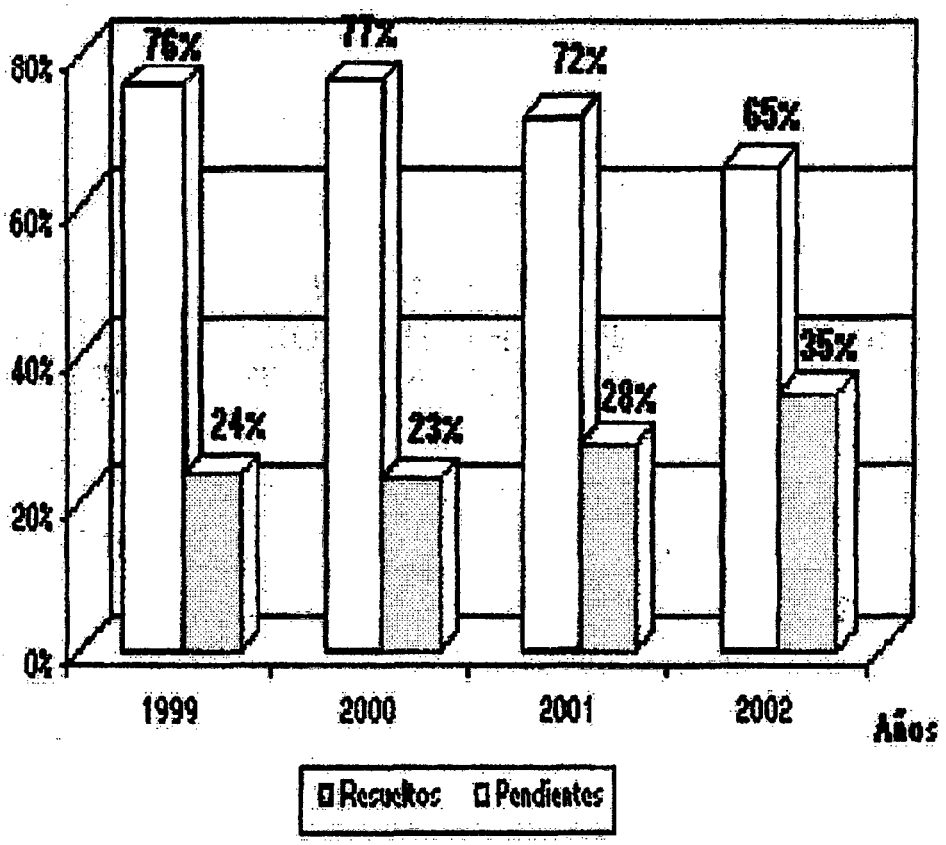
2004.
VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", 3ra. Edición, Editorial Temis, Bogotá - Colombia, 1997.
VILLA STEIN, .Javier. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial San Marcos, Lima - Perú, 1998.
VILLAVICENCIO TERREROS, Luís Felipe. "LECCIONES DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Editorial Cuzco, Lima - Perú, 1990.
VILLAVICENCIO TERREROS, Luis Felipe. "CÓDIGO PENAL", 3da. Edición, Editorial Grijley, Urna ~ Perú, 2001.
VaN FEURBACH, Paul Joham Anselm Ritter. "TRATADO DE DERECHO PENAL COMÚN VIGENTE EN ALEMANiA", Traducción al castellano de la 14ta. Edición alemana, Buenos Aires - Argentina, 1989.
WELZEL, Hans. "DERECHO PENAL PARTE GENERp,L", traducción de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires - Argentina, 1956.
\NELZEL, Hans. "DERECHO PENAL ALEMÁN", traducción de Bustos Rarnírez y Sergio Yánez, Ediciones Jurídicas de Santiago de Chile, Santiago - Chile, 197'(t
WELZEI, Hans. "EL NUEVO SISTEMA DEL DERECHO PENAL. UNA INTRODUCCiÓN A LA DOCTRINA DE LA ACCiÓN FINALISTA", Editorial 8 de F, Montevideo - Uruguay, 2002.
WELZEL, Hans. "ESTUDIOS DE DERECHO PENAL. ESTUDIOS SOBRE EL SISTEMA DE DERECHO PENAL. CAUSALIDAD y ACCiÓN. DERECHO PENAL Y FILOSOFíA", Editorial B de F, Montevideo - Uruguay, 2003.
WESSELS, Johannes. "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", Traducción de la 6ta. Edición alemana por Conrado Finsi, Ediciones Depalma, Buenos Aires - Argentina, 1980.
WOL TER, Jurgen. "LA IMPUTACiÓN OBJETIVA Y EL SISTEMA MOOERNO DEL DERECHO PENAL". En: Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, Gimbernat I Schunemann I Wolter (Editores), Universidad Complutense de Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid - España, 1994.
WOL TER, Jurgen. "DERECHOS HUMANOS Y PROTECCiÓN DE BIENES JURíOICOS EN UN SISTEMA EUROPEO DEL DERECHO PENAL". En: En: Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, Schunemann I De Figueiredo (Coordinadores), Editorial Bosch, Barcelona - España, 1995.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl I ALAGIA, Alejandro I SIOKAR, Alejandro. "DERECHO PENAL PARTE GENERAL", Volumen 11, Editorial EDIAR, Buenos Aires - Argentina, 2000.
ZIELINSKY, Diethart "DISVALOR DE ACCiÓN Y DISVALOR DE RESULTADO EN EL CONCEPTO DE ILICITO", traducción de Sancinetti, Editorial Hammurabi, Buenos Aires - Argentina, 1990.
ZÚÑIGA, Laura. "POLÍTICA CRIMINAL", Editorial Colex, Madrid - España, 2001.

ANEXO 1
GRAFICOS COMPLEMENTARIOS SOBRE LA CARGA PROCESAL EN LA CORTE SUPREMA

GRÁFICO N° 01

INDICADORES DE GESTION

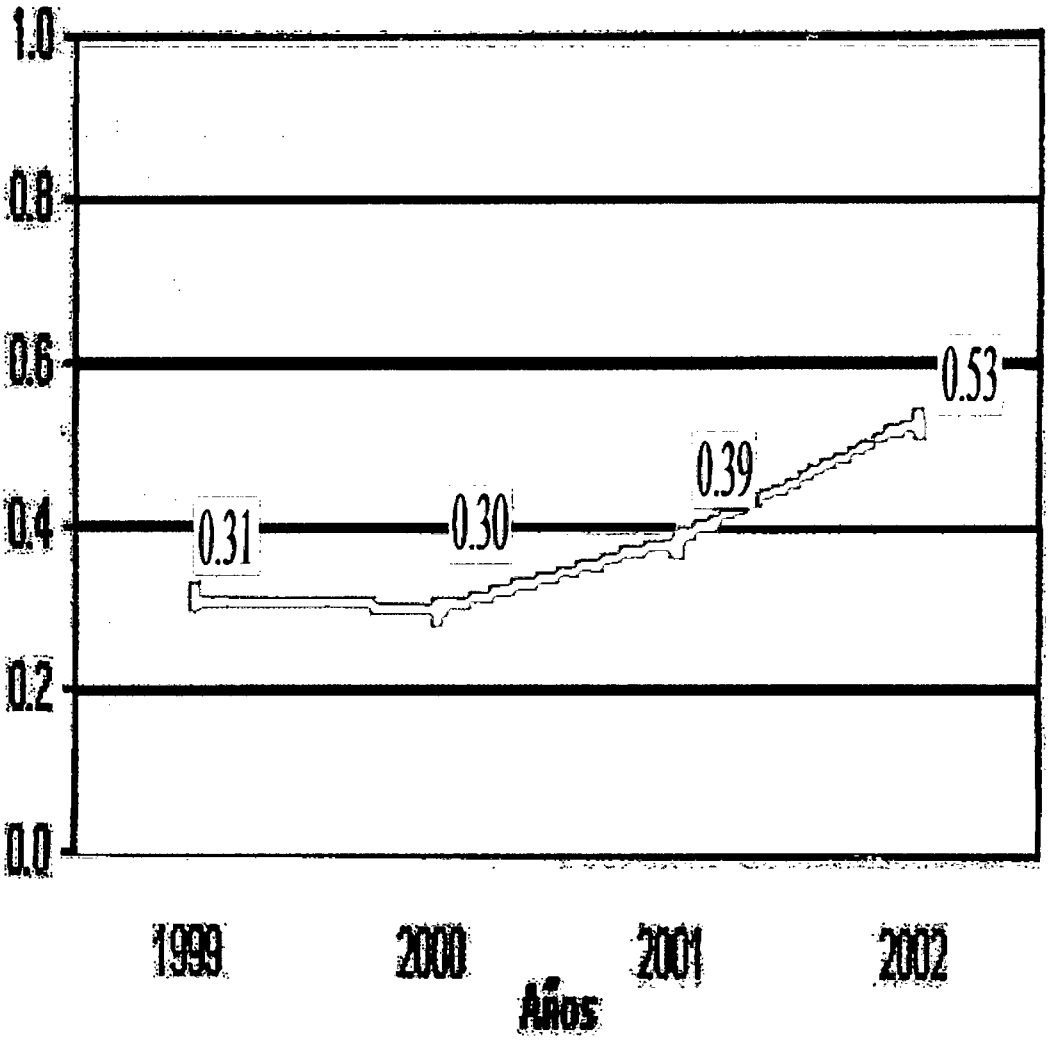
Evolución de la Carga Procesal Total de la Corte Suprema 1999 - 2002



Fuente: Discursos - Memoria de los Presidentes de la Corte Suprema, 1999 - 2002.
Elaboración: Proyecto Justicia Viva.

GRÁFICO Nº 02

ÍNDICE DE CONGESTIONAMIENTO DE LA CARGA PROCESAL EN LA CORTE SUPREMA 1999 - 2002



El índice de congestionamiento es igual al número de procesos pendientes entre los procesos resueltos en el año. Mientras más alto sea el índice, la congestión en la carga procesal será mayor.

Fuente: Discursos - Memoria de los Presidentes de la Corte Suprema, 199[illegible] - 2002.
Elaboración: Proyecto Justicia Viva.

CUADRO N° 01
. POBLACION POR DiSTRITOS JUDICIALES (2004 ~ 2005)

	2004	2005
TOTAL	27,546,580	27,952,470
AMAZONAS	443,025	450,653
ANCASH	623,198	631,591
APURIMAC	423,781	430,731
AREQUIPA	1,149,743	1,163,161
AYACUCHO	551,421	561,505
CAJAMARCA	1,021,828	1,033,288
CALLAO	811,874	824,461
CAÑETE	205,643	207,425
CONO NORTE	1,886,659	1,916,025
CUSCO	1,252,468	1,267,235
HUANCAVEUCA	265,813	271,455
HUANUCO-PASCO	954,336	968,600
HUAURA	494,115	498,617
ICA	831,548	845,342
JUNIN	1,489,695	1,508,308
LA LIBERTAD	1,530,077	1,552,474
LAMBAYEQUE	1,672,997	1,689,147
LIMA	5,425,403	5,524,100
LORETO	771,564	781,404
MADRE DE DIOS	104,891	107,681
MOQUEGUA	140,650	143,731
PIURA	1,685,972	1,711,451
PUNO	1,297,103	1,313,891
SAN MARTIN	937,574	949,825
SANTA	541;168	549,086
TACNA	309,765	317,804
TUMBES	211,089	215,705
UCAYAU	513,180	517,774

UNIVERSIDAD NACIONAL DE UCAYALI - BIBLIOTECA CENTRAL - U.N.U.

FUENTE: INEf - IX Censo de Población y IV de Vivienda de 1993, Proyección 2000-2004 ELABORACION: Sub Gerencia de Estadística - Gerencia de Planificación, Proyección 2005

CUADRO Nº 02

EXPEDIENTES INGRESADOS EN GIRO POR ORGANO JURISDICCIONAL Y ESPECIALIDAD 1

(Período: Octubre 2004 - Junio 2005

EXPEDIENTES INGRESADOS

ORGANO I ESPECIALIDAD	AÑO 2004	AÑO 2005	
	IV Trimestre	I Trimestre	II Trimestre
SALAS ESPECIALIZADAS Y			
MIXTAS	50.054	30.141	36.844
CIVIL	19.218	12.211	13.057
PENAL	116.737	8.598	11.437
LABORAL	3.784	2.180	3.432
FAMILIA	1.038	1.019	1.397
MIXTO	9.277	6.133	7.520
JUZGADOS ESPECIALIZADOS Y			
MIXTOS	141.493	96.007	124.902
CIVIL	35.312	22.025	27.828
PENAL	43.257	30.786	38.121
LABORAL	8.801	6.522	9.074
FAMILIA	23.379	14.802	21.189
MIXTO	30.744	21.872	28.689
JUZGADOS DE PAZ LETRADOS			
	116.630	98.384	112.688
TOTAL	**599.724**	**350.680**	**436.178**

CUADRO Nº 03

EXPEDIENTES RESUELTOS EN GIRO POR ORGANO JURISDICCIONAL Y ESPECIALIDAD

(Periodo: Octubre 2004 - Junio 2005)

ORGANO / ESPECIALIDAD	EXPEDIENTES RESUELTOS		
	AÑO 2004	AÑO 2005	
	IV Trimestre	I Trimestre	II Trimestre
SALAS ESPECIALIZADAS Y MIXTAS	**47,448**	**32,154**	**39,653**
CIVIL	18,704	11,644	14,109
PENAL	17,098	9,794	12,407
LABORAL	3,449	2,574	2,539
FAMILIA	1,100	1,119	1,055
MIXTO	7,097	7,023	9,543
JUZGADOS ESPECIALIZADOS Y MIXTOS	**100,190**	**67,426**	**94,590**
CIVIL	24,125	15,091	21,562
PENAL	31,774	23,042	31,601
LABORAL	6,291	4,643	6,092
FAMILIA	17,119	10,171	15,391
MIXTO	20,881	14,479	19,943
JUZGADOS DE PAZ LETRADOS	**104,105**	**75,036**	**88,381**
TOTALES	**251,743**	**174,616**	**222,624**

Fuente: Cortes Superiores de Justicia
Elaboración: Gerencia de Planificación / Sub Gerencia de Estadística
Los Expedientes Resueltos están constituidos por los expedientes que han concluido con todas las etapas del proceso habiéndose dictado Sentencia, Informe Final o Auto Definitivo.