

Capítulo IX

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

I. INTRODUCCIÓN: LA IMPUTACIÓN JURÍDICO-PENAL DEL HECHO

La imputación jurídico-penal del hecho abarca lo que usualmente son los elementos o categorías que configuran el injusto penal. En tanto se trata de un proceso complejo, resulta posible distinguir determinadas partes al interior del mismo. En un primer nivel se encuentra la llamada imputación objetiva del comportamiento y del resultado. Afirmada la imputación objetiva se pasa a un segundo nivel de imputación constituido por la llamada imputación subjetiva. Finalmente, en el tercer nivel se procede a determinar si no hay estructuras relevantes que lleven al descargo de la imputación y, por tanto, nieguen la imputación jurídico-penal del hecho afirmada previamente de forma general. Nuestra exposición va a seguir esta exposición progresiva del proceso de imputación del hecho, ocupándonos en este capítulo de la llamada imputación objetiva. Los capítulos siguientes estarán referidos a la imputación subjetiva y a las estructuras de descargo de la imputación.

La distinción entre una imputación objetiva y una subjetiva constituye el primer paso analítico en el proceso de imputación. No obstante, este reconocimiento no puede llevarnos a la conclusión de que se trata de niveles autónomos con criterios propios de

determinación orientados únicamente a permitir imputar un hecho a una persona⁽¹⁾. La imputación objetiva y la subjetiva se encuentran mutuamente condicionadas, como lo pone de manifiesto ciertos temas como, por ejemplo, el tratamiento de los llamados conocimientos especiales⁽²⁾. Por esta razón, tendría muy poco sentido hablar de una imputación objetiva sin presuponer el conocimiento del autor de los datos relevantes o llevar a cabo la imputación subjetiva sin reunir los requisitos mínimos para afirmar la relevancia objetiva del hecho. Ambos aspectos de la imputación sólo adquieren un sentido completo cuando son contemplados de manera conjunta⁽³⁾.

El desarrollo actual de la teoría de la imputación objetiva en el Derecho penal no parte, sin embargo, de una comprensión unitaria de la imputación penal. Cuando HONIG formuló por primera vez la teoría de la imputación objetiva del resultado a partir de la llamada "susceptibilidad objetiva de ser tomado como fin" (*objective Bezweckbarkeit*), lo hizo como una idea complementaria a la causalidad en los delitos de resultado⁽⁴⁾. Si bien los estudios posteriores sobre la

(1) Por ello señala correctamente JAKOBS, *PJ* 56, p. 120, nota 3, que el tipo objetivo no constituye un escalón de valoración propio. Vid., en el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 69.

(2) Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 235 y ss.; MIR PUIG, *GS-Armin Kaufmann*, p. 266 y s.; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 59 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, *ADPCP* 1996, p. 492 y ss.; ROBLES PLANAS, en *XXIV Jornadas internacionales de Derecho penal*, p. 392 y ss. Muy esclarecedoras se muestran las explicaciones de FRISCH, en *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 182 y ss., al señalar que el conocimiento especial del autor permite seleccionar la parte de la realidad sobre la que recae el juicio objetivo. En el mismo sentido, SANCINETTI, *Teoría del delito*, p. 298 y s.

(3) Vid., esta comprensión ya en BERNER, *Grundlinien*, p. 40 y ss. En el mismo sentido, pero referido no a la imputación sino a la acción típica, MIR PUIG, *GS-Armin Kaufmann*, p. 257; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 53.

(4) Vid., HONIG, *FS-Frank*, I, p. 174 y ss., quien se refirió también a los delitos de omisión y la utilización también aquí de la imputación del resultado (p. 189 y ss.). En la misma línea se encuentra también la formulación de la teoría de la adecuación de ENGISCH, *Die Kausalität*, passim (espec. p. 59 nota 1). Actualmente se mantienen en el modelo de interpretación de la imputación objetiva

teoría de la imputación objetiva han ido ampliando su ámbito de aplicación a los delitos culposos⁽⁵⁾ y a los delitos de mera actividad⁽⁶⁾, la doctrina penal mayoritaria no ha reconocido aún una teoría global de la imputación jurídico-penal que enmarque la imputación objetiva. En el mejor de los casos, se ha procedido a una reformulación normativa de la tipicidad (objetiva)⁽⁷⁾, la cual se ha materializado a través de una argumentación inductiva a partir de grupos de casos⁽⁸⁾ o deductivamente mediante ciertos criterios generales de regulación⁽⁹⁾. Apenas una línea de pensamiento minoritaria se ha mantenido en la idea de una teoría general de la imputación penal⁽¹⁰⁾, en la

de Honig, MAIWALD, *FS-Miyazawa*, p. 465 y ss.; KÖHLER, *Strafrecht*, AT, p. 143 y ss., con el criterio de dominabilidad.

- (5) En donde se contaba ciertamente ya con un conjunto de conceptos objetivos para delimitar la conducta prohibida (deber de cuidado, nexo de contrariedad del deber, fin de protección de la norma), pero que ahora se equiparan con los desarrollados en los delitos dolosos (vid., en este sentido, LESCH, *JR* 2001, p. 384). Vid., sobre la igualdad de criterios en la imputación objetiva de los delitos dolosos y culposos, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 24, n.m. 10; PUPPE, *La imputación objetiva*, p. 1.
- (6) Vid., así, REYES, *ZStW* 105 (1993), p. 132. En este sentido, resulta esclarecedor la referencia de FRISCH, *Verhalten*, p. 23 y ss., al traslado de la importancia del injusto del resultado al injusto del comportamiento.
- (7) Vid., así la indicación de FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 25 y ss.
- (8) Vid., así, ROXIN, en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, p. 126 y ss., que lo lleva a su llamado principio del riesgo. Críticamente, precisamente por ausencia de principios rectores precisos, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 117 y s.
- (9) Vid., así, la teoría de la conducta típica de FRISCH, *Verhalten*, p. 70, con base en una ponderación de la limitación de la libertad de acción (prohibición de una determinada forma de comportamiento) y la protección de determinados bienes, condiciones de existencia y desarrollo. Anteriormente ya WELZEL, *ZStW* 58 (1939), p. 491 y ss., había propuesto con su concepto de adecuación social, que luego redujo en importancia, una formulación normativo-social del tipo. Vid., sobre esto último, CANCIO MELIÁ, *GA* 1995, pp. 183 y ss., 190 y s.
- (10) Vid., HARDWIG, *Zurechnung*, passim (espec. p. 111 y ss.); HRUSCHKA, *Strukturen*, passim (espec. p. 3 y ss.); WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 18 y ss.; IAKORS, *Sociedad normativa y persona*, p. 50 y ss.; KORIATH, *Grundlagen*

que, por cierto, sólo algunos autores han reconocido que la imputación objetiva constituye una parte de este proceso global⁽¹¹⁾. Desde ya conviene dejar precisado que nuestra comprensión de la imputación objetiva se corresponde metodológicamente con esta última interpretación.

II. LA FUNCIÓN Y CONFIGURACIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Antes de entrar en las distintas funciones dogmáticas atribuidas a la teoría de la imputación objetiva, resulta conveniente que hagamos una breve referencia al sector de la doctrina penal que le niega utilidad, en tanto la función que se le atribuye en la teoría del delito puede ser perfectamente cubierta por otras categorías dogmáticas⁽¹²⁾. Por ejemplo, los aún defensores de una comprensión causalista del delito sostienen que los problemas que aparentemente soluciona la teoría de la imputación objetiva pueden resolverse con los correctivos que ofrece la causalidad⁽¹³⁾, la antijuricidad o la culpabilidad (dolo y culpa)⁽¹⁴⁾. Por su parte, los representantes de la escuela finalista muestran también su disconformidad con la creación de esta nueva categoría, en tanto, según su parecer, se trata de cuestiones que pueden solucionarse sin mayores complicaciones en la categoría de la acción⁽¹⁵⁾,

passim (espec. p. 236 y ss.). En España se presenta así el planteamiento actual de MIR PUIG, *RPDJP* 3 (2002), p. 257, que divide la imputación en imputación objetiva, subjetiva y personal, aunque a ello suma el principio de lesividad.

⁽¹¹⁾ Vid., en este sentido, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 358; JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 54; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 94 y s.; REYES, *ZStW* 105 (1993), p. 128 y ss. Por el contrario, rechaza, al menos para los delitos dolosos, la necesidad de una teoría de la imputación objetiva, KORIATH, *Grundlagen*, p. 536.

⁽¹²⁾ Vid., en este sentido, la exposición que hace FRISCH, *FS-Roxin*, p. 219 y ss.

⁽¹³⁾ Vid., así, RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, PG, p. 371 y ss.

⁽¹⁴⁾ Vid., así, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht*, AT § 14, n.m. 100.

⁽¹⁵⁾ En este sentido, HIRSCH, *FS-Lenckner*, p. 133 y ss.

en el dolo⁽¹⁶⁾ o que entran en el ámbito de la valoración específica de la antijuricidad⁽¹⁷⁾. Incluso para los delitos culposos, en donde existe una clara similitud entre los criterios de la imputación objetiva y la teoría de la infracción del deber objetivo de cuidado, se considera también superflua su utilización⁽¹⁸⁾.

Si a cada una de las referidas objeciones contra la imputación objetiva les asiste algo de razón, no vamos a develarlo aquí⁽¹⁹⁾. Para responder a este sector doctrinal crítico nos remitimos básicamente a las razones que justifican la normativización de las categorías jurídico-penales y, dentro de ello, el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva⁽²⁰⁾. No obstante, la idea de la normativización del Derecho penal no goza de una unidad de pensamiento, puesto que existen en la doctrina penal actual distintos pareceres sobre cómo debe emprenderse tal normativización y, por tanto, cómo debe configurarse la teoría de la imputación objetiva. Por esta razón, vamos a hacer a continuación una breve exposición de las propuestas más importantes de normativización de la imputación objetiva en el Derecho penal, lo que nos permitirá poner de manifiesto nuestro parecer sobre esta cuestión central del Derecho penal.

1. La función de prevención general de la norma penal

Conforme a la línea de pensamiento desarrollada por ROXIN, a las normas penales (como amenaza penal) se les atribuye la función

⁽¹⁶⁾ Vid., en este sentido, KAUFMANN, Armin, *FS-Jescheck*, I, p. 251; MORSELLI, en *La ciencia penal*, Moreno Hernández (coord.), p. 402.

⁽¹⁷⁾ Vid., así BUSTOS RAMÍREZ, *EPCr* XII, 1989, p. 105 y ss.

⁽¹⁸⁾ Vid., en este sentido, KÜPPER, *Grenzen*, p. 91 y ss.; STRUENSEE, *GA* 1987, p. 97 y ss.

⁽¹⁹⁾ Vid., las razones para un abandono de la comprensión finalista de la tipicidad, así como las respuestas a las críticas procedentes del finalismo, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 81 y ss.; CANCIO MELIÁ, *LH-Jakobs* (Perú), p. 252 y ss.

⁽²⁰⁾ Vid., en este sentido, FRISCH, *FS-Roxin*, pp. 221 y s., 226 y ss.; EL MISMO, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 43 y ss.

de prevención general para impedir la lesión de bienes jurídicos⁽²¹⁾. En este sentido, la norma penal se configura como una norma de determinación que se dirige a la voluntad humana con la finalidad de decirle qué debe hacer o no hacer para evitar lesionar bienes jurídicos⁽²²⁾. Aquellas lesiones a bienes jurídicos que no pueden ser evitadas por la norma de determinación, no podrán sancionarse penalmente debido a la ausencia de un desvalor de la acción (infracción de una norma de determinación). No obstante, para ROXIN la norma penal constituye también una norma de valoración informada por consideraciones político-criminales, esto es, que la realización de un comportamiento prohibido debe producir además un resultado contrario al ordenamiento jurídico⁽²³⁾. Por esta razón, para determinar la conducta típica no basta un desvalor de la acción, sino que es necesario además un desvalor del resultado, pues si no existe una afectación de la paz jurídica no habrá necesidad de reaccionar penalmente⁽²⁴⁾.

En la concepción de ROXIN, la teoría de la imputación objetiva se enmarca dentro de la teoría del tipo objetivo⁽²⁵⁾. Su función consistirá, por tanto, en filtrar solamente aquellas conductas en las que la norma penal ha podido ejercer una función de prevención general⁽²⁶⁾. En este sentido, la imputación objetiva debe, comprender, en un primer momento, todas las acciones que desde una perspectiva previa al hecho hubiesen podido evitarse de haberse observado la norma de conducta (como norma de determinación)⁽²⁷⁾. Pero la imputación

(21) Vid. así, ROXIN, *Strafrecht*, AT § 3, n.m. 37 y ss.

(22) Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 93.

(23) Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 93.

(24) Vid. ROXIN, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 100.

(25) Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 55.

(26) Vid., así, la fundamentación de SCHÜNEMANN, *RPDJP* 1 (2000), p. 423. Similarmen-
te MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p. 292.

(27) Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN, *RPDJP* 1 (2000), p. 424 y s., quien señala que por tratarse de normas de determinación o comportamiento, deben ser abarcados por el dolo y valer todos los conocimientos que posee el autor. En sentido similar, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung* = 16 y ss.

objetiva debe además limitar la imputación a los casos en los que desde una perspectiva posterior al hecho siga siendo apropiada la norma de conducta para evitar la lesión del bien jurídico⁽²⁸⁾, de manera que se excluyan los casos en los que el peligro jurídicamente desvalorado no se ha realizado en el resultado. Pese a la posibilidad de diferenciar estos dos planos en la explicación de la imputación objetiva, lo cierto es que para esta línea de interpretación se trata de dos aspectos que se encuentran necesariamente vinculados⁽²⁹⁾.

2. La teoría de la conducta típica y la limitación de la imputación objetiva

Otro sector de la doctrina penal, representado sobre todo por FRISCH, parte de un concepto material de delito según el cual delito es una conducta que aparece como merecedora y necesitada de pena. La condición mínima del merecimiento y necesidad de pena es la realización de un injusto del que alguien resulte responsable, entendiéndose por injusto el desconocimiento de las relaciones de mutuo reconocimiento, es decir, la negación del reconocimiento de las libertades jurídicas y de los bienes jurídicamente constituidos⁽³⁰⁾. Sin embargo, la realización de un injusto no es suficiente para justificar la pena. No todo injusto culpable resulta merecedor y necesitado de pena, sino que debe tratarse de un injusto cualificado. La cualificación del injusto depende de consideraciones de racionalidad y de justicia, e incluso, en algunos casos, de fórmulas de consenso⁽³¹⁾. De

aunque habla más bien aquí de una imputación personal que incluye también una norma de valoración (del injusto del resultado primario).

⁽²⁸⁾ Vid., SCHÜNEMANN, *RPDJP* 1 (2000), p. 426 y ss., que no se reduce a una simple vinculación causal, sino que debe determinarse conforme a finalidades político-criminales. Similarmente, WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 48 y ss., en relación con lo que llama el injusto de resultado secundario y para el que exige un juicio de adecuación.

⁽²⁹⁾ Vid. ROXIN, *Strafrecht*, AT § 11, n.m. 42; SCHÜNEMANN, *RPDJP* 1 (2000), p. 423 y s. Críticamente, FRISCH, *FS-Roxin*, p. 234 y s.

⁽³⁰⁾ Vid., FRISCH, en *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 145 y s.

⁽³¹⁾ Vid., con detalle, FRISCH, en *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 141 y ss.

esta manera, los criterios de merecimiento y necesidad de pena de un injusto culpable se constituyen como una categoría adicional de adecuación de la pena a la que será necesario recurrir solamente si no puede ser alojada ya en el tipo⁽³²⁾.

Las ideas anteriores se sitúan, sin duda, lejos de la teoría de la imputación penal, pero son aspectos previos necesarios para una comprensión integral del fenómeno penal⁽³³⁾. En el plano de la imputación propiamente, FRISCH comienza el análisis del tipo penal como el resultado de una ponderación general entre la restricción de la libertad de acción y la protección de bienes jurídicos que permite determinar las conductas penalmente desaprobadas⁽³⁴⁾. Los elementos de esa ponderación general no forman parte de la tipicidad⁽³⁵⁾, por lo que pueden presentarse casos concretos que pueden subsunirse en el tenor del tipo penal, pero que se mantienen dentro del ámbito de libertad general. Cuando esto sucede, la determinación del injusto típico no puede limitarse a la constatación de los elementos del tipo penal, sino que debe procederse a determinar si existe una conducta merecedora y necesitada de pena. A este proceder valorativo FRISCH denomina teoría de la "conducta típica"⁽³⁶⁾, colocándola en el centro de su comprensión de la tipicidad⁽³⁷⁾. La determinación de la conducta típica se corresponde, de alguna manera, con el nivel de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado de la teoría de la imputación objetiva defendida por la doctrina dominante, pero para FRISCH se trata de un aspecto independiente que no

(32) Vid., FRISCH, en *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 162 y s.

(33) Vid., así, ROBLES PLANAS, *Desvalorar e imputar*, p. 81.

(34) Vid., en este sentido, FRISCH, *Verhalten*, p. 70; EL MISMO, *FS-Roxin*, p. 222 y s..

(35) Vid., así, FRISCH, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 65: "Una concepción que convierta todas estas cuestiones en problemas de imputación estaría mezclando cuestiones relativas a la constitución jurídica (...) con cuestiones relativas a la auténtica imputación".

(36) Vid. FRISCH, *Verhalten*, p. 67; EL MISMO, *Tipo penal*, p. 102 y s.

(37) Vid., FRISCH, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 59.

constituye un presupuesto de la imputación⁽³⁸⁾. La imputación objetiva se limita solamente a comprobar que la realización de un resultado se corresponda con el peligro penalmente desaprobado creado por el autor⁽³⁹⁾, siendo la causa de la inflación de los problemas enmarcados en esta teoría un planteamiento insuficiente de la teoría de la conducta típica⁽⁴⁰⁾. Las perspectivas de análisis en cada uno de estos aspectos del tipo de los delitos de resultado son distintas: mientras en la conducta típica se realiza una determinación *ex ante*, en la realización del resultado tiene lugar una determinación *ex post*⁽⁴¹⁾.

3. La infracción de un rol como defraudación de la norma

La teoría de la imputación objetiva adquiere una configuración distinta en el planteamiento de JAKOBS. Para este autor, el Derecho penal se encarga de devolver la vigencia a las expectativas sociales defraudadas⁽⁴²⁾. Estas expectativas garantizadas jurídicamente sólo pueden ser defraudadas por una conducta objetivamente defectuosa, sin tener en cuenta los distintos aspectos individuales del autor⁽⁴³⁾. La teoría de la imputación objetiva ofrece precisamente el material que permite interpretar cuándo se ha realizado objetivamente un comportamiento delictivo, esto es, cuándo se ha defraudado

⁽³⁸⁾ Vid., FRISCH, *FS-Roxin*, p. 232; EL MISMO, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 59.

⁽³⁹⁾ Vid., FRISCH, *Verhalten*, p. 526 y s.

⁽⁴⁰⁾ Vid., FRISCH, *Verhalten*, p. 518; EL MISMO, *FS-Roxin*, p. 225; EL MISMO, *Tipo penal*, p. 54 y ss.

⁽⁴¹⁾ Vid., FRISCH, *Verhalten*, p. 71 y ss.; EL MISMO, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 62.

⁽⁴²⁾ JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 1, n.m. 11; EL MISMO, *PJ* 49, p. 298; EL MISMO, en *Estudios*, p. 385; EL MISMO, *Sociedad, norma y persona*, p. 18; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 184 y ss.; DERKSEN, *Handeln*, p. 175 y s.; PAWLICK, *Das unerlaubte Verhalten*, p. 61 y s.; MÜSSIG, *RPDJP* 2 (2001), p. 317 y ss.

⁽⁴³⁾ Vid., en este sentido, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 54.

de manera objetiva una expectativa social institucionalizada: una norma⁽⁴⁴⁾. Como puede apreciarse, la teoría de la imputación objetiva de JAKOBS se deriva de la misión atribuida a la imputación jurídico-penal⁽⁴⁵⁾.

El criterio que permite determinar objetivamente que se ha infringido una norma se encuentra en el desempeño de un rol social jurídicamente relevante⁽⁴⁶⁾. En este sentido un hecho sólo podrá imputarse objetivamente a un ciudadano si constituye una infracción de su rol. Aquellos aspectos de la realidad que no forman parte del rol atribuido al ciudadano no podrán serle imputados, aun cuando éste haya podido fácticamente realizar estos aspectos o evitar su producción⁽⁴⁷⁾. Si todas las personas fuesen competentes para evitar todos los daños posibles, se produciría una paralización inmediata de la vida social⁽⁴⁸⁾. La imputación jurídico-penal requiere, por tanto, de una base social objetiva que permita descartar los hechos o resultados que no se pueden atribuir.

III. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DELITO ECONÓMICO

De las distintas líneas de interpretación de la imputación objetiva que hemos expuesto, consideramos que sólo la que se basa en la infracción de roles responde mejor a las necesidades punitivas del Derecho penal económico. Un hecho puede imputarse a un sujeto económico sólo si constituye la infracción de un rol social jurídica-

⁽⁴⁴⁾ Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 97 y ss.

⁽⁴⁵⁾ Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 94.

⁽⁴⁶⁾ Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 97. Un aspecto importante en este punto es determinar si el término rol social se asume directamente del ámbito sociológico o si, por el contrario, se trata de roles jurídicamente definidos. El pensamiento de Jakobs parece apuntar actualmente a la segunda forma de percepción. Por el contrario, MÜSSIG, *Teoría de los sistemas* (Gómez-Jara ed.), p. 209 y s., se muestra más vinculado al sentido sociológico del rol como esquema de orientación de las personas.

⁽⁴⁷⁾ Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 102.

⁽⁴⁸⁾ Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 96 y s.

mente atribuido. Para precisar cuáles son las exigencias que se derivan del desempeño de un rol en la economía, debe recurrirse a las distintas normas formales e informales que regulan el sector económico correspondiente⁽⁴⁹⁾. En este sentido, lo determinante en la imputación es lo que el sujeto económico debe objetivamente evitar o, lo que es lo mismo, su competencia por el hecho. Lo subjetivo tiene importancia solamente como conocimiento de lo objetivamente relevante. El conocimiento subjetivo que va más allá de lo requerido, en principio, no debería tener efecto alguno en la imputación penal⁽⁵⁰⁾.

Los criterios objetivos de determinación de las competencias de los sujetos económicos dependen de los distintos roles asumidos⁽⁵¹⁾. Como ya lo vimos de manera general, por un lado se encuentra el rol general de ciudadano concretado en las actividades económicas específicas⁽⁵²⁾ y, por el otro, los roles especiales que dan lugar a deberes especiales en virtud de una concreta institución social⁽⁵³⁾. La infracción de los roles no se produce del mismo modo en ambos casos. La imputación objetiva en los delitos de dominio (infracción del rol de ciudadano) sigue criterios de regulación distintos a los que rigen en los delitos de infracción de un deber (infracción de roles especiales). En lo que sigue, nos ocuparemos de mostrar las particularidades que cada una de estas formas de defraudación del rol adquiere en el Derecho penal económico.

1. La imputación objetiva en los delitos económicos de dominio

El sujeto económico se mantiene durante su actividad en el rol general de ciudadano y, por tanto, ante la obligación originaria⁽⁵⁴⁾ de

⁽⁴⁹⁾ Vid., JAKOBS, *PJ* 56, p. 136.

⁽⁵⁰⁾ Vid., JAKOBS, *PJ* 56, p. 136.

⁽⁵¹⁾ Vid., así, JAKOBS, en *Estudios*, p. 211.

⁽⁵²⁾ Vid., de manera general, JAKOBS, en *Estudios*, p. 211 y s.

⁽⁵³⁾ Vid., la referencia, JAKOBS, en *Estudios*, p. 212 y s.

⁽⁵⁴⁾ Sobre el origen filosófico de la obligación originaria, vid., la interesante exposición de JAKOBS, *La imputación penal*, p. 7 y ss.

hacer uso de su libertad sin perjudicar al resto⁽⁵⁵⁾. A la libertad de organización de su propia esfera, orientada en estos casos a la obtención de beneficios en el ámbito de la economía, le corresponde también una responsabilidad por las consecuencias lesivas derivadas de esa organización⁽⁵⁶⁾. No obstante, el hecho de que de la actuación de un sujeto económico se deriven causalmente daños económicos para otros, no da lugar aún a su responsabilidad penal⁽⁵⁷⁾. Solamente en caso que el sujeto económico haya infringido a la vez su rol de ciudadano, podrá atribuírsele objetivamente el hecho y, dado el caso, una responsabilidad penal. Este proceso de determinación objetiva se divide en dos partes: la imputación del comportamiento y la imputación objetiva del resultado.

A. La imputación del comportamiento o creación de un riesgo prohibido

La imputación del comportamiento determina que un comportamiento riesgoso pueda imputarse al sujeto económico como infracción del rol general de ciudadano. Para llegar a establecer esto, debemos precisar (a) cuándo una organización personal riesgosa se encuentra prohibida por el ordenamiento jurídico y (b) cómo tienen lugar las organizaciones defectuosas del sujeto económico. Una vez precisados estos aspectos, estaremos en situación de mostrar (c) los institutos dogmáticos que permiten decidir a quién se le imputa el comportamiento defectuoso en el caso de la intervención de varios. En el último punto de este apartado (d), nos ocuparemos de las distintas figuras típicas que pueden fundamentarse ya con la sola imputación del comportamiento.

⁽⁵⁵⁾ Vid., en este sentido, de manera general, JAKOBS, en *Estudios*, p. 211. De manera específica para el Derecho penal económico, aunque desde un modelo preventivo, BOTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 85 y s.

⁽⁵⁶⁾ Vid., BOTKE, en *Deutsche Wiedervereinigung*, T. III, p. 86.

⁽⁵⁷⁾ Vid., de manera general, JAKOBS, en *Estudios*, p. 212.

a. La creación de un riesgo prohibido

aa) Origen del concepto 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 consecuencia, existen riesgos socialmente permitidos que no pueden dar lugar a responsabilidad penal. El origen histórico del concepto de riesgo permitido se remonta a la época industrial en la que fue necesario, para no parar el progreso, permitir ciertas actividades a pesar de su peligrosidad⁽⁵⁸⁾. Así, pueden encontrarse ya en la doctrina penal de la segunda mitad del siglo XIX referencias doctrinales a la problemática de acciones peligrosas pero necesarias para el desarrollo (económico) de la sociedad. Sin entrar en las distintas soluciones dogmáticas que desde entonces se han ofrecido para resolver esta problemática⁽⁵⁹⁾, la doctrina penal actualmente dominante vincula el concepto de riesgo permitido con la teoría de la imputación objetiva como la faceta negativa de la imputación de comportamiento (o creación de un riesgo jurídicamente desaprobado)⁽⁶⁰⁾. Por el contrario, un sector minoritario de la doctrina se muestra crítico frente a la posible utilidad dogmática de este concepto⁽⁶¹⁾, o lo

⁽⁵⁸⁾ Vid., con mayor detalle, REHBERG, *Zur Lehre*, p. 17; PREUß, *Untersuchungen*, pp. 15, 32. Referencias a situaciones anteriores en las que también se utilizaba la misma lógica del riesgo necesario, JAKOBS, en *Estudios*, p. 172; PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 268 y ss.; SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, p. 29 y s.

⁽⁵⁹⁾ Vid., sobre esto, vid. la exposición de SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, p. 30 y ss.

⁽⁶⁰⁾ Vid., así, la indicación de PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 277; IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 126. Vid., en este sentido la sentencia de la Corte Suprema N° 1767-97 de 12 de enero de 1998 (ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal*, I, p. 120 y s.). Sobre este requisito de la imputación objetiva en la jurisprudencia peruana, vid., REYNA ALFARO, *Revista peruana de jurisprudencia* 9 (2001), p. 33 y ss.

⁽⁶¹⁾ Vid., KIENAPFEL, *Das erlaubte Risiko*, p. 28 y ss.; ROEDER, *Die Einhaltung*, p. 40; PRITTWITZ, *Strafrecht*, p. 267 y ss.

considera simplemente un concepto formal que sólo permite agrupar los distintos casos en los que se excluye el desvalor de acción⁽⁶²⁾. Otro sector, ubicado en una posición intermedia, limita la relevancia dogmática del riesgo permitido al ámbito de los delitos culposos⁽⁶³⁾. Pese a los argumentos esgrimidos por los detractores de la idea del riesgo permitido, consideramos que existen razones de fondo para aceptar su relevancia en la configuración de la imputación objetiva.

En nuestra comprensión de la imputación objetiva del comportamiento, el riesgo prohibido constituye un importante criterio de determinación, pues no forma parte del rol de ciudadano impedir todos los riesgos de lesión, sino solamente los que exceden el riesgo socialmente permitido⁽⁶⁴⁾. No obstante, no basta hacer la afirmación general de que no puede imputarse objetivamente riesgos permitidos, sino que se requiere concretar lo que califica un riesgo como prohibido, para lo cual resulta determinante tener en cuenta la actual configuración de nuestra sociedad⁽⁶⁵⁾. En lo que atañe al Derecho penal económico, esta labor de concreción requiere individualizar no sólo el sistema económico vigente, sino también los distintos

(62) Vid., en este sentido, MAIWALD, *FS-Jescheck*, I, p. 405 y ss.

(63) Vid., así, KINDHÄUSER, *GA* 1994, p. 215 y ss.; BURKHARDT, en *Straftat*, Wolter/Freund (Hrsg.), p. 120, nota 95; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 211.

(64) Vid., en este sentido, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 103. Sobre la legitimación del riesgo permitido hay varias posiciones: los que entienden que se trata del resultado de un proceso de decisión determinado por la inevitabilidad de la positividad del Derecho [así, LÜBBE, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 373 y ss.], los que lo consideran como resultado de un juicio de ponderación de intereses (FRISCH, *Verhalten*, p. 71 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 201 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, p. 87 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 137; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, pp. 91, 101 y ss.), los que parten de los intereses de los miembros de la comunidad jurídica en la norma (SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, p. 86), y aquellos que consideran que se trata de una cuestión que depende de la configuración de la sociedad [JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 121 y s.; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 230; MARAVER GÓMEZ, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 209 y ss., espec. p. 235].

(65) Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 173; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 118 y s.

sectores de actuación económica⁽⁶⁶⁾. La concreción del riesgo prohibido constituye un proceso de determinación con base en normas jurídicas, normas técnicas y reglas de la prudencia que rigen en el sector económico correspondiente⁽⁶⁷⁾.

bb) Criterios de determinación del riesgo prohibido

Para concretar el riesgo prohibido debe tenerse en cuenta, en primer lugar, las conductas peligrosas que el propio ordenamiento jurídico considera prohibidas⁽⁶⁸⁾. Estas conductas quedan excluidas del ámbito de lo permitido debido a su peligrosidad abstracta o concreta. En el ámbito de la economía tal exclusión se lleva a cabo mediante las normas jurídicas que sancionan con penas o multas determinadas formas de actuación consideradas peligrosas⁽⁶⁹⁾. En este sentido, no son solamente los delitos de peligrosidad los que permiten excluir una determinada forma de actuación del ámbito del riesgo permitido, sino también las reglamentaciones administrativas que regulan determinadas actividades de explotación económica y prohíben expresamente bajo amenaza de sanción administrativa la realización de determinadas conductas⁽⁷⁰⁾. No obstante, en el caso de simples contravenciones administrativas se requiere, además, que estén presentes los restantes presupuestos exigidos por el delito económico correspondiente⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁶⁾ Como lo indica VOLK, *JZ* 1993, p. 432, los riesgos no son generales sino que se determinan por el ramo de actuación económica.

⁽⁶⁷⁾ Vid., con mayor detalle, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 124 y ss.

⁽⁶⁸⁾ Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 173; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 124; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 238; SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, p. 178.

⁽⁶⁹⁾ Vid., la consideración también de las prohibiciones administrativas en estos casos, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 125.

⁽⁷⁰⁾ Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 139.

⁽⁷¹⁾ En este sentido, pueden tenerse en cuenta las apreciaciones realizadas por PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, p. 505 y ss., en el sentido de que el nivel de riesgo permitido penalmente no debe coincidir necesariamente con el establecido administrativamente, sino que pueden establecerse niveles máximos de riesgo permitido mayores a los determinados administrativamente. Del

El siguiente paso consiste en tener en consideración las normas jurídicas y extrajurídicas que regulan la actividad económica correspondiente. Un primer referente lo ofrecen los criterios de ordenación establecidos por la regulación jurídico-administrativa (regulación primaria o normas especiales) sobre la correcta explotación económica del sector correspondiente⁽⁷²⁾. En caso de no existir una regulación jurídica concreta o que ésta resulte insuficiente, deberá recurrirse a los estándares técnicos establecidos en el sector económico específico⁽⁷³⁾, los cuales incluyen no sólo los métodos desarrollados por la técnica y la ciencia en la explotación de determinados recursos, sino también las diversas directivas al interior de una empresa (por ejemplo, las indicaciones a los instaladores en caso de empresas de gas)⁽⁷⁴⁾. Es incluso posible que la propia regulación jurídica se remita expresamente a las normas técnicas del sector respectivo⁽⁷⁵⁾.

Un tema discutido sobre las reglas técnicas como criterios de determinación del riesgo prohibido se suscita respecto de aquellas que no son adecuadas para el control de la actividad riesgosa. Si la inadecuación consiste en una exigencia excesiva sobre el agente económico para controlar el riesgo, el incumplimiento de las reglas en su parte de exceso no constituye un incremento del riesgo penal-

mismo parecer, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 135 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 91.

⁽⁷²⁾ Vid., FRISCH, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 103; SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, p. 180; BRINKMANN, *Der Vertrauensgrundsatz*, p. 98 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 226 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 104, con base en un carácter indiciario.

⁽⁷³⁾ Vid., FRISCH, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 104. En general, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 126; BRINKMANN, *Vertrauensgrundsatz*, p. 104 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 258 y ss. Crítica frente a esta regulación (reglas especiales) para determinar el riesgo permitido, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 105.

⁽⁷⁴⁾ Vid., en este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 271.

⁽⁷⁵⁾ Vid., sobre esto, SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, p. 187 y ss. Esta remisión resulta recomendable dado el carácter esencialmente técnico y dinámico de las reglas técnicas en sectores económicos. Vid., sobre esto, de manera general, FRISCH, *Verhalten*, p. 106 y ss.

mente relevante⁽⁷⁶⁾. Más discutible se presenta el caso cuando el agente observa las reglas técnicas, pero éstas resultan inadecuadas para controlar el riesgo. No se habrá creado un riesgo prohibido si las reglas técnicas se muestran al momento de actuar como reglas adecuadas para el control de los riesgos⁽⁷⁷⁾. Solamente podrá considerarse objetivamente relevante el cumplimiento de las reglas técnicas inadecuadas, si su adecuación estaba ya cuestionada al momento de actuar. En estos casos, la regla técnica deja de ser un criterio que autorice la creación de un riesgo y, por tanto, puede dar a pie a una imputación del comportamiento.

Si bien los sectores de actuación económica tienen, por lo general, reglas jurídicas que permiten diferenciar el riesgo permitido del riesgo prohibido, no se excluye la posibilidad, ciertamente muy escasa, de que determinado sector económico carezca de una regulación jurídica o técnica en este sentido. En estos casos, el estándar de actuación tendrá que determinarse mediante el criterio general del ciudadano prudente desarrollado sobre todo en el ámbito del Derecho civil⁽⁷⁸⁾. Un ámbito económico en el que cabe desarrollar el criterio de ciudadano prudente para determinar el riesgo prohibido es, por ejemplo, la correcta actuación de los administradores de un patrimonio ajeno⁽⁷⁹⁾. En estos casos, la administración defectuosa alcanzará el carácter penalmente relevante cuando supere los niveles permitidos de riesgo e implique un peligro de afectación de los intereses económicos de los titulares del patrimonio administrado.

Con base en los criterios desarrollados resulta posible determinar si una forma de conducta se encuentra en general desaprobada en un sector específico de la economía⁽⁸⁰⁾. Por esta razón, no es necesario

⁽⁷⁶⁾ Vid., así, FRISCH, *Verhalten*, p. 110.

⁽⁷⁷⁾ Vid., FRISCH, *Verhalten*, p. 110 y s.

⁽⁷⁸⁾ Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 126 y ss.; SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, p. 181.

⁽⁷⁹⁾ Vid., igualmente, FRISCH, *Verhalten*, p. 129.

⁽⁸⁰⁾ Vid., en general, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 123; CANCIO MELIÁ, *Línea: básicas*, p. 75 y s.

mente relevante⁽⁷⁶⁾. Más discutible se presenta el caso cuando el agente observa las reglas técnicas, pero éstas resultan inadecuadas para controlar el riesgo. No se habrá creado un riesgo prohibido si las reglas técnicas se muestran al momento de actuar como reglas adecuadas para el control de los riesgos⁽⁷⁷⁾. Solamente podrá considerarse objetivamente relevante el cumplimiento de las reglas técnicas inadecuadas, si su adecuación estaba ya cuestionada al momento de actuar. En estos casos, la regla técnica deja de ser un criterio que autorice la creación de un riesgo y, por tanto, puede dar a pie a una imputación del comportamiento.

Si bien los sectores de actuación económica tienen, por lo general, reglas jurídicas que permiten diferenciar el riesgo permitido del riesgo prohibido, no se excluye la posibilidad, ciertamente muy escasa, de que determinado sector económico carezca de una regulación jurídica o técnica en este sentido. En estos casos, el estándar de actuación tendrá que determinarse mediante el criterio general del ciudadano prudente desarrollado sobre todo en el ámbito del Derecho civil⁽⁷⁸⁾. Un ámbito económico en el que cabe desarrollar el criterio de ciudadano prudente para determinar el riesgo prohibido es, por ejemplo, la correcta actuación de los administradores de un patrimonio ajeno⁽⁷⁹⁾. En estos casos, la administración defectuosa alcanzará el carácter penalmente relevante cuando supere los niveles permitidos de riesgo e implique un peligro de afectación de los intereses económicos de los titulares del patrimonio administrado.

Con base en los criterios desarrollados resulta posible determinar si una forma de conducta se encuentra en general desaprobada en un sector específico de la economía⁽⁸⁰⁾. Por esta razón, no es necesario

⁽⁷⁶⁾ Vid., así, FRISCH, *Verhalten*, p. 110.

⁽⁷⁷⁾ Vid., FRISCH, *Verhalten*, p. 110 y s.

⁽⁷⁸⁾ ...

comprobar si en el caso concreto ha existido un interés preponderante sobre el riesgo generado por la conducta⁽⁸¹⁾. No obstante, para la imputación del comportamiento 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⁽⁸²⁾. Esta determinación sólo puede tener lugar si se tiene en consideración la concreta situación de actuación y la concreta persona del autor⁽⁸³⁾. 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)⁽⁸⁴⁾. Si se llega a demostrar que el autor ha infringido las competencias que en la situación concreta le eran exigibles, entonces cabrá una imputación del comportamiento.

cc) Las compensaciones del riesgo prohibido

Un tema de especial importancia para el Derecho penal económico en el contexto de la determinación del riesgo prohibido es el tratamiento de las compensaciones de riesgo. Como se sabe, en la explotación económica se permite la realización de determinadas actividades de explotación peligrosas bajo la observancia de determinadas condiciones dirigidas a reducir el riesgo⁽⁸⁵⁾. La discusión se presenta cuando estas condiciones no se cumplen, pero se utilizan

-
- (81) Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 123 y s.; LÜBBE, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 381 y s. De otra opinión parece ser MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 139 y s.
- (82) Como lo ha puesto de manifiesto, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, p. 86: el riesgo permitido comprende tanto una valoración genérica de la conducta como una concreta, no siendo posible reducir la función del concepto aisladamente a ninguno de los dos momentos.
- (83) Vid., en este sentido, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, pp. 249, 251; EL MISMO, *JR* 2001, p. 385.
- (84) Similarmente, LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 251 y ss. (espec. nota 139).
- (85) Vid., FRISCH, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 102; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 231, con amplias referencias bibliográficas.

ciertas compensaciones que permiten reducir igualmente la peligrosidad de la conducta de explotación. Para decidir si en estos casos procede igualmente una imputación, debe considerarse si las condiciones de explotación están impuestas por normas jurídicas o solamente por normas técnicas. En el primer caso, las compensaciones del riesgo no tienen ninguna relevancia para excluir la responsabilidad, mientras que si se trata sólo de normas técnicas las condiciones de explotación podrán reemplazarse sin problemas por otras nuevas igualmente o más efectivas⁽⁸⁶⁾. Si una compensación de riesgos tuviese relevancia también frente a lo establecido jurídicamente, se pondría en duda la vinculatoriedad de la legislación y se aumentaría el peligro de un desorden en los sectores económicos correspondientes. Considerar que una determinada reglamentación está desfasada y por ello no cumplirla, significa colocarnos en el papel de legisladores, lo cual en un sistema democrático no puede determinarse de manera individual.

dd) La determinación cuantitativa del riesgo prohibido

Otro de los aspectos discutidos en la doctrina penal de especial relevancia para el Derecho penal económico constituye el tratamiento dogmático de los llamados riesgos prohibidos con criterios cuantitativos⁽⁸⁷⁾. Como lo reconocen los estudios especializados, el riesgo prohibido puede determinarse de manera cualitativa o cuantitativa⁽⁸⁸⁾. En el caso de los riesgos prohibidos cuantitativamente, se recurre, como se desprende de su propia denominación, a criterios de cantidad para delimitar el riesgo permitido, el riesgo sancionado sólo administrativamente y el riesgo penalmente prohibido. Así, por ejemplo, está regulado el delito de contrabando en la Ley 28008, en el cual se establece una cuantía superior a dos unidades impositivas

⁽⁸⁶⁾ Vid., en este sentido, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 128 y s. De una opinión distinta, FRISCH, *Verhalten*, p. 93, nota al pie de página 8; SCHÜRER-MOHR, *Erlaubte Risiken*, p. 178; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 247 y s.

⁽⁸⁷⁾ Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 141.

⁽⁸⁸⁾ Vid., esta diferencia en referencia a la responsabilidad por el producto, IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, pp. 121 y ss., 197 y ss.

tributarias para configurar el delito⁽⁸⁹⁾. Una gran discusión se ha levantado en la doctrina penal para precisar la naturaleza dogmática de estos criterios cuantitativos. Por un lado, se encuentran los autores que consideran que esta referencia cuantitativa constituye un elemento del tipo de injusto y que debe, por tanto, ser considerado como tal no sólo en la imputación subjetiva, sino también en la determinación de las formas de participación⁽⁹⁰⁾. Otro sector de la doctrina considera, por el contrario, que se trata de condiciones objetivas de punibilidad, de manera que no formarían parte del injusto, con todas las consecuencias sistemáticas que esta solución implica⁽⁹¹⁾. En la doctrina penal se defiende también una posición intermedia, según la cual habrá que determinar en los concretos tipos penales si el criterio cuantitativo incorporado tiene un papel meramente funcional o si se refiere, por el contrario, a la lesividad material de las conductas⁽⁹²⁾. Por nuestra parte, consideramos que a esta posición intermedia le asiste la razón. En efecto, la incorporación de límites cuantitativos en los tipos penales puede deberse fundamentalmente a dos razones: puede, por un lado, que el límite cuantitativo busque solamente evitar una bagatelización del Derecho penal, de

(89) Vid., así la decisión de la Corte Suprema del exp. N° 2354-97 Lima (ROJAS VARGAS, *Jurisprudencia penal*, I, p. 482) antes de la modificación de las cuantías en estos delitos. En España se discute, especialmente respecto de los delitos tributarios, la conveniencia de determinar mejor el riesgo cuantitativamente prohibido en atención a porcentajes de la deuda tributaria, de manera que se tenga en cuenta criterios de igualdad y proporcionalidad (GRACIA MARTÍN, AP 1994, p. 214; QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, PE, p. 635; GALLEGOSOLER, *La responsabilidad penal*, p. 321, quien precisa que se pasaría así de un criterio cuantitativo a uno cualitativo).

(90) Este parecer es defendido por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, pp. 149 y ss., 153; GALLEGOSOLER, *La responsabilidad penal*, p. 321 y s.

(91) Así el parecer de BACIGALUPO ZAPATER, AP 45 (1995), p. 890, respecto del delito fiscal español que asume un criterio cuantitativo. No obstante, debe señalarse que Bacigalupo, en contra de la doctrina dominante, considera que el error sobre la punibilidad es relevante (vid., BACIGALUPO ZAPATER, *Delito y punibilidad*, p. 204).

(92) Vid., en este sentido, GÓMEZ RIVERO, *El fraude de subvenciones*, p. 180 y ss.

manera que solamente se autorice a sancionar los casos a partir de una cierta gravedad; o puede también que, por el otro, se establezca un límite cuantitativo como parte de la propia conducta prohibida. En el primer caso, la cuantía del daño será una condición objetiva de punibilidad, mientras que en el segundo caso se tratará de un elemento constitutivo del tipo de injusto.

b. Formas de infracción del rol de ciudadano atribuido al sujeto económico

Hasta ahora resulta fácilmente apreciable que la creación de un riesgo prohibido por parte del sujeto económico fundamenta la imputación del comportamiento, pero poca claridad existe sobre cómo tiene lugar esta infracción. El punto de partida para responder a este interrogante no se encuentra en considerar el comportamiento del autor en su relevancia naturalista como idóneo para producir un resultado lesivo (acción u omisión), sino en su expresión normativa de infracción de las competencias penalmente atribuidas. Para el Derecho penal económico esto significa que en los delitos de dominio el sujeto económico ha organizado defectuosamente su esfera personal, lesionando el deber negativo que le corresponde por el hecho de poseer el estatus 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.

aa) Los deberes de aseguramiento: los deberes del tráfico

Los deberes de aseguramiento consisten, valga la redundancia, en "asegurar la propia organización de tal modo que de ella no se desprendan riesgos que excedan del nivel permitido"⁽⁹³⁾. Estos deberes pueden infringirse mediante una conducta activa u omisiva⁽⁹⁴⁾, dependiendo esta cuestión del casual estado de la esfera de organi-

⁽⁹³⁾ Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 349; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 30 y s.

⁽⁹⁴⁾ Vid. en este sentido, JAKOBS, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 135 y s.

zación del ciudadano⁽⁹⁵⁾. En este sentido, el fundamento de la imputación no se encuentra en el plano natural sino en un plano normativo: el rol de ciudadano⁽⁹⁶⁾. Si el ciudadano incumple los deberes de aseguramiento en el ámbito concreto en el que se mueve, ese comportamiento, sea activo u omisivo, podrá serle imputado objetivamente a su esfera de organización⁽⁹⁷⁾. Si la organización se hace conforme al rol, el comportamiento no podrá imputársele objetivamente con fines jurídico-penales, aun cuando se trate de una conducta riesgosa y el sujeto haya sido consciente de ello⁽⁹⁸⁾.

Ejemplo: El gerente publicitario de una empresa responderá penalmente por delito de publicidad engañosa del artículo 238 del Código penal, tanto si él mismo lleva a los medios de comunicación un anuncio que contiene afirmaciones falsas sobre las cualidades de los servicios ofrecidos por su empresa, como si no evita que la compañía publicitaria previamente contratada haga igualmente afirmaciones en el mismo sentido. Se trata de deberes de aseguramiento en el sentido de evitar organizar la campaña publicitaria de la empresa de una manera tal que afecte la libre decisión de los consumidores. La libertad de organización económica de la empresa no puede justificar generar en los consumidores falsas expectativas sobre los servicios que la empresa ofrece al mercado.

bb) Los deberes de salvamento por asunción

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

⁽⁹⁵⁾ Vid. así, PHILIPPS, *Handlungsspielraum*, p. 149 y ss.; JAKOBS, en *Estudios*, p. 350; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 34 y ss.; GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal*, p. 166 y s.

⁽⁹⁶⁾ Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 350.

⁽⁹⁷⁾ Vid., así, lo que JAKOBS, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 135, denomina deber de aseguramiento del tráfico.

⁽⁹⁸⁾ Vid., en este sentido, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 96 y s.

organización personal⁽⁹⁹⁾. En este apartado vamos a referirnos concretamente a los deberes de salvamento que surgen por la *asunción* de riesgos ubicados ya en otras esferas de organización. En estos casos, el ciudadano realiza una conducta peligrosa pero asume, al mismo tiempo, el deber de revocar ese peligro antes de que se afecten ámbitos de organización ajenos, esto es, que asume una competencia por el riesgo en ámbitos ajenos como sinalagma a la renuncia de protección de los titulares de estos ámbitos⁽¹⁰⁰⁾. Estos deberes de salvamento pueden ser infringidos indistintamente mediante una acción o mediante una omisión⁽¹⁰¹⁾. En caso de producirse tal infracción, el comportamiento podrá imputársele objetivamente al ciudadano.

Los deberes de salvamento por *asunción* tienen una gran importancia en el ámbito de la empresa, sobre todo en los casos en los que se crean ciertas condiciones laborales peligrosas para los trabajadores, pero se asume a la vez mantener controlados los posibles perjuicios⁽¹⁰²⁾.

Ejemplo: El propietario de una empresa que trabaja con productos que deben mantenerse en bajas temperaturas, puede asumir el apartamiento y el tratamiento médico inmediato ante la aparición de cualquier síntoma de enfermedad respiratoria de sus trabajadores y evitar de esta manera una lesión a la salud. Si el empleador no cumple con estos deberes de salvamento, entonces podrá imputársele objetivamente un comportamiento riesgoso frente al trabajador. Debe reconocerse, sin embargo, que esta posibilidad de organización solamente podrá tener lugar en tanto la regulación administrativa no especifique concretas medidas de seguridad laboral e imponga al empleador velar por la seguridad de los trabajadores. En cualquier caso, tal como está nuestra regulación penal, una responsabilidad penal por delito

⁽⁹⁹⁾ Y en este sentido afirma JAKOBS, *La imputación penal*, p. 31, con referencias bibliográficas, que frente a ese riesgo pueden concurrir la competencia de varias personas.

⁽¹⁰⁰⁾ Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 351 y s.; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 33 y s.; EL MISMO, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 136.

⁽¹⁰¹⁾ Sobre estas posibilidades, vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 352.

⁽¹⁰²⁾ Vid., igualmente JAKOBS, en *Estudios*, p. 352.

contra la seguridad de los trabajadores no podrá tener lugar sino únicamente en caso de existir violencia e intimidación o si se materializa una lesión en el trabajador.

cc) *Los deberes de salvamento por riesgos especiales*

Los deberes de salvamento pueden tener su fundamento también en la introducción de riesgos especiales en ámbitos de organización ajenos⁽¹⁰³⁾. En estos casos, no existe una 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⁽¹⁰⁴⁾, pero como acertadamente lo ha puesto de relieve JAKOBS, existen conductas permitidas que, sin embargo, fundamentan deberes de salvamento⁽¹⁰⁵⁾. Precisamente se trata de aquellas conductas que el ordenamiento jurídico solamente las tolera porque llevan consigo deberes de salvamento⁽¹⁰⁶⁾. En este sentido, el incumplimiento de tales deberes frente a riesgos especiales constituye una forma de infracción del rol general de ciudadano y justifica, por tanto, la imputación del comportamiento.

Los supuestos de riesgo especial tienen cierta importancia en la responsabilidad por el producto en relación con las llamadas de devolución del producto (*Rückrufpflicht*). Si bien la fabricación y venta de productos peligrosos se encuentran jurídicamente permitidas mientras se cumpla con determinados estándares, se impone a los fabricantes el deber de solicitar la devolución de los productos

⁽¹⁰³⁾ Sobre esto, vid., con detalle, JAKOBS, en *Estudios*, p. 354; EL MISMO, *La imputación penal*, p. 31 y s.

⁽¹⁰⁴⁾ Vid., por todos, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 625, nota 53.

⁽¹⁰⁵⁾ Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 355; EL MISMO, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 139. Similarmente, FREUND, *Erfolgssdelikt*, p. 181 y ss.; BOCK, *Produktkriminalität*, p. 133 y ss.; MEINI MÉNDEZ, *Revista Derecho* 52 (1998/9), p. 894.

⁽¹⁰⁶⁾ Vid., FREUND, *Erfolgssdelikt*, p. 182. Estos deberes de salvamento pueden, sin embargo, decaer si la víctima contribuye mediante una actuación a propio riesgo. Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 139.

cuando se detectan en los mismos ciertos defectos de fabricación o efectos secundarios perjudiciales antes desconocidos⁽¹⁰⁷⁾ (en el Perú, este deber está contemplado en el artículo 10 del Decreto Legislativo 716, Ley de Protección al consumidor). Un sector de la doctrina penal niega, sin embargo, la existencia de este deber, pues considera que si el defecto del producto se reconoce luego de que éste ha sido distribuido, el fabricante carece de dominio material sobre el hecho⁽¹⁰⁸⁾. A esta argumentación cabe hacerle el reproche de limitarse a determinar la responsabilidad penal con base únicamente en la infracción de deberes de aseguramiento⁽¹⁰⁹⁾, lo cual no resulta

⁽¹⁰⁷⁾ Vid., en este sentido, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 23; EL MISMO, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 140; BOCK, *Produktkriminalität*, p. 141 y ss.; FRISCH, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 115; VOGEL, *Revista penal* 8 (2001), p. 97 y ss.; CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión*, p. 177 y ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Vid., en este sentido, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität*, p. 99 y ss.; EL MISMO, *wistra* 1982, p. 45 y s. En el mismo sentido, BRAMMSEN, *Entstehungsvoraussetzungen*, p. 275; EL MISMO, en *Individuelle Verantwortung*, Amelug (Hrsg.), p. 116; SCHMUCKER, *Die "Dogmatik"*, p. 154; PAREDES CASTAÑÓN, *El caso colza*, p. 173, nota 349; IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 285. Críticamente, BOCK, *Produktkriminalität*, p. 143; HILGENDORF, *Produzentenhaftung*, p. 144; FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 218; CUADRADO RUIZ, *La responsabilidad por omisión*, p. 156. Hace poco, sin embargo, el propio SCHÜNEMANN, *Festgabe aus der Wissenschaft*, IV, p. 640 y s.; EL MISMO, *GS-Meurer*, p. 63, ha modificado su parecer en el sentido de admitir un deber de advertencia para los casos en los cuales los clientes confían en que el productor le advertirá de posibles defectos en el futuro. En el mismo sentido, SCHMUCKER, *op. cit.*, p. 166 y s. Por su parte, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad*, p. 163 y s., consideran que fundamentar la omisión simplemente en un incremento del riesgo afecta el principio de certeza.

⁽¹⁰⁹⁾ Vid., así la fundamentación de HILGENDORF, *Produzentenhaftung*, p. 141. Por ello, puede también explicarse por qué BRAMMSEN, en *Individuelle Verantwortung*, Amelug (Hrsg.), p. 117 y ss., niega una injerencia como fundamento de un deber de llamada, pero luego acepta que ciertos deberes de aseguramiento del empresario (sin existencia de dominio) pueden fundamentar deberes de vigilancia sobre fuentes de peligro y permitir, por tanto, el castigo de una

correcto, como ya lo hemos puesto de manifiesto. Una infracción del rol de ciudadano puede tener lugar también mediante la infracción de deberes de salvamento, los cuales en el caso de responsabilidad por el producto imponen la obligación de hacer llamadas de devolución. La doctrina penal discute sobre si este deber de salvamento se origina en una asunción del productor de vigilar por la no peligrosidad del producto⁽¹¹⁰⁾ o en una injerencia derivada de la creación de riesgos especiales⁽¹¹¹⁾. En el supuesto concreto de las llamadas de retirada, nos parece que la determinación de los elementos de una asunción voluntaria difícilmente podría encontrarse, de manera tal que preferimos seguir la idea de la injerencia. Hay que precisar, sin embargo, que con la afirmación de este deber de salvamento no se está fundamentando una responsabilidad por todo riesgo permitido, sino solamente por aquellos que se permiten precisamente porque existen deberes de salvamento⁽¹¹²⁾. Por otra parte, el productor no es competente frente a todos los peligros que naturalísticamente provengan de la entrega de productos al consumidor, pues en los casos en los que los peligros se derivan del deterioro normal del producto (por ejemplo, bienes de consumo que caducan o se pudren) la competencia por los mismos recaerá sobre el consumidor⁽¹¹³⁾.

La injerencia por riesgos especiales tiene otro ámbito importante de aplicación en la realización de actividades económicas o profesionales, pues en la actualidad resultan patentes los riesgos que generan estas actividades frente a terceras personas. El ejercicio de una profesión o de una actividad económica permitida no puede liberar de todo tipo de responsabilidad, pues siempre resulta posible que los riesgos especiales que se desprenden de esta actividad fundamentalmente deberes de salvamento, cuyo incumplimiento podría generar responsabilidad penal.

⁽¹¹⁰⁾ Vid., SCHUMANN, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 209.

⁽¹¹¹⁾ Vid., JAKOBS, en *Sobre el estado*, Silva Sánchez (ed.), p. 140.

⁽¹¹²⁾ En este sentido, KUHLEN, *NStZ* 1990, p. 568 y s.; FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 218.

⁽¹¹³⁾ Vid., en este sentido, FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 219 y s.

Ejemplo 1: El periodista que realiza una investigación sobre la situación financiera de determinada institución bancaria y propaga información no verificada plenamente, deberá evitar el pánico financiero que generan sus declaraciones aclarando las razones de sus conclusiones investigatorias y la fidelidad de sus fuentes de información. El deber de salvamento que le corresponde al periodista respecto del riesgo financiero de sus reportajes, puede infringirse mediante una omisión (no hacer nada) o mediante una acción (sacar una segunda parte del reportaje con el cual se reafirma en sus afirmaciones sin ninguna seguridad al respecto). Una cuestión central para determinar los deberes de salvamento en este ejemplo será precisar cuándo tiene lugar la alarma en la población a la que se refiere el artículo 249 del Código penal.

Ejemplo 2: Una asociación celebra un contrato de prestaciones financieras con un banco por el cual sus asociados en situación de exclusividad solicitarían préstamos con el banco contratante. A cambio de esta exclusividad recibiría un sustancioso pago anual, pagos mensuales en función del número de asociados que realizan pagos de préstamos al banco, así como la concesión de créditos en condiciones preferentes. La asociación celebra un convenio con otro banco y omite comunicarlo al primer banco, solicitando, antes bien, el pago anual y los pagos mensuales puntualmente al primer banco, el cual cumple con sus obligaciones. En este caso, los representantes de la asociación responderán penalmente por el delito de estafa en la medida que estaban obligados a informar sobre las transacciones financieras que afectaban los intereses del banco contratante⁽¹¹⁴⁾.

c. La imputación del comportamiento en caso de varios intervinientes

Hasta ahora la exposición sobre la imputación del comportamiento se ha realizado pensando en la actuación de un autor único. En consecuencia, cuando el hecho riesgoso se presenta en un contexto interactivo –lo cual constituye más bien lo usual–, la intervención de varios sujetos en el hecho puede oscurecer la determinación

⁽¹¹⁴⁾ Sobre este deber de información en las transacciones económicas, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *LH-Bacigalupo* (España), p. 405 y s.

de los sujetos penalmente competentes. Por esta razón, resulta conveniente que nos aboquemos a resolver los problemas de delimitación de los ámbitos de competencia en caso de intervención de varios sujetos en el hecho delictivo. La competencia por el riesgo prohibido puede corresponderle no sólo al titular del ámbito de organización del que se deriva el riesgo prohibido, sino que puede plantearse también frente a terceros (autoría y participación o principio de confianza y prohibición de regreso) o puede incluso ser atribuida a la propia víctima (ámbito de responsabilidad de la víctima). Si no es posible afirmar la competencia jurídico-penal de alguna persona, entonces cabrá tratar el hecho simplemente como un infortunio⁽¹¹⁵⁾.

aa) Autoría y participación

Cuando en la generación de un riesgo prohibido intervienen varias personas, resulta necesario responder dos cuestiones. En primer lugar, si resultan penalmente responsables por el riesgo y, en segundo lugar, si los que actuaron de forma penalmente relevante deben responder de la misma forma o no⁽¹¹⁶⁾. Sobre estos dos aspectos se erige la llamada teoría de la autoría y participación. No es pretensión de este trabajo general entrar en las distintas teorías que sobre la autoría y participación se han desarrollado, sino hacer simplemente un breve esbozo que permita ubicar las distintas alternativas dogmáticas y, sobre esta base, presentar la interpretación que mejor se ajusta a nuestra comprensión de la imputación penal.

Para poder hablar de una intervención punible en el hecho, es necesario primeramente que la imputación de responsabilidad penal se base en un hecho en el que se pueda intervenir⁽¹¹⁷⁾. Parece no haber mayor problema para aceptar en los delitos de dominio –a los que nos limitaremos en esta parte de la exposición– la existencia de un hecho en el que cabe la intervención, pues la creación de un riesgo

prohibido puede tener lugar por aportes de diversas personas. Si varios intervienen en la creación del riesgo, habrá que precisar cuándo esta intervención adquiere relevancia penal. La sola intervención causal en el hecho solamente podría sustentar la punición si es que se asumiese una teoría de la pura causación, en donde el interviniente en el hecho resulte responsable solamente por conocer que su conducta es causal de un resultado lesivo. La teoría de la imputación objetiva se ha encargado de cuestionar la simpleza de esta afirmación, en tanto que la intervención punible solamente podrá sustentarse en la medida en que se pueda imputar objetivamente el comportamiento riesgoso, es decir, que los intervinientes sean competentes por el riesgo⁽¹¹⁸⁾.

La adecuada comprensión de la competencia por el riesgo prohibido de los intervinientes en el hecho requiere establecer si la actuación de cada interviniente adquiere significación penal por sí misma o no. La solución dominante es ambigua, pues mientras en el caso de la autoría (coautoría y autoría mediata) se admite cierta unidad del hecho, la participación se considera, por lo general, un injusto accesorio al hecho del autor. Esta distinción resulta seriamente cuestionable, en tanto no se aprecia el fundamento para enfocar de forma distinta la intervención en el delito. En nuestra opinión, la intervención en el delito tendría que ser analizada jurídico-penalmente desde una perspectiva unitaria⁽¹¹⁹⁾ y no proceder a diferenciaciones superficiales que, en supuestos como la cooperación necesaria, resultan incluso arbitrarias. Para decidir bajo qué perspectiva de análisis debe determinarse la intervención punible en el delito, resulta necesario comprender el sentido jurídico-penal del delito.

Si el delito es visto simplemente como la infracción de una norma primaria que le dice al ciudadano lo que tiene que hacer u omitir para no lesionar un bien jurídico, entonces cada interviniente habrá infringido una norma primaria. Desde esta perspectiva es lógico que

⁽¹¹⁸⁾ Vid., VAN WEEZEL, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 303.

⁽¹¹⁹⁾ En este sentido, LESCH, *Das Problem*, p. 274 y s., señala que el modelo de imputación de la coautoría debería aplicarse también a la participación.

cada interviniente tenga un injusto propio⁽¹²⁰⁾. Distinta se muestra, por el contrario, la interpretación si el delito se entiende como negación de la vigencia de la norma. En efecto, desde esta perspectiva de análisis el delito solamente alcanza tal significación en la medida que exprese el sentido comunicativo de defraudación de la norma⁽¹²¹⁾. Por lo tanto, si en la realización de esta defraudación intervienen varias personas, no podrá hablarse de varios injustos penales sino de uno solo. En estos casos, se presenta una repartición del trabajo que vincula a los participantes y fundamenta, por tanto, que el injusto sea considerado una obra común⁽¹²²⁾. Esta intervención 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 injusto propio que se vincula al injusto principal de los autores⁽¹²³⁾. El delito constituye una obra conjunta de todos los intervinientes en la preparación y en la ejecución del hecho.

La segunda cuestión que la teoría de la autoría y participación debe absolver es la medida en la que responden los intervinientes punibles. Salvo los defensores de una teoría unitaria de autor, la doctrina dominante considera que es posible diferenciar típicamente entre los diversos intervinientes en el hecho⁽¹²⁴⁾. Para llevar a cabo esta distinción se recurre al criterio del dominio del hecho, el cual solamente estaría en posesión de los autores y no de los partícipes en sentido estricto (inductor o cómplices)⁽¹²⁵⁾. Mientras los autores

⁽¹²⁰⁾ Vid., así, SANCINETTI, *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*, passim. Críticamente ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 173, 178.

⁽¹²¹⁾ Vid., así, JAKOBS, *RPDJP* 5 (2004), p. 227.

⁽¹²²⁾ Vid., JAKOBS, en *Modernas tendencias*, p. 627; LESCH, *Das Problem*, p. 272 y ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 157, 165.

⁽¹²³⁾ En este sentido la crítica de JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 151 y s.; JAKOBS, *RPDJP* 5 (2004), p. 230; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, p. 161 y ss.

⁽¹²⁴⁾ Nuestra legislación penal sigue esta línea de interpretación, tal como lo pone de manifiesto PARIONA ARANA, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 749.

⁽¹²⁵⁾ Vid., PARIONA ARANA, *LH-Peña Cabrera*, I, p. 750.

intervienen en el hecho principal por el dominio del riesgo, los partícipes realizan un injusto accesorio que se castiga solamente por el favorecimiento del hecho principal de los autores. La discusión doctrinal se centra en precisar qué se entiende por dominio y cómo se manifiesta en las distintas formas de autoría⁽¹²⁶⁾. En nuestra opinión, el hecho típico constituye, por el contrario, una obra común de los distintos intervinientes en el hecho, de manera que el análisis de la tipicidad de la conducta se agota en la determinación de la competencia por el hecho común. El criterio del dominio del hecho no puede proclamarse solamente de los autores, sino que todos los intervinientes punibles han sido competentes por el dominio del riesgo⁽¹²⁷⁾. Si bien puede diferenciarse un mayor o menor dominio cuantitativo, esta diferencia solamente repercute en el ámbito de la determinación de la pena⁽¹²⁸⁾.

bb) Principio de confianza

En sociedades organizadas en las que la división del trabajo libera al ciudadano competente de un control sobre las actuaciones de los demás, el principio de confianza adquiere una especial relevancia⁽¹²⁹⁾. El fundamento de este principio parte de la idea de que

⁽¹²⁶⁾ Vid., las referencias bibliográficas, JAKOBS, *RPDJP* 5 (2004), p. 224, nota al pie de página 8.

⁽¹²⁷⁾ Críticamente frente a la competencia del autor como criterio de determinación de la autoría y participación, SCHÜNEMANN, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 986, al que critica no aportar nada. Si se entiende adecuadamente que la competencia del autor significa la posibilidad de imputarle objetivamente el hecho, esta crítica no resultaría del todo fundada. No creemos que la teoría de la imputación objetiva no aporte nada.

⁽¹²⁸⁾ Vid., JAKOBS, *RPDJP* 5 (2004), p. 235 y s.; VAN WEEZEL, *LH-Jakobs* (Colombia), p. 302. En contra de este parecer, SCHÜNEMANN, *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 983 y ss., achacándole sin mayores argumentos volver a la teoría subjetiva de delimitación entre autor y partícipe en sentido estricto.

⁽¹²⁹⁾ Vid., STRATENWERTH, *FS-Eb. Schmidt*, p. 387 y s.; KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz*, p. 221 y s.; ROXIN, *Strafrecht*, AT § 24, n.m. 25; JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 105; EL MISMO, en *Estudios*, p. 219; SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 19; DEUTSCHER/KÖRNER, *wistra* 1996, p. 329; CORCOY BIDASOLO, *Delito*

los demás sujetos son también responsables y puede confiarse, por tanto, en un comportamiento adecuado a Derecho por parte de aquellos⁽¹³⁰⁾. Lo específico del principio de confianza en cuanto al riesgo permitido⁽¹³¹⁾ se encuentra en el hecho de que el desarrollo del suceso no depende de la naturaleza, sino de otras personas⁽¹³²⁾. No obstante, este principio requiere, como todo criterio de delimitación de competencias⁽¹³³⁾, de una labor de concreción que permita establecer si se mantiene la confianza o si, por el contrario, ésta decae⁽¹³⁴⁾. 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⁽¹³⁵⁾. Por esta razón, vamos a limitarnos, en lo que sigue, a determinar las formas de manifestación de la

imprudente, p. 327. Crítica ante el principio de confianza en el ámbito de la producción de la empresa IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 260.

- ⁽¹³⁰⁾ Vid., en este sentido, SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, pp. 6, 11; JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 105; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 290. Una exposición detallada de las distintas teorías para fundamentar el principio de confianza, KUHLEN, *Fragen*, p. 130 y ss.; BRINKMANN, *Vertrauensgrundsatz*, p. 117 y ss. Críticamente frente a la relevancia y función del principio de confianza, CLAUB, *JR* 1964, p. 207 y ss.
- ⁽¹³¹⁾ Consideran el principio de confianza una forma de riesgo permitido, KIRSCHBAUM, *Der Vertrauensschutz*, p. 182 y ss.; KRÜMPPELMANN, *FS-Lackner*, p. 298; LESCH, *Der Verbrechensbegriff*, p. 264; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 77 y ss. En contra de este parecer, BRINKMANN, *Vertrauensgrundsatz*, p. 112 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 294.
- ⁽¹³²⁾ Vid., así, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 7, n.m. 51; EL MISMO, en *Estudios*, p. 218. En el mismo sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 294.
- ⁽¹³³⁾ Por el contrario, PUPPE, *La imputación objetiva*, p. 117, considera que el principio de confianza no forma parte de la imputación objetiva, sino que sirve solamente para determinar y delimitar los deberes de cuidado no establecidos positivamente.
- ⁽¹³⁴⁾ En este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 219.
- ⁽¹³⁵⁾ Vid., en este sentido, SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 21.

confianza en el uso de prestaciones ajenas, propio de la división del trabajo en la economía moderna.

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⁽¹³⁶⁾. Así, por ejemplo, el productor de determinados bienes que necesitan mantenerse refrigerados no responderá por el delito de tráfico de productos nocivos si la empresa distribuidora no observa, de manera dolosa o culposa, las reglas especiales de transporte y convierte el producto en peligroso para la salud de los consumidores⁽¹³⁷⁾. La confianza en un transporte correcto de la mercadería hace que la responsabilidad del productor se encuentre excluida⁽¹³⁸⁾. En estos casos solamente podrá existir un deber del primer actuante de comunicar al segundo la necesidad de cumplir con ciertas condiciones especiales en la transportación, lo cual, por otra parte, no será necesario en caso de productos que evidentemente requieren de tales condiciones (por ejemplo, el transporte refrigerado de productos marítimos o lácteos).

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⁽¹³⁹⁾. Así, por ejemplo, si el funcionario público encargado de dar las autorizaciones administrativas para realizar actividades propias de la actividad de

⁽¹³⁶⁾ Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 105. Por su parte, BRINKMANN, *Vertrauensgrundsatz*, p. 116, no considera estos casos dentro del principio de confianza, sino que los remite a la prohibición de regreso.

⁽¹³⁷⁾ Vid., IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 235.

⁽¹³⁸⁾ Vid., en concreto la relevancia del principio de confianza entre productores y comerciantes, KUHLEN, *Fragen*, p. 135; BEULKE/BACHMANN, *JuS* 1992, p. 741; HILGENDORF, *Produzentenhaftung*, p. 160; DEUTSCHER/KÖRNER, *wistra* 1996, p. 330; PAREDES CASTAÑÓN, *El caso colza*, p. 162 y s.

⁽¹³⁹⁾ Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 106.

intermediación bursátil lo hace de manera incorrecta o defectuosa, el autorizado no podrá ser responsable por el delito de intermediación bursátil no autorizada, aun cuando pueda subjetivamente dudar de la regularidad de la autorización. El principio de confianza le autoriza a confiar en la legalidad de la actuación del funcionario público. La necesidad de confianza frente a la corrección de la conducta de terceros se exige de manera especialmente determinante en el seno de la organización empresarial⁽¹⁴⁰⁾, pues de lo contrario no sería posible la mayor efectividad y la calidad de las prestaciones empresariales. Cada quien debe limitarse a cumplir con sus prestaciones al interior del proceso de producción empresarial, bajo la confianza de que el resto hará igualmente bien su trabajo.

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⁽¹⁴¹⁾: a) la confianza queda excluida si la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad; b) no hay lugar para la confianza si la misión de uno de los intervinientes consiste precisamente en compensar los fallos que eventualmente otro cometa⁽¹⁴²⁾; y c) la confianza cesa cuando resulta

⁽¹⁴⁰⁾ Vid. SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 29; FRISCH, *Verhalten*, p. 210; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 303 y ss.; DEUTSCHER/KÖRNER, *wistra* 1996, p. 330; PÉREZ CEPEDA, *La responsabilidad*, p. 314; ZÚNIGA RODRÍGUEZ, en *Delincuencia organizada*, Ferré/Anarte (eds), p. 208.

⁽¹⁴¹⁾ Vid., así, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 7, n.m. 54 y ss.; EL MISMO, en *Estudios*, p. 219 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 307 y ss. De manera similar, referido a la responsabilidad por el producto, KUHLEN, *Fragen*, p. 140 y ss.; referido al tráfico rodado, SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 12 y ss.; FRISCH, *Verhalten*, p. 189 y s.; PUPPE, *La imputación objetiva*, p. 110 y s.

⁽¹⁴²⁾ Vid., SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 24, que reconoce estos supuestos como propios de los casos de uso de prestaciones de terceros que lo diferencian precisamente de la confianza en el tráfico rodado. En el ámbito específico de la seguridad e higiene en el trabajo, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 327 y s., afirma que tiene vigencia igualmente un principio de confianza, aunque ciertamente limitado.

evidente una conducta que defrauda las expectativas por parte de uno de los intervinientes⁽¹⁴³⁾. Este último supuesto de limitación de la confianza se muestra como especialmente extraño en una comprensión objetiva del principio de confianza, pues se sustentaría en un conocimiento subjetivo. 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.

cc) Prohibición de regreso

Dejando de lado la discusión sobre si resulta correcto o no utilizar el término prohibición de regreso en estos casos, se trata de determinar aquí la responsabilidad de quien realiza un comportamiento estereotipado inocuo que favorece al hecho delictivo de otro⁽¹⁴⁴⁾. La doctrina penal ha desarrollado desde hace mucho distintos criterios para sustentar la irresponsabilidad penal del autor del aporte. En un primer momento se discutió esta cuestión en atención al supuesto de una contribución culposa en el hecho doloso de un sujeto plenamente responsable⁽¹⁴⁵⁾. Las razones que se ofrecieron en ese entonces para justificar la irresponsabilidad del contribuyente culposo fueron muy diversas: la negación de una relación de causalidad⁽¹⁴⁶⁾, la impunidad general de la participación culposa (cómplice e instigador)⁽¹⁴⁷⁾ o la ausencia de una mediación de la voluntad⁽¹⁴⁸⁾. En la

⁽¹⁴³⁾ Vid., DEUTSCHER/KÖRNER, *wistra* 1996, p. 330. De otro parecer, PUPPE, *La imputación objetiva*, p. 114 y ss.

⁽¹⁴⁴⁾ Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 107; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas*, p. 82.

⁽¹⁴⁵⁾ Vid., en este sentido, la referencia de JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 24, n.m. 21; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 355 y s.

⁽¹⁴⁶⁾ Vid., así, VON LISZT, *Lehrbuch*, 9. Aufl., p. 123.

⁽¹⁴⁷⁾ Vid., en este sentido, HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1, p. 444 y s.; EXNER, *FS-Frank*, I, p. 569 y ss.

⁽¹⁴⁸⁾ Vid., en este sentido, FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, p. 15 y s.

actual discusión sobre la prohibición de regreso se ha ubicado esta cuestión en el terreno de la imputación objetiva⁽¹⁴⁹⁾, lo que ha motivado no sólo que se amplíen los supuestos comprometidos, sino también que se desarrollen nuevos criterios de solución de este antiguo problema jurídico-penal.

En el panorama doctrinal actual pueden apreciarse distintas fundamentaciones de la prohibición de regreso. Un sector de la doctrina considera que se trata de comportamientos socialmente adecuados y, por ello, no pueden dar lugar a una imputación objetiva⁽¹⁵⁰⁾. Otros autores recurren al viejo criterio de la previsibilidad objetiva utilizado por los defensores de la "teoría de la adecuación" y excluyen la responsabilidad en caso de intervenciones imprevisibles de terceros⁽¹⁵¹⁾. Una referencia más objetiva ofrecen aquellos que sostienen que en los casos de prohibición de regreso no tiene lugar una "dominabilidad" o "controlabilidad" del hecho⁽¹⁵²⁾. Una parte de la doctrina penal justifica, con base en el principio de confianza, la confianza del primer actuante en que el tercero no realizará una conducta delictiva⁽¹⁵³⁾. Finalmente, un sector cada vez mayor de la

(149) Vid., así, ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 179, 185; PUPPE, *La imputación objetiva*, p. 128; STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 15, n.m. 70; WOLFF-RESKE, *Verhalten*, p. 114; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 368 y ss. Por el contrario, se mueven en el plano de las causas de justificación, MÜLLER-DIETZ, *Jura* 1979, p. 253; TIEDEMANN, *Einführung*, p. 97.

(150) Vid., GALLAS, en *Beiträge zur Verbrechenslehre*, p. 92. Considera también que la influencia no dolosa de la libertad ajena es socialmente adecuada, WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 285 y s. Críticamente, FRISCH, *Verhalten*, pp. 237, 296 y ss.

(151) Vid., así, BURGSTALLER, *FS-Jescheck*, I, p. 363 y s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, AT, p. 574; SCHMOLLER, *FS-Triffterer*, p. 244, 255 y s. En España: CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, p. 532 y ss. Críticamente, FRISCH, *Verhalten*, p. 231 y ss.

(152) Vid., así, NAUCKE, *ZStW* 76 (1964), p. 428; OTTO, *Strafrecht*, AT, § 6, n.m. 52 y ss.; DIEL, *Das Regreßverbot*, p. 339. Críticamente, FRISCH, *Verhalten*, p. 233 y ss.

(153) Vid., en este sentido, STRATENWERTH, *Strafrecht*, AT, § 15, n.m. 70 y ss.; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung*, p. 347. Cercano a esta posición se muestra ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 187, al admitir una ausencia de pena en los casos de dolo eventual invocando el principio de confianza. En España: CEREZO

doctrina penal recurre al criterio de los ámbitos de responsabilidad, según el cual una persona no requiere representarse las distintas posibilidades de comportamiento ilícito de terceros derivados de su actuación⁽¹⁵⁴⁾.

De los distintos criterios que se barajan actualmente en la doctrina penal, consideramos que el más adecuado para justificar la prohibición de regreso es el criterio de los ámbitos de responsabilidad. Como ya lo hemos precisado en el capítulo anterior, en los delitos de dominio la responsabilidad penal se configura por una organización defectuosa que infringe el deber negativo de no lesionar a otros. Esta organización defectuosa puede tener lugar por una organización individual o ser producto de una organización conjunta⁽¹⁵⁵⁾, como ya tuvimos oportunidad de destacar. No obstante, para afirmar una organización conjunta no basta que se realice una aportación (dolosa) al hecho, sino que es necesario que ese aporte tenga el sentido objetivo de alcanzar consecuencias delictivas⁽¹⁵⁶⁾. Ese sentido objetivo lo suministra la infracción del rol general de ciudadano⁽¹⁵⁷⁾. Por el contrario, una actuación conforme al estereotipo de conductas socialmente permitidas no podrá constituir una infracción del rol de ciudadano⁽¹⁵⁸⁾.

MIR, *Curso*, PG, II, p. 162; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Imputación objetiva*, p. 350. Críticamente, JAKOBS, en *Estudios*, p. 251 y ss.; FRISCH, *Verhalten*, p. 237 y s.

- (154) Vid., con particularidades propias, JAKOBS, en *Estudios*, p. 261; SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 62; WEHRLE, *Regreßvebot*, p. 61; LESCH, *Das Problem*, p. 165; WOLFF-RESKE, *Verhalten*, p. 116 y s.; WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 331. En España: FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 389 y s. Esta línea de interpretación puede encontrarse ya en el planteamiento de WELP, *Vorangegangenes Tun*, p. 274 y ss. Críticamente frente al criterio de las esferas de competencia o responsabilidad, AMELUNG, *FS-Grünwald*, p. 16. Critica el planteamiento de los ámbitos de responsabilidad aunque no niega la utilidad de sus criterios, pero los cuestiona por ser demasiado difusos, FRISCH, *Verhalten*, p. 240 y ss.
- (155) Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 148; LESCH, *Das Problem*, p. 271 y s.
- (156) Vid., así, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 152 y s.; FRISCH, *Verhalten*, p. 280 y ss.
- (157) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 24, n.m. 15, en relación con la necesidad de una competencia del interviniente.
- (158) Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 107.

El hecho que el agente haya actuado dolosa o culposamente respecto de la futura utilización de su aporte por otro en un eventual contexto delictivo, no cambia en nada el carácter permitido de su actuación⁽¹⁵⁹⁾. Una imputación del comportamiento no resulta justificada sólo porque exista una conducta causal evitable⁽¹⁶⁰⁾, sino que es necesario que esta última constituya una infracción del rol general de ciudadano⁽¹⁶¹⁾. Si no tiene lugar una infracción del rol de ciudadano, entonces estaremos ante una prohibición de regreso⁽¹⁶²⁾.

Las formas de aparición de la prohibición de regreso pueden clasificarse en dos grupos. En primer lugar están los casos en los que no se hace responsable al sujeto que realiza un comportamiento cotidiano, debido o estereotipado al que otro vincula unilateralmente un hecho delictivo o se sirve del mismo para su realización⁽¹⁶³⁾.

Ejemplo: No puede considerarse a los acreedores de una empresa responsables del delito de atentado contra el sistema crediticio cometido por el gerente debido a que no tuvieron suficiente comprensión con la situación de la empresa y pidieron judicialmente la ejecución de sus créditos. A los acreedores les asiste el derecho de realizar el cobro judicial de sus créditos una vez que éstos estén vencidos, lo cual no puede considerarse objetivamente una inducción en el posterior inicio de un procedimiento concursal y la defraudación del órgano de

(159) Vid., en este sentido, JAKOBS, *PJ* 59, p. 140 y ss. Por el contrario, SCHÜNEMANN, *RPDJP* 1 (2000), p. 434, parte en estos casos de una distinción entre actuación culposa y dolosa.

(160) Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 243.

(161) Vid., en este sentido, LESCH, *Das Problem*, p. 283.

(162) Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 165.

(163) Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 7, n.m. 59, Apdo 24, n.m. 16; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 156; EL MISMO, en *Estudios*, p. 216; EL MISMO, *PJ* 59, p. 135. En el mismo sentido, ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 191; RANSIEK, *wistra* 1997, p. 45 y s. Admite, sin embargo, excepciones en caso de manifestarse objetivamente una voluntad delictiva, KÜPPER, *GA* 1987, p. 402. Justifica la impunidad por tratarse de una cuestión del azar que se encuentra fuera del dominio del autor, RUEDA MARTÍN, *La teoría*, p. 264 y ss.; LA MISMA, *Revista penal* 9 (2002), p. 126, nota 38.

administración de la empresa. Aun cuando el gerente les haya advertido a los acreedores sobre sus planes de realizar un fraude concursal en caso de no retardar el cobro de sus acreencias, la conducta de los acreedores no puede dar pie a una responsabilidad penal. La ejecución delictiva no les es propia a los acreedores⁽¹⁶⁴⁾.

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⁽¹⁶⁵⁾. 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 el beneficiario no puede ampliar unilateralmente⁽¹⁶⁶⁾. La ausencia de una imputación del comportamiento tendrá lugar aun cuando el que realiza la prestación pueda suponer los planes delictivos del autor⁽¹⁶⁷⁾, ya que objetivamente no se ha producido una conducta dirigida a favorecer un delito, sino una prestación consistente en la entrega de bienes, en la realización de servicios o en el suministro de información a la que cualquiera puede acceder⁽¹⁶⁸⁾.

Ejemplo: El asesor que absuelve una consulta sobre determinados puntos de la regulación tributaria, no podrá responder penalmente en el delito de defraudación tributaria de su cliente, si se ha limitado a dar a conocer las deficiencias de la regulación tributaria. Aun cuando el asesor conociese o sospechase de las intenciones de su cliente, no

⁽¹⁶⁴⁾ Vid. de manera general, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 156.

⁽¹⁶⁵⁾ Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 24, n.m. 17; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 156 y s.; EL MISMO, en *Estudios*, p. 217; EL MISMO, *PJ* 59, p. 136. Similarmente, aunque con propios matices, SCHUMANN, *Handlungsunrecht*, p. 68 y s.; WEHRLE, *Regreßverbot*, p. 70. En el ámbito del Derecho penal económico, RANSIEK, *wistra* 1997, p. 46 y s.

⁽¹⁶⁶⁾ Vid. JAKOBS, en *Estudios*, p. 217.

⁽¹⁶⁷⁾ Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 157; FRISCH, *Verhalten*, p. 285. De una opinión contraria, ROXIN, *FS-Tröndle*, p. 197; OTTO, *JZ* 2001, p. 444; RANSIEK, *wistra* 1997, p. 44.

⁽¹⁶⁸⁾ Vid. JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 157 y s.

puede fundamentarse su responsabilidad en el hecho, pues su actuación se ha limitado a la de un asesor consultado⁽¹⁶⁹⁾.

Conviene remarcar en esta exposición general de la prohibición de regreso que la afirmación del carácter socialmente adecuado de una aportación no anula otros deberes existentes que puedan generar una responsabilidad penal. En este sentido, si al sujeto que presta una actuación socialmente aceptada le asiste alguna posición de garantía⁽¹⁷⁰⁾ o, mejor dicho, otra competencia por organización (introducción de un riesgo especial, por ejemplo⁽¹⁷¹⁾) o institucional (confianza especial, por ejemplo) o deberes de solidaridad mínima (omisión del deber de socorro o de denuncia)⁽¹⁷²⁾, entonces una responsabilidad penal podrá tener lugar en caso que esas competencias o deberes se infrinjan⁽¹⁷³⁾. El único aspecto que la prohibición de regreso excluye es la responsabilidad penal por la prestación estereotipada en sí misma, pero no la derivada de cualquier otra razón penalmente relevante⁽¹⁷⁴⁾.

⁽¹⁶⁹⁾ Respecto del caso similar de un funcionario bancario que informa al cliente del banco, KNIFFKA, *wistra* 1983, p. 310, considera que el funcionario bancario responderá penalmente si da consejos al cliente de conductas elusivas que se mantienen dentro del manejo permitido de las cuentas.

⁽¹⁷⁰⁾ Vid., así, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 24, n.m. 19; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 159 y s.; EL MISMO, en *Estudios*, p. 216 y s.; EL MISMO, *PJ* 59, p. 137; FRISCH, *Verhalten*, p. pp. 247 y ss., 352 y ss.; WEHRLE, *Regreßverbot*, p. 100 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 407 y ss.

⁽¹⁷¹⁾ Así se solucionarían los casos de un favorecimiento posterior al inicio del hecho delictivo. Vid. sobre estos casos, JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 164; WOHLERS, *NStZ* 2000, p. 174; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 400 y s.

⁽¹⁷²⁾ Vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 24, n.m. 20; EL MISMO, *Imputación objetiva*, p. 160; EL MISMO, en *Estudios*, p. 217; EL MISMO, *PJ* 59, p. 138; FRISCH, *Verhalten*, p. 257 y s.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 402 y ss.

⁽¹⁷³⁾ Hace mención a la inducción como otro límite de la prohibición de regreso, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 393 y ss. Anteriormente, sobre las conductas que entrañan el peligro de motivar a terceros a delinquir, FRISCH, *Verhalten*, p. 333 y s.

⁽¹⁷⁴⁾ Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 160; EL MISMO, en *Estudios*, p. 216.

dd) *Ámbito de competencia de la víctima*

La figura de la víctima ha estado presente en las construcciones jurisprudenciales y doctrinales del Derecho penal desde hace mucho tiempo⁽¹⁷⁵⁾. Si bien actualmente se habla de un "redescubrimiento de la víctima"⁽¹⁷⁶⁾, lo cierto es que en el marco de la dogmática penal esta tendencia debe entenderse, más bien, como el descubrimiento de la utilidad que la teoría de la imputación objetiva tiene en la solución de la problemática del comportamiento de la víctima⁽¹⁷⁷⁾. En este sentido, son cada vez menos las fundamentaciones dogmáticas que ubican esta cuestión fuera del ámbito de la teoría de la imputación objetiva, como, por ejemplo, las que la solucionan en el ámbito subjetivo como supuesto de falta de previsibilidad de la lesión por parte del autor⁽¹⁷⁸⁾, las que se ubican en el terreno de la causalidad mediante la llamada teoría de la "media causación"⁽¹⁷⁹⁾ o la teoría de la concurrencia de culpas⁽¹⁸⁰⁾; o las que consideran que se trata de un problema específico de los delitos culposos respecto de la configuración del deber objetivo de cuidado⁽¹⁸¹⁾. No obstante, el consenso

(175) Vid., CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 109.

(176) Se trata de un redescubrimiento de la víctima que se refleja en diversos sectores (Criminología, Política criminal, Derecho procesal penal, Derecho penal material). Sobre esto vid., NEUMANN, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 225 y ss.; DERKSEN, *Handeln*, p. 14 y ss.; CANCIO MELIÁ, *RPDJP* 1 (2000), p. 19 y ss.

(177) Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 109; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 325 y ss.

(178) Vid., sobre esto, la completa exposición de CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 156 y ss. Vid., referencias jurisprudenciales en DERKSEN, *Handeln*, p. 22, nota 63. En la jurisprudencia peruana acude al criterio de la previsibilidad la sentencia de la Sala Superior penal, expediente N° 550-98 de 24 de abril de 1998 (BRAMONT-ARIAS TORRES, *Jurisprudencia en materia penal*, p. 59).

(179) Vid., esta teoría en BINDING, *Normen* IV, p. 587 y ss.

(180) Vid., QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, p. 321 y ss. Vid., con detalle, la exposición de CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 118 y ss.

(181) Vid., sobre esto, WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 21 y ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 166 y ss., con referencias.

de la doctrina dominante alcanza sólo a la ubicación del problema de la conducta de la víctima al interior de la teoría de la imputación objetiva, pues sobre su configuración dogmática reina todavía cierta polémica⁽¹⁸²⁾. Nuestro objetivo en este apartado no apunta a exponer las diversas configuraciones de la conducta de la víctima en la imputación objetiva, sino a seguir desarrollando la comprensión de la teoría de la imputación objetiva basada en roles también en este ámbito y resaltar las consecuencias que tal instituto dogmático tiene en los delitos económicos.

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⁽¹⁸³⁾. De estas dos posibles razones de cargo a la víctima del resultado lesivo, solamente la segunda constituye un caso de competencia de la propia víctima⁽¹⁸⁴⁾, 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⁽¹⁸⁵⁾ solamente podrá

(182) Vid., en este sentido, WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 40 y ss.; DERKSEN, *Handeln*, p. 30 y ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 349 y ss.

(183) Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 109 y s. En la misma línea, NEUMANN, en *Strafrechtspolitik*, Hassemer (Hrsg.), p. 240 y s.

(184) Utilizan el término competencia de la víctima, JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 104; EL MISMO, en *Estudios*, p. 359; FRISCH, *NStZ* 1992, p. 5. Prefiere hablar de imputación a la víctima, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 327 y s.

(185) Vid., sobre el principio de autorresponsabilidad vid., con diferentes matices, FRISCH, *NStZ* 1992, p. 3; WALTHER, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 79 y ss.; ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht*, p. 19 y ss.; FREUND, *Erfolgssdelikt*, p. 200; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 486 y ss. Sobre las distintas líneas de interpretación del principio de autorresponsabilidad y su personal interpretación vid., CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 299 y ss. Crítico ante la fundamentación de la responsabilidad de la víctima con base en el principio de autorresponsabilidad, SCHÜNEMANN, *LH-Cerezo Mir*, p. 170 y ss.

existir en los casos en los que la víctima, en tanto persona responsable, ha actuado a propio riesgo. Esta actuación de la víctima puede tener lugar, a su vez, de dos maneras: por la infracción de incumbencias de autoprotección o por un acto de voluntad (consentimiento). Esta diferenciación no significa una reedición de la teoría de la diferenciación entre participación en la autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida⁽¹⁸⁶⁾, sino que, por el contrario, se asienta en criterios dogmáticos diferentes.

Cuando la actuación a propio riesgo tiene lugar mediante la infracción de incumbencias de autoprotección⁽¹⁸⁷⁾, estamos ante supuestos en los que la víctima actúa de una manera tal que pueden esperarse objetivamente consecuencias lesivas para ella⁽¹⁸⁸⁾. Se trata, por tanto, de riesgos que se encuentran presentes en su interacción con los demás y frente a los cuales resulta de su incumbencia autoprotegerse⁽¹⁸⁹⁾. 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

⁽¹⁸⁶⁾ Utilizan esta diferenciación ROXIN, *FS-Gallas*, p. 249 y ss.; EL MISMO, *Strafrecht*, AT, § 11, n.m. 90 y ss.; DÖLLING, *GA* 1984, p. 75 y ss.; HELLMANN, *FS-Roxin*, p. 271 y ss.; GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro*, p. 36. Críticamente, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 238 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 471 y ss., quien señala acertadamente que los casos relevantes de heterolesión consentida son normativamente casos de autolesión.

⁽¹⁸⁷⁾ Preferimos utilizar el término incumbencia (*Obliegenheit*) debido a que no se trata propiamente de deberes de la víctima, sino de criterios objetivos para determinar los ámbitos de competencia [DONATSCH, *SchwZStr* 105 (1888), p. 379]. Vid. sobre la inexistencia de deberes propiamente de la víctima, SILVA SÁNCHEZ, *LH-Beristain*, p. 641; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 348; DONATSCH, *SchwZStr* 105 (1888), p. 365 y s., respecto de la protección de los bienes personales.

⁽¹⁸⁸⁾ Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 111. Está claro que solamente podrá hablarse de incumbencias de autoprotección en la medida que la víctima sea un sujeto responsable (vid., así, FRISCH, *Verhalten*, p. 154 y ss.).

⁽¹⁸⁹⁾ En este sentido, admitimos la indicación de JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 111, que la infracción de las incumbencias es el reverso del quebrantamiento culposo del rol por parte del autor.

atribuya un conjunto de incumbencias de autoprotección a las personas⁽¹⁹⁰⁾. La infracción de estas incumbencias por parte de la propia víctima hace que en determinados casos los sujetos que le han producido causalmente la lesión no respondan penalmente o sólo lo hagan de manera parcial en caso de mantener ciertas competencias por el dominio del riesgo. De este modo, por ejemplo, si una empresa pone en el mercado un producto que puede resultar peligroso si no se usa según las instrucciones anexadas⁽¹⁹¹⁾, los miembros de la empresa no responderán por el peligro generado del uso incorrecto del producto⁽¹⁹²⁾. Si el producto se muestra peligroso para los consumidores, se deberá a la infracción de incumbencias de autoprotección atribuidas a éstos, pero no a una infracción de competencias de los fabricantes. Una falta de claridad en las instrucciones del producto mantendría, por el contrario, las competencias del fabricante.

La figura del consentimiento constituye otra especificación de la esfera de competencia preferente de la víctima⁽¹⁹³⁾. No obstante, actualmente se intenta dejar de lado este instituto jurídico-penal debido al fuerte contenido subjetivo que posee⁽¹⁹⁴⁾. Por nuestra parte,

(190) De lo contrario el Estado tendría que imputar esos nuevos riesgos a otras personas, lo que desde un punto de vista económico (de la pena) resulta impracticable.

(191) Sobre los deberes de información de los fabricantes sobre los potenciales peligros en el uso de los productos, FRISCH, *Verhalten*, p. 200 y ss.; PUENTE ABA, *Delitos económicos*, p. 56.

(192) Vid., en el mismo sentido, FRISCH, en *La responsabilidad penal*, Mir/Luzón (coords), p. 105; VOGEL, J., Voz: "Fahrlässigkeit", en *HWiStR*, Krekeler/Tiedemann/Ulsenheider/Weinmann (Hrsg.), p. 7; IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 147. Como una expresión del principio de confianza ve este supuesto, KUHLEN, *Fragen*, p. 137 y ss. Diferencia el principio de confianza de los supuestos de imputación a la víctima, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 372.

(193) Vid., CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 203; FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 475.

(194) Vid., en este sentido, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 190; EL MISMO, *RPDJP* 1 (2000), p. 28 y s.

consideramos que el uso del consentimiento en la teoría de la imputación objetiva ofrece todavía ventajas dogmáticas, aunque para ello debe dejar de entenderse como un dato psíquico y considerarlo, más bien, como un acto objetivo de manifestación de voluntad⁽¹⁹⁵⁾. El consentimiento de la víctima tiene el sentido objetivo de una ampliación voluntaria de los peligros que amenazan normalmente su ámbito personal⁽¹⁹⁶⁾, de manera que en caso de realizarse el peligro, 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 entre la simple infracción de incumbencias de autoprotección y el consentimiento tiene relevancia no sólo en el plano subjetivo sino también objetivo, pues mientras la primera se refiere a conductas peligrosas potencialmente lesivas, el segundo está en relación directamente con conductas lesivas. Resulta lógico que a partir de esta distinción las consecuencias penales no necesariamente coincidan. Por 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 aquel que vende un producto defectuoso a un consumidor que lo utiliza incorrectamente? No cabe duda que en el primer caso una responsabilidad del fabricante se encuentra excluida, mientras que en caso de infracción de incumbencias de autoprotección se mantiene todavía una competencia del fabricante por el producto defectuoso⁽¹⁹⁷⁾.

⁽¹⁹⁵⁾ Se trata, por tanto, del dato objetivo de aceptación de una conducta peligrosa. Vid., así, JAKOBS, en *Estudios*, p. 221. En el mismo sentido, aunque en un contexto más general, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 331.

⁽¹⁹⁶⁾ Similarmente, CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 98 y s. Sobre el objeto y la intensidad del consentimiento, de lo que no vamos a ocuparnos, vid., JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 7, n.m. 125 y ss.

⁽¹⁹⁷⁾ Vid., en este sentido, IÑIGO CORROZA, *La responsabilidad*, p. 155 y s.

La relevancia eximente del consentimiento de la víctima no debe entenderse, sin embargo, en un sentido absoluto, pues la competencia de la víctima decae en los casos en los que su consentimiento resulte afectado por factores distorsionantes, esto es, que la víctima no es o ya no es una persona responsable⁽¹⁹⁸⁾. Conviene dejar precisado, además, que existen ciertos recortes normativos al principio de autorresponsabilidad de la víctima. Por un lado, el principio de autorresponsabilidad decae cuando tienen lugar situaciones de superioridad en las que la víctima es instrumentalizada por el autor⁽¹⁹⁹⁾. Por otro lado, la autorresponsabilidad se recorta cuando existen deberes de control, protección o tutela frente a la víctima⁽²⁰⁰⁾ derivados de un rol especial del autor que mantiene su competencia por el hecho, aun cuando la víctima actúe a propio riesgo. Esta situación se presenta, por ejemplo, en el ámbito de la seguridad en el trabajo⁽²⁰¹⁾, aunque debe reconocerse que nuestra no muy feliz redacción del delito contra la libertad de los trabajadores (artículo 168 del Código penal) deja fuera del ámbito de conductas típicas los casos de voluntaria realización del trabajo sin las condiciones de higiene y seguridad exigidas administrativamente.

En el ámbito del Derecho penal económico se discute si los aspectos configuradores de la llamada conducta de la víctima en la imputación objetiva resultan irrelevantes o no⁽²⁰²⁾. En efecto, ya que

⁹⁸⁾ Vid., en este sentido, FRISCH, *Verhalten*, p. 170 y s.; ARMAZA GALDÓS, *RDPC* 1 (1998), p. 119 y ss. Considera que incluso situaciones de déficit relativo fundamentan la autorresponsabilidad, FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 487.

⁹⁹⁾ Vid., CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 347 y ss. Como lo señala FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, p. 456, existe en estos casos una orientación a los supuestos de autoría mediata.

¹⁰⁰⁾ Vid., FRISCH, *Verhalten*, p. 177 y ss.; PUPPE, *La imputación objetiva*, p. 141 y ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 355; EL MISMO, *RPDJP* 1 (2000), p. 51 y s.

¹⁰¹⁾ Vid., en este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La protección penal*, p. 114 y s.; EL MISMO, *LH-Cobo del Rosal*, p. 587; PÉREZ ALONSO/ZUGALDÍA ESPINAR, en *LH-Cerezo Mir*, p. 1514.

¹⁰²⁾ WEBER, *ZStW* 96 (1984), p. 395, niega en general relevancia eximente al consentimiento en el Derecho penal económico, en tanto los bienes jurídicos en

se trata de delitos que afectan estructuras económicas y no, en principio, a sujetos particulares, resultará realmente difícil encontrar como víctima a una persona individual⁽²⁰³⁾. Por otra parte, la tipificación de conductas en la forma de delitos de peligrosidad hace que tales conductas se consideren prohibidas sin que necesariamente exista aún una organización conjunta del autor con posibles víctimas individualizadas⁽²⁰⁴⁾. No obstante, si bien puede reducirse el ámbito de aplicación de la competencia de la víctima en los delitos económicos, no debe olvidarse que existen delitos de este tipo cuyo resultado típico se configura como lesión individualizada, tal como sucede, por ejemplo, en los delitos concursales, en la responsabilidad por el producto, en los delitos contra la propiedad industrial o en el delitos de administración fraudulenta⁽²⁰⁵⁾. Por lo tanto, las consideraciones sobre el ámbito de responsabilidad de la víctima resultarán plenamente aplicables en estos delitos económicos.

juego son de carácter supraindividual. En el mismo sentido, MAIWALD, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 342; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 121 y s.; FARALDO CABANA, en *Sistema penal*, Ruiz Rodríguez (ed.), p. 170; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 140.

(203) En la doctrina penal se discute, ante la imposibilidad de individualizar a la víctima, si basta una determinación alternativa de la víctima, es decir, que existen estadísticamente diversos afectados aunque no se puede saber quiénes concretamente. Algunos consideran que solamente debe probarse que se ha afectado a alguna persona, sin necesidad de individualizarla. Esta solución presenta dificultades de orden procesal. Vid., sobre esta problemática, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 90 y s.

(204) Resulta llamativo precisamente que FRISCH, *Verhalten*, p. 150, limite sus observaciones sobre la conducta de la víctima a los delitos de resultado.

(205) Sobre el consentimiento en delitos en los que concurren intereses públicos y privados, MAIWALD, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 9A, 1999, p. 342 y s. La relevancia del consentimiento en delitos de responsabilidad por el producto, TIEDEMANN, en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*, p. 114 y s. En el terreno de los delitos contra la propiedad industrial, vid., PAREDES CASTAÑÓN, *La protección penal*, p. 251 y ss. En el delito de infidelidad patrimonial o, conforme a nuestra legislación, de administración fraudulenta, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 106.

d. Figuras típicas cuya punibilidad se fundamenta únicamente en la imputación del comportamiento

La imputación del comportamiento, como primer elemento de la imputación objetiva, puede fundamentar por sí sola la realización objetiva de determinadas figuras típicas, concretamente los delitos de mera conducta, los delitos de peligrosidad, la tentativa en los delitos de resultado y los delitos de emprendimiento. No se requiere, por tanto, una imputación objetiva del resultado para fundamentar la imposición de una pena en estos delitos, 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.

aa) Los delitos de mera conducta

Los delitos de mera conducta se oponen a los delitos de resultado, en tanto no exigen para la consumación del delito un resultado diferenciable de la conducta⁽²⁰⁶⁾. En este sentido, para caracterizar los delitos de mera conducta se pone la atención en la ausencia de un resultado típico. Se ha precisado, sin embargo, que en estos delitos no falta realmente un resultado típico, sino la producción de un estado separado de la acción, por lo que no puede excluirse que posean igualmente un desvalor de resultado⁽²⁰⁷⁾. Con base en estas ideas, se han diferenciado los delitos de mera conducta de peligro (concreto o abstracto) y los delitos de mera conducta de lesión⁽²⁰⁸⁾. No obstante, pese a esta precisión dogmática, creemos que el resultado que nos permite ordenar la imputación objetiva no hace referencia a una valoración general sino a un hecho concreto⁽²⁰⁹⁾.

⁽²⁰⁶⁾ Vid., ROXIN, *Strafrecht*, AT § 10, n.m. 103.

⁽²⁰⁷⁾ En esta línea, ACALE SÁNCHEZ, *RDPC* 10 (2002), p. 26 y s. Desde esta perspectiva puede comprenderse por qué MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 134, sostiene que también en los delitos de mera actividad debe acreditarse un resultado.

⁽²⁰⁸⁾ Vid., MIR PUIG, *RPDJP* 3 (2002), p. 263; ACALE SÁNCHEZ, *RDPC* 10 (2002), p. 27.

⁽²⁰⁹⁾ Vid., así, la diferencia entre resultado y daño en la doctrina penal italiana, ANTOLISEI, *La acción y el resultado en el delito*, p. 117 y ss.

Normativamente todos los delitos (incluida la tentativa) son de resultado, pues producen una defraudación de expectativas normativas de conducta esenciales. Pero desde el punto de vista del proceso de imputación los hechos delictivos presentan ciertas diferencias estructurales. Los delitos de mera conducta se caracterizan por no tener un resultado físico diferenciable, de manera que el juicio de imputación objetiva tiene que centrarse en la conducta realizada⁽²¹⁰⁾. El comportamiento se imputa en estos casos con la sola ejecución de un comportamiento típico, sin que sea necesario un juicio sobre la realización de un resultado diferenciable⁽²¹¹⁾. Un delito económico de mera conducta constituye, por ejemplo, el artículo 243 A del Código penal, el cual sanciona el simple hecho de organizar o conducir un casino de juego sin haber cumplido los requisitos legales.

bb) Los delitos de peligrosidad (o delitos de peligro abstracto)⁽²¹²⁾

Los delitos de peligrosidad se caracterizan por sancionar comportamientos peligrosos sin que efectivamente se haya puesto en peligro o lesionado un objeto valorado positivamente⁽²¹³⁾. Para

⁽²¹⁰⁾ En el mismo sentido, ROXIN, *Strafrecht*, AT, § 10, n.m. 103. De un parecer contrario, LAURENZO COPELLO, *El resultado*, p. 1777. Partidario de extender la teoría de la imputación objetiva también a los delitos de mera actividad, MIR PUIG, *RPDJP* 3 (2002), p. 262 y s.

⁽²¹¹⁾ Esta falta de necesidad no implica inexistencia de castigo por tentativa, pues en estos delitos podría fundamentarse una sanción en grado de tentativa inacabada [vid., así, TAMARIT SUMALLA, en *Comentarios*, Quintero Olivares (dir.), p. 861, respecto del delito de trato degradante del derecho penal español; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 124 y s.; MEINI MÉNDEZ, en www.unifr.ch/derechopenal/art/artmeini (consulta: 20 de diciembre 2002), respecto de delitos que se configuran por la sola decisión de órganos colegiados].

⁽²¹²⁾ Preferimos utilizar la denominación delitos de peligrosidad a la de delitos de peligro abstracto porque no se trata de delitos de resultado que requieran una puesta en peligro (general o abstracta), sino solamente la peligrosidad de la forma de comportamiento (vid., en esta línea, HIRSCH, *FS-Arthur Kaufmann*, p. 548 y ss.; WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 297).

⁽²¹³⁾ Vid., ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 24 y ss. Sobre la distinción entre peligro, peligrosidad y puesta en peligro, MEYER, *Die Gefährlichkeitsdelikte*, p. 183 y ss.

poder decidir cuándo tiene lugar esta peligrosidad que fundamenta la imputación del comportamiento, debe precisarse primeramente qué se entiende por peligro. La discusión doctrinal inicial sobre el concepto de peligro se centró en su naturaleza. Mientras que la tesis objetiva definió el peligro como un hecho real, la tesis subjetivista lo consideró una representación del observador⁽²¹⁴⁾. En la discusión actual, KINDHÄUSER se ha encargado de mostrar lo incorrecto de los primeros planteamientos al señalar que el peligro no es un juicio teórico, sino un juicio práctico, es decir, que no se trata de un juicio sobre un hecho puro, sino de un juicio normativo sobre las posibilidades de existencia de un bien⁽²¹⁵⁾. En este sentido, la tarea principal en el ámbito de la imputación objetiva consiste en precisar los criterios normativos para poder afirmar la peligrosidad de la conducta.

La peligrosidad de una conducta que fundamenta el injusto penal en los delitos de peligrosidad consiste en la infracción de las competencias de organización atribuidas al ciudadano. En el delito de peligrosidad no interesa precisar si existe un peligro de lesión respecto de un bien jurídico, sino que esta conducta *per se* constituye una perturbación social por la peligrosidad ordinaria de tal conducta, o más exactamente, por el cuestionamiento de la identidad normativa

(214) Vid., sobre estos dos criterios de definición del peligro, con referencias bibliográficas, KINDHÄUSER, *Gefährdung*, p. 198; EL MISMO, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 267 y s.

(215) Vid., KINDHÄUSER, en *Aufgeklärte Kriminalpolitik*, I, Lüderssen (Hrsg.), p. 268. Sobre la diferencia entre juicio teórico y juicio práctico, KINDHÄUSER, *Jura* 1984, p. 468. Resalta, sin embargo, la importancia de la discusión entre la teoría objetiva y la subjetiva, KORIATH, GA 2001, p. 53. Un concepto normativo (valorativo) de peligro defienden, ESCRIBA GREGORI, *La puesta en peligro*, pp. 34, 104 y ss.; DEMUTH, *Der normative Gefahrbegriff*, p. 46; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, PG, p. 306; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro*, p. 117; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 37 y s.; PAIS DOVAL, *Delitos de fraude alimentario*, p. 280 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro*, p. 45 y ss.; CEREZO MIR, RDPC 10 (2002), p. 52; CARO CORIA, *Derecho penal*, p. 465; HURTADO POZO, *Manual*, PG, § 18, n.m. 2003. Defiende, por el contrario, el concepto de peligro como un concepto teórico, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, p. 163, nota 22.

de la sociedad⁽²¹⁶⁾. Este cuestionamiento al orden normativo de la sociedad se produce cuando el autor se organiza objetivamente de forma insegura, sin interesar si se ha afectado o no un objeto material. De lo que se trata es de enjuiciar de forma objetiva si la conducta del autor implica una falta de control o dominio de la propia esfera de organización que configura socialmente una situación de inseguridad⁽²¹⁷⁾. Con base en estas ideas, puede concluirse que la fundamentación de la imputación objetiva en los delitos de peligrosidad requiere solamente una imputación del comportamiento en el sentido de organización peligrosa insegura⁽²¹⁸⁾.

Hay que reconocer que en el análisis de los diversos delitos de peligro abstracto la peligrosidad de la conducta puede alcanzar un mayor grado de abstracción o concreción⁽²¹⁹⁾. En este sentido, la configuración de la imputación objetiva en los delitos de peligrosidad puede asumir ciertas particularidades y dar lugar a formas especiales. En lo que sigue vamos a ocuparnos brevemente de estas formas especiales.

aaa) Delitos de peligrosidad concreta

Los delitos de peligrosidad concreta son aquellos que sancionan conductas en las que falta una lesión o una puesta en peligro porque ningún objeto de ataque se encuentra en el ámbito de actuación del autor⁽²²⁰⁾. La peligrosidad en estos delitos se manifiesta en

⁽²¹⁶⁾ Vid., en el mismo sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 308 y s. En el ámbito concreto del Derecho penal económico, TIEDEMANN, *Einführung*, p. 29 y s., habla de un daño de la vigencia (*Geltungsschaden*).

⁽²¹⁷⁾ Vid., en este sentido, la propuesta de FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 335 y s.

⁽²¹⁸⁾ Del mismo parecer en la estructura pero no en los contenidos, MENDOZA BUERGO, *RDPC* 9 (2002), p. 72 y ss.; CARO CORIA, *Derecho penal*, p. 469.

⁽²¹⁹⁾ Vid., así, FEIJOO SÁNCHEZ, en *LH-Rodríguez Mourullo*, p. 315.

⁽²²⁰⁾ Vid., WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 311. Vid., sobre esta forma delictiva, ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 52; KORIATH, *GA* 2001, p. 61. Categorías similares, aunque con propios matices, son el delito de peligro abstracto-concreto

PERCY GARCIA

la falta de dominio o incontrolabilidad del autor sobre el peligro de la acción, así como en la falta de competencia de otra persona por el dominio de los posibles riesgos derivados⁽²²¹⁾. No obstante, la imputación objetiva en estos delitos requiere solamente una imputación del comportamiento peligroso, pero no un resultado concreto de peligro o daño⁽²²²⁾. Se necesita únicamente que la conducta haya sido capaz de producir en las circunstancias específicas un resultado de lesión o de peligro penalmente desvalorado, sin determinar si en el caso específico realmente existió. En el Derecho penal económico constituye un delito de peligrosidad concreta, por ejemplo, el delito de publicidad engañosa del artículo 238 del Código penal, en tanto sanciona las afirmaciones falsas sobre un producto capaces por sí mismas de inducir a error al consumidor⁽²²³⁾.

bbb) Delitos de preparación

En principio, los actos preparatorios no se encuentran dentro del ámbito de lo punible, en tanto se les considera socialmente irrelevantes (vid., *infra*, capítulo XIV, punto III). No obstante, puede que en determinados casos la preparación de un hecho delictivo se muestre ya como una arrogación de un ámbito ajeno de organización y, por tanto, como penalmente relevante⁽²²⁴⁾. Un sector de la doctrina penal recurre a la idea del peligro de bienes jurídicos para justificar

(SCHRÖDER, JZ 1967, p. 522 y ss.), el delito de aptitud (HOYER, *Die Eignungsdelikte*, passim; TIEDEMANN, *Lecciones*, p. 182; EL MISMO, *Einführung*, p. 85), el delito de peligro hipotético o aptitud abstracta (TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1981, p. 826 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, *LH-Cobo del Rosal*, p. 467 y ss.) y el delito de peligro abstracto cualificado [BOTKE, *Revista penal* 2 (1998), p. 10].

⁽²²¹⁾ Vid., WOHLERS, *Deliktsytypen*, p. 314.

⁽²²²⁾ De un parecer distinto es MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 134, respecto de los denominados delitos de aptitud o idoneidad.

⁽²²³⁾ Lo consideran, por el contrario, un delito de mera conducta REYNA ALFARO/VERA LORET DE MOLA, *Revista jurídica del Perú*, 30 (2002), p. 110.

⁽²²⁴⁾ Vid., en este sentido, JAKOBS, en *Estudios*, p. 305. Similarmente, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 336 y s.n.

la penalización de ciertas conductas de preparación⁽²²⁵⁾. Por nuestra parte, consideramos que el recurso a esta idea no resulta plenamente convincente, ya que supondría fundamentar la punibilidad en un comportamiento sucesivo de carácter delictivo. Tal proceder implicaría entrar en la esfera interna del ciudadano y abandonar el principio del hecho⁽²²⁶⁾. En este sentido, la fundamentación de los delitos de preparación no se sustenta en una especial peligrosidad de la conducta respecto del bien jurídico, sino en el significado social de estas acciones como en sí peligrosas⁽²²⁷⁾. El delito de preparación castiga determinadas acciones por la incalculabilidad de los posibles cursos lesivos que pueden derivarse de los mismos⁽²²⁸⁾ y la importancia social de la expectativa en cuestión. Un ejemplo de delito económico de preparación constituye el artículo 255 del Código penal en el que se castiga a quien fabrica o introduce al país máquinas, cuños o cualquier otra clase de instrumentos o insumos destinados a la falsificación de billetes o monedas. La imputación objetiva de este delito necesita solamente de una imputación del comportamiento (de fabricación o introducción) al autor, sin que sea necesaria una relación objetiva de imputación con un resultado específico (monedas falsas).

ccc) Delitos de acumulación

Una especial discusión ha despertado en el ámbito de los delitos medioambientales la formulación de KUHLEN sobre los delitos de acumulación. Este autor parte de la imposibilidad de calificar algunos ilícitos medioambientales como delitos de peligro o como delitos de resultado, pues su lógica no se encuentra en un daño directo al medio ambiente, sino en un daño configurado cumulativamente.

⁽²²⁵⁾ Así, por ejemplo, MEINECKE, *Gesetzgebungssystematik*, p. 152; CORCOY BIDA-SOLO, *Delitos de peligro*, p. 283; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en *Estudios penales en memoria del Prof. Valle Muñiz*, p. 702 y s.

⁽²²⁶⁾ Vid., en este sentido, la crítica de JAKOBS, en *Estudios*, p. 310 y ss.

⁽²²⁷⁾ Vid., JAKOBS, en *Estudios*, p. 311.

Estos delitos de acumulación sancionan acciones individuales que por sí mismas no pueden lesionar ni poner en peligro el medio ambiente, pero que vistas en conjunto con otras posibles infracciones sí pueden generar tal peligro o lesión⁽²²⁹⁾. El recurso a esta forma de tipificación estaría justificado en la necesidad de prohibir acciones de desprecio al medio ambiente que dejan su cuidado al comportamiento de los otros ciudadanos. El desvalor de estos delitos no se encontraría en la contribución cumulativa, sino en el fenómeno colectivo de destrucción del medio ambiente.

La legitimidad de los delitos de acumulación ofrecida por KUHLEN ha sido criticada en el sentido de confundir funcionalidad con legitimidad⁽²³⁰⁾. Para evitar este reproche WOHLERS recurre a la idea de FEINBERG del rechazo a la utilización de los demás para el provecho propio (*freeloading*), lo que permitiría fundamentar el castigo de la afectación no consentida de concretos intereses personales de otros⁽²³¹⁾. A partir de esta fundamentación de los delitos de acumulación, la discusión se trasladaría a la selección de las normas de conducta que pretenden concretamente penalizarse. Para decidir esta cuestión resulta necesario que se cumpla con dos requisitos: (a) la penalización debe limitarse a casos en los que los efectos cumulativos pueden esperarse de forma realista y (b) cada contribución cumulativa individual debe poseer un peso específico

⁽²²⁹⁾ Vid., KUHLEN, GA 1986, p. 399 y ss.; EL MISMO, ZStW 105 (1993), p. 716.

⁽²³⁰⁾ Vid., así, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 319. En el mismo sentido, HEFENDEHL, RECPC, 04-14 (2002), p. 10 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, RECPC 04-08 (2002), punto IV, resaltando que en la actual configuración del sistema de imputación jurídico-penal la fundamentación de los delitos de acumulación no resulta posible.

⁽²³¹⁾ Vid., con más detalle, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 319 y ss. De acuerdo con la legitimidad de los delitos de acumulación, GRACIA MARTÍN, en LH-Cerezo Mir, p. 387; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, en LH-Cerezo Mir, p. 412 y s. En contra de los delitos de acumulación HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit*, p. 144 y ss., por tratarse de una insoportable instrumentalización del Derecho penal para fines socio-pedagógicos; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*, p. 134 y ss.; PAREDES CASTAÑÓN, en *Estudios, Mir y otros* (coord.), p. 68, nota 62.

mínimo⁽²³²⁾. Si estos aspectos se encuentran presentes, podrá admitirse legítimamente la tipificación como un delito de acumulación.

En cuanto a la configuración de la imputación objetiva de los delitos de acumulación, debe señalarse que éstos siguen la regla general establecida para los delitos de peligrosidad⁽²³³⁾, es decir, que no es necesario un resultado de peligro o de lesión, sino solamente la imputación del comportamiento. Un delito económico de acumulación en nuestra legislación constituye, por ejemplo, el delito urbanístico tipificado en el artículo 311 del Código penal⁽²³⁴⁾, en donde se sanciona el simple uso con fines urbanísticos de terrenos agrícolas sin requerir una puesta en peligro o una lesión al medio ambiente⁽²³⁵⁾. La razón de la imputación se encontraría en la representación hipotética de muchas infracciones a las normas urbanísticas.

cc) La tentativa en los delitos de resultado

En los delitos económicos dolosos de resultado⁽²³⁶⁾, la punición de la tentativa requiere poder atribuir al ciudadano la creación de un riesgo prohibido mediante el incumplimiento de los deberes que se derivan de su libertad de organización⁽²³⁷⁾. Sin esa infracción

⁽²³²⁾ Vid., detenidamente, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 322 y ss.

⁽²³³⁾ Vid., en este sentido, WOHLERS, *Deliktstypen*, p. 309 y s. Por su parte, ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, p. 243 y s., considera que estos delitos son delitos de peligro potencial. Como un delito en el marco de bienes jurídicos institucionales, ALCÁCER GUIRAO, REDPC 04-08 (2002), parte VII.

⁽²³⁴⁾ Contrario a considerar los delitos de ordenación del territorio como delitos económicos, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico*, PG, p. 80.

⁽²³⁵⁾ Vid., la sentencia de la Corte Superior del Cono Norte de Lima, Exp. N° 2987-97 de 3 de abril de 1998 (Academia de la Magistratura, *Serie de jurisprudencia* 4, p. 385 y s.). Por el contrario, la sentencia de la Corte Superior del Callao, Exp. 19-95 de 31 de marzo de 1995 [*Cuadernos jurisprudenciales* 4 (2001), p. 51 y s.], requiere la puesta en peligro.

⁽²³⁶⁾ Sobre la improcedencia de una tentativa en los delitos de mera actividad y los delitos de peligro abstracto, vid., *infra*, capítulo XIII.

⁽²³⁷⁾ Vid., en este sentido, VEHLING, *Abgrenzung*, p. 111 y ss.

objetiva de deberes, aun cuando se posea la voluntad de causar un daño, no podrá fundamentarse la imputación de una conducta en grado de tentativa⁽²³⁸⁾. La tentativa se fundamenta en una imputación del comportamiento y en la ausencia de la realización del riesgo prohibido en el resultado considerado por el tipo penal correspondiente⁽²³⁹⁾. Por el contrario, si se realiza también el resultado, entonces el castigo de la tentativa será consumido por el castigo del delito consumado. No obstante, parece también posible que la tentativa haya generado sólo un resultado de peligro en un delito de lesión, de manera que podrá tenerse en cuenta este aspecto en la individualización de la pena por tentativa, pero no podrá hablarse propiamente de un delito consumado.

El castigo de la tentativa adquiere ciertos rasgos particulares en los delitos económicos de puesta en peligro (delitos de peligro concreto), pues no basta una simple infracción de deberes reglamentarios para fundamentar la imputación del comportamiento y la posibilidad de un castigo por tentativa, sino que es necesario que esa infracción se muestre en el caso concreto como idónea para crear el peligro previsto como resultado por el tipo penal correspondiente. Si no se acepta este criterio limitador en el castigo de la tentativa, podría darse cabida subrepticamente a la temida administrativización del Derecho penal.

dd) Los delitos de emprendimiento

Una imputación del comportamiento resulta igualmente suficiente para los delitos de emprendimiento, en los que el tipo penal

⁽²³⁸⁾ Vid., así, JAKOBS, en *Estudios*, p. 304; FRISCH, *Verhalten*, p. 46.

⁽²³⁹⁾ En el mismo sentido, pero con referencia a la llamada teoría del comportamiento típico, equivalente a la imputación del comportamiento, FRISCH, *Verhalten*, p. 45 y ss.; FREUND, *Erfolgsdelikt*, p. 10; MURMANN, *Versuchsunrecht*, p. 13; ALCÁZER GUIRAO, *ADPCP* 1996, p. 496. Ya en 1984, SILVA SÁNCHEZ, *ADP-CP* 1984, p. 368 y s., expresaba esta misma idea con la creación de un riesgo típicamente relevante.

equipara la tentativa con la consumación⁽²⁴⁰⁾. En este sentido, no se requiere para afirmar la imputación objetiva de una vinculación normativa con un resultado, sino de la sola infracción de las competencias de organización atribuidas al ciudadano. Un ejemplo de delito económico de emprendimiento en nuestra legislación constituye el artículo 241, inciso 2 del Código penal que sanciona por fraude en remates, licitaciones y concursos públicos al que intente alejar a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio⁽²⁴¹⁾. El efectivo alejamiento del resto de postores del concurso no constituye un elemento del tipo, por lo que el delito se consumará con la simple realización de acciones dirigidas a ello⁽²⁴²⁾. Recientemente también la modalidad de contrabando tipificada en el artículo 2 inciso e de la Ley 28008 se configura como delito de emprendimiento, pues sanciona con la misma pena tanto el intentar introducir como el introducir al territorio nacional mercancías con elusión o burla del control aduanero.

B. La imputación objetiva del resultado

El punto de partida para la determinación de la imputación objetiva del resultado es la existencia previa de una imputación del comportamiento⁽²⁴³⁾. Sin embargo, no basta que tenga lugar una su-

⁽²⁴⁰⁾ Vid., sobre las particularidades de los delitos de emprendimiento, BURKHARDT, *JZ* 1971, p. 353; BERZ, *Formelle Tatbestandsverwirklichung*, p. 125 y ss.; JAKOBS, *Strafrecht*, AT Apdo 25, n.m. 5; MEINECKE, *Gesetzgebungssystematik*, p. 67; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 697 y s., como una clase de los delitos de tentativa; ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 123 y s.

⁽²⁴¹⁾ Vid., ABANTO VÁSQUEZ, *Derecho penal económico*, p. 124.

⁽²⁴²⁾ Hay que precisar que en la doctrina penal se califica a estos supuestos como delitos de emprendimiento impropios debido a que la acción típica requiere solamente una acción dirigida a un resultado, pero no la obtención del mismo. Vid., sobre los delitos de emprendimiento impropios, BERZ, *Formelle Tatbestandsverwirklichung*, p. 132 y s.; JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Apdo 25, n.m. 7; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, en *Estudios penales* en memoria del Prof. Valle Muñiz, p. 700.

⁽²⁴³⁾ Vid., JAKOBS, *Imputación objetiva*, p. 173 y s.