

INTERVENCIÓN DELICTIVA Y PROHIBICIÓN DE REGRESO: Apuntes sobre la Normativización en el Ámbito de la Participación

Luis Guillermo Bringas
Profesor de Derecho Penal
Universidad Nacional de Trujillo

1. INTRODUCCIÓN

Como una paradoja incontestable se ha afirmado que el conocimiento se sabe relativo hasta en la afirmación de su relatividad. Y ciertamente ello podría predicarse con holgura respecto del conocimiento científico en el ámbito del Derecho penal, y con mayor precisión aún, en lo concerniente a la teoría de la intervención delictiva. Saber quiénes deben responder penalmente por un hecho delictivo, bajo qué modalidad y sobre la base de qué fundamentos, es una cuestión que ha llevado al insomnio a los penalistas que se han dedicado al tratamiento de este tópico. Lo cierto es que, en ese mismo contexto de relatividad del conocimiento, en los últimos tiempos se vienen planteando nuevas formulaciones respecto a la participación delictiva –en sentido amplio–, motivados por la asunción de un sistema funcionalista¹ del Derecho penal, mediante el cual se abandona una comprensión naturalística o fenomenológica de los hechos y se proclama un sistema eminentemente normativo. En este contexto se inscribe este breve trabajo, en el que se esbozarán algunos puntos a considerar en el momento de determinar quiénes participan en el hecho típico y quiénes se mantienen al margen de él, habiendo previamente sentado algunas bases acerca de la normativización y su influencia en el ámbito de la participación.

2. ACERCA DE LA NORMATIVIZACIÓN EN EL DERECHO PENAL

Es conocido que la normativización no es nueva en el Derecho penal. Es más, muchas de las categorías y tópicos de la teoría jurídica del delito se han

¹ Si bien es cierto el sistema funcional adoptado por Günther Jakobs para el Derecho penal no sigue hasta sus últimas consecuencias al funcionalismo sociológico, puede contrastarse, respecto a este último, de manera general, VIVES ANTÓN, Tomás, *Fundamentos del Sistema Penal*, tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 163 y ss., y respecto de la crítica al mismo, p. 184 y ss. Del mismo modo, resumiendo y comentando el pensamiento de Luhmann, GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, Cap. III.

venido explicando, desde hace tiempo, bajo esta premisa: la culpabilidad, la imprudencia (especialmente la denominada imprudencia inconsciente), y otras lo han hecho más recientemente: la imputación objetiva, el dolo. Por ello, que ahora se busque explicar el fenómeno de la intervención delictiva a través de este método no debe sorprender a nadie. Pero, como primera cuestión: ¿qué significa normativizar y qué sentido tiene para el Derecho penal? En lo que aquí interesa, entiendo que cuando la dogmática hace referencia a un método normativo se está refiriendo, por un lado (aspecto negativo), a que el Derecho no aprehende el significado de las cosas por como vienen dadas, preestablecidas, esto es, que no trabaja con conceptos naturales, que ellos son datos sobre los que hay que valorar, pero que no determinan el sentido del deber ser; por otro (aspecto positivo), que es el Derecho a través de ciertos elementos quien determina el significado de los hechos, sus implicancias y repercusiones para la sociedad, les otorga sentido² y valor. Claro que queda por establecer si los elementos de determinación de lo normativo lo constituye la norma jurídica, la configuración social o incluso ciertos elementos ontológicos.

Desde esta perspectiva se entiende como consecuencia normal de este método, por ejemplo, la imposibilidad de entender al dolo como proceso mental, comprendiéndolo, por el contrario, como atribución o adscripción de sentido, sobre la base de la semántica social o de los mandatos normativos³. Asimismo, cobra sentido también bajo la perspectiva normativista, que no sean declarados todavía como hechos de interés para el Derecho penal la sola producción de un resultado, por más que éste cause un daño (en sentido físico-natural) y exista un sujeto que lo produjo. Este dato no pasa de ser un acontecimiento natural mientras no sea sometido a valoración y análisis bajo ciertas exigencias que vienen dadas por la norma o por la constitución y funcionamiento social. Saber que existe un hecho y alguien que lo produjo no es equiparable ni puede significar que estamos ante un *delito* y ante un *partícipe* (en sentido amplio), pues, puede suceder que tal acontecimiento, de acuerdo a ciertos parámetros valorativos, no signifique la creación de un riesgo de importancia o relevancia (no delito) o que existiendo un injusto penal, quien contribuyó causalmente a su producción se encuentre desligado del mismo por no haber infringido deber alguno (no partícipe); situación que ha puesto de relieve la denominada teoría de la imputación objetiva. Algo más: hasta en los delitos más comunes y de supuestamente fácil afirmación, como el

² Refiriéndose, por ejemplo, al concepto jurídico penal de acción, se ha establecido que ésta no es *sustrato de un sentido*; sino, a la inversa, *el sentido de un sustrato*. Vid. VIVES ANTÓN, Tomás, *Fundamentos del Sistema Penal*, cit., p. 205.

³ Lo dicho sólo a manera de ejemplo tiene que ver siempre, como se notará, con la premisa de que el Derecho genera el contexto normativo y que éste no queda preconfigurado por la naturaleza. Expresamente ésta es la conclusión a la que llega Jakobs al referirse a la idea de la normativización. JAKOBS, Günther; *La idea de la normativización en la dogmática jurídico penal*, en: EL MISMO, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 2003, p.44.

homicidio, el hecho, en sentido jurídico-penal, no está agotado con el derramamiento de sangre, el sentido de *matar* es una tarea posterior, otra vez de análisis normativo, y sólo a través de éste podremos saber qué acciones tienen el significado prohibido por la norma penal.

Para culminar con los ejemplos: en la denominada imprudencia inconsciente el autor no responde por actuar a pesar de haberse representado un riesgo (porque justamente no se lo representa), sino porque a pesar de no haber sido consciente del riesgo creado con su acción, *debió* habérselo representado. El vocablo *debió* sintetiza la exigencia normativa. Si el Derecho penal sólo procesara elementos previamente dados o hechos que acontecen en el plano fáctico, es evidente que el autor de una imprudencia de tales característica no debería responder; pero, como hemos anotado, el Derecho no trabaja con datos naturalísticos que debe observar sin más, por el contrario éste construye sus propios conceptos y, sobre esta base, realiza exigencias u otorga licencias a las personas.

Resumiendo: la idea de la normativización está vinculada al abandono de conceptos naturalísticos, como elementos que rigen la teoría de la imputación penal; por el contrario, normativizar implica valorar, adscribir sentido, construir el contexto sobre el que se determinará lo relevante para el Derecho penal, sobre la base de un lenguaje propio.

3. INTERVENCIÓN DELICTIVA

La idea de un delito realizado por un autor único encuentra quizás sus raíces en las primera formas de aparición del crimen (por lo menos esa visión se recoge, aunque en una interpretación literal y sencilla, en el pasaje del Génesis que relata la muerte de Abel a manos de su hermano Caín) y ha guiado el sistema de construcción de la teoría de la intervención delictiva hasta nuestros días. Sin embargo, no es difícil constatar que el injusto puede ser también cometido con la participación de varias personas –y fundamentalmente esa es la forma más común de realización–, y que la presencia de una pluralidad de agentes próximos a la realización del evento criminal pueden enturbiar el tratamiento que éstos deben recibir y la determinación de quiénes efectivamente quedan vinculados al hecho y quiénes deben mantenerse alejados de él.

Tradicionalmente se ha respondido a este problema afirmando que -en orden de importancia respecto del hecho delictivo-, es autor quien tiene el dominio del hecho; es partícipe (en sentido estricto) quien ha determinado al autor ha cometer el delito o ha brindado un aporte, de manera dolosa, para su realización; y quien no ingresa a este círculo de personas próximas al evento criminal, no se le puede dirigir reproche penal alguno. Con ello queda perfilada la idea según la cual los autores, para ser tales, siempre dominan el hecho y que los partícipes responden sólo a través de aquéllos. No obstante dicho planteamiento viene siendo cuestionado. Así, en un trabajo con el título por demás sugestivo, el profesor JAKOBS pone en entredicho, entre

otros puntos, la validez del dominio del hecho como criterio diferenciador entre autores y partícipes; el fundamento del partícipe, según el cual éste respondería por colaborar en el hecho (injusto) del autor⁴. Afirma, el autor citado, que el criterio correcto que debe regir la intervención delictiva no es el del dominio del hecho sino el de la *competencia*, y que, en todo caso, si todos los que intervienen en el hecho resultan competentes, todos resultan ejecutores del mismo, independientemente de quién sea la mano que se mueva para ello⁵. Es que *todos los intervinientes generan con su conducta una razón para que se les impute la ejecución también como ejecución suya*⁶. Y termina afirmando que el concepto fundamental del que se trata es: *infracción colectiva del deber*⁷. Con esto se está aseverando que entre autores y partícipes no existe diferencia *cualitativa* alguna⁸; que todos responden por el injusto único en el que han participado y que, en todo caso, el dominio del hecho sólo tiene una relevancia *cuantitativa* al momento de determinación judicial de la pena.

Es claro que hemos querido resaltar sólo algunos de los puntos más cuestionados, acerca de la teoría tradicional sobre la intervención delictiva, y de cara a la normativización también en este ámbito. Sin embargo, ingresar a la explicación en detalle de los postulados acabados de mencionar, desbordan ampliamente los objetivos de este trabajo. En lo que nos interesa, sólo trataremos a continuación la normativización en el ámbito de la participación delictiva, en concreto, referido a las conductas que aunque fácticamente acontezcan como la prestación de un aporte doloso para la realización de un hecho criminal, no son de interés del Derecho penal. En particular, se analizarán la problemática de las denominadas conductas neutrales o inocuas. Y, como se verá, para diferenciarlo de las acciones que sí tienen el sentido de integrar un plan criminal, recurriremos al criterio de imputación objetiva denominado prohibición de regreso. Es que la fórmula, por lo menos en el ámbito de construcción teórica, es sencilla: intervención delictiva y prohibición de regreso son como las dos caras de la moneda. Claro que el meollo del problema está en encontrar el límite de dichos conceptos.

No obstante lo anotado, antes de ingresar al tratamiento de la prohibición de regreso (y de las llamadas conductas neutrales, estándares o inocuas) cabe recordar que dicho tratamiento se inscribe siempre dentro de una concepción normativa del Derecho penal. Por ello, como intentaré demostrarlo, no es suficiente con que alguien preste un aporte con

⁴ JAKOBS, Günther, *El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*, en: EL MISMO y CANCIO MELIÁ, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, p. 165 y ss.

⁵ *Ibid.*, p. 175.

⁶ *Ibid.*, p. 176.

⁷ *Ibid.*, p. 183.

⁸ Cfr. JAKOBS, Günther, *La intervención delictiva*, en: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 5, Grijley, Lima, 2004, p. 235; quien afirma: *Cualquier diferencia cualitativa que se quiera intentar entre un interviniente y un ejecutor resulta imposible*.

conocimiento de su potencialidad lesiva para los bienes jurídicos de los demás, sino si tal comportamiento, de acuerdo a exigencias de la propia norma penal, tiene el sentido de crear un riesgo jurídicamente desaprobado. Otra vez se trata del significado objetivo de un hecho en base a criterios normativos, y no de su tratamiento y respuesta penal por su sola existencia en el plano natural, empírico o considerando el aspecto psicológico del individuo, y esto a pesar que signifique contribuir para la futura lesión de un bien jurídico.

Aunque claro que está pendiente de respuesta la pregunta acerca de en qué medida la normativización puede ayudar para solucionar la problemática que a continuación se abordará. Y la respuesta tampoco parece complicada: la pertenencia de una persona a un colectivo que realiza un delito no se decide teniendo en consideración la existencia de un aporte causal a la realización del injusto, ni tampoco considerando las finalidades particulares del autor. Por el contrario, la pertenencia a un colectivo y la imposibilidad de desvincularse de responsabilidad por el injusto está determinado por las exigencias normativas que al respecto se pueden plantear, específicamente por la valoración objetiva del riesgo creado con su conducta y la infracción de los deberes que competen a la persona.

De explicar la problemática enunciada y el tratamiento que le ha dedicado la doctrina, se encarga en lo sucesivo el presente trabajo, para el cual, lo dicho hasta el momento, constituye solamente una breve pero necesaria introducción a efectos de situarlo en contexto.

4. PROHIBICIÓN DE REGRESO

Hace pocos años la problemática general de las denominadas conductas neutrales, como comportamientos que se ubican en el límite entre un hecho sin relevancia para el Derecho penal y uno que puede enmarcarse dentro del tipo de injusto de participación, no era tema que ocupara “las primeras páginas” de los tratados y manuales de Derecho Penal⁹. No obstante este aparente desinterés científico se ha visto compensado de manera amplia con el tratamiento que en los últimos tiempos se le ha brindado a través de artículos e investigaciones especializadas¹⁰. Y es que la importancia de este

⁹ Resalta esta particularidad, WOHLERS, Wolfgang, *Complicidad mediante acciones “neutrales”. ¿Exclusión de la responsabilidad jurídico-penal en el caso de la actividad cotidiana o típicamente profesional?*, en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4, Grijley, Lima, 2003, p. 424; indicando que esta problemática había sido ignorada, o bien explicada en conexión a los ejemplos más o menos grotescos que se presentan en las cátedras. Asimismo, ROXIN, Claus, *¿Qué es la complicidad?*, en: EL MISMO, *Dogmática Penal y Política Criminal*, trad. de Manuel Abanto Vásquez, IDEMSA, Lima, 1998, p. 427.

¹⁰ En especial sobre el tema, en habla hispana, Vid. ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003. Basta citar las palabras del profesor Silva Sánchez en el prólogo de esta obra para darse cuenta de su importancia: *ya no podrá hablarse de autoría y participación sin confrontar cualquier afirmación con la*

tema no sólo es de orden teórico sino esencialmente de orden práctico¹¹, de aplicación racional y coherente de la teoría de la imputación penal a los casos que la realidad provee. Más aún la discusión en nuestro país –a diferencia de lo que sucede por ejemplo en Alemania- recién se ha iniciado hace poco, con ocasión de la sentencia de la Corte Suprema N° 4166-99 Lima, conocida como *caso del taxista*¹².

4.1. Ubicación Sistemática

¿En qué ámbito o nivel de la teoría del delito deben ser analizadas las denominadas conductas neutrales? Al respecto, debe partirse por rechazar la ubicación de esta problemática en el ámbito del tipo subjetivo¹³. Por el contrario, debe entenderse que la relevancia penal de las conductas neutrales encuentra su ubicación correcta en el ámbito del tipo objetivo, pues, cuando se evalúa la idoneidad o relevancia de esta forma de comportamientos a nivel del tipo de injusto de participación, lo que se hace es analizar la relevancia del riesgo desde el punto de vista objetivo que estas conductas comportan para los intereses o bienes penalmente protegidos¹⁴. Por ello se entiende que corresponde a la teoría de la imputación objetiva brindar los criterios materiales para su delimitación, pues como esta teoría ha puesto de relieve en el ámbito de las conductas a título de autoría, no basta con que exista dolo y causalidad para que una persona responda penalmente por las consecuencias lesivas de su acción, es decir, la vieja fórmula “dolo + causalidad = responsabilidad penal” no rige más en una comprensión moderna del Derecho penal.

tesis (una auténtica teoría de la intervención en el delito) de Ricardo ROBLES. Entre nosotros, CARO JOHN, José Antonio, Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales, en: Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales, N° 5, Grijley, Lima, 2004, p. 83, nota 1, la ha calificado como la aportación más significativa sobre el tema en el Derecho penal de habla hispana de los últimos tiempos.

¹¹ Restando importancia práctica a la problemática de las conductas neutrales, PUPPE, Ingeborg, *La imputación del resultado en Derecho penal*, ARA, Lima, 2003, pp. 218-219; quien, citando algunos ejemplos de la doctrina, refiere: “...el acreedor pocas veces tiene una razón para revelar al deudor el secreto de que quiere emplear el dinero recibido para la adquisición de una copiadora de color con que planea fabricar un talonario falso de cheques. El comprador de una caja de bombones pocas veces tiene una razón para contarle al pastelero que quiere envenenar a su esposa con esos bombones. El comprador de un cuchillo de mesa pocas veces tiene una razón para decirle al vendedor a quién quiere apuñalar con el mismo”.

¹² Sobre el análisis y comentario de esta ejecutoria, Vid. CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima, 2003. Asimismo, con matices respecto a la resolución de este caso, GARCÍA CAVERO, Percy, *La prohibición de regreso en el derecho penal. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema R. N. N° 4166-99 Lima*, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 4, N° 30, Normas Legales, Trujillo, Agosto 2004.

¹³ En este sentido, WOHLERS, *Complicidad mediante acciones neutrales*, cit., p. 427.

¹⁴ Así, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, cit., p. 72.

Al respecto podría anotarse algo adicional para circunscribir correctamente la problemática. Tampoco se trata de buscar criterios materiales de delimitación por el sólo hecho de tratarse de conductas neutras o cotidianas. Dicho de otra manera: lo relevante no es si una conducta puede ser calificada como neutral o no, de lo que se trata es de establecer si la parte objetiva de los tipos de participación alcanzan o no a esta clase de conductas¹⁵. Dicho en palabras de HASSEMER¹⁶: *se trata de establecer los límites del Derecho penal frente a los espacios de normalidad cotidiana*. O dicho en palabras de ROBLES PLANAS: *se trata de establecer los límites de la libertad de organizar*¹⁷. El nudo en esta línea discursiva se encuentra en establecer cuáles han de ser los criterios para determinar la relevancia típica de una conducta de participación.

4.2. Conductas Neutrales

El primer escollo con el que se encuentra quien pretende lidiar con esta problemática en particular, es el referido a la indeterminación de su denominación y el del contenido de su concepto. Se le conoce en la doctrina como “conductas neutras”, “cotidianas”, “estándar”, “socialmente estereotipada”, “conducta social profesionalmente adecuada”, “negocios normales de la vida diaria”, “conductas inocuas”, “conductas sin relación de sentido delictiva”, “conductas conforme al ordenamiento jurídico”, etc¹⁸. De todas las denominaciones posibles seguiremos aquí la de “conductas neutras”, por ser la más utilizada por la doctrina y la que mejor resume las cualidades de esta clase de comportamientos. Pues bien, ahora la pregunta obvia reza así: ¿Qué son conductas neutras? Si se intenta esbozar un concepto, se las podría definir como aquellos comportamientos estereotipados, inocuos, externamente lícitos, realizados incluso con el conocimiento de su potencialidad lesiva para bienes jurídicos ajenos. Sin embargo, al margen de ensayar un concepto, considero importante indicar que esta clase de conductas presentan dos elementos comunes. Por un lado: son conductas que se realizan de manera adecuada a un rol, estándar o estereotipo (aspecto objetivo). Por otro: existe el conocimiento por parte de la persona que las realiza de su idoneidad para producir un resultado delictivo (aspecto subjetivo)¹⁹. Ambas características integran el concepto de conductas neutras.

¹⁵ Cfr. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, cit., p. 75.

¹⁶ Citado por ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, cit., p. 75.

¹⁷ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, cit., p. 75.

¹⁸ Cfr. CARO JOHN, *Sobre la no punibilidad de las conductas neutras*, cit., pp. 86-87. Asimismo, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, cit., pp. 31 y 32; en especial la abundante referencia a la literatura alemana indicada en la nota 28.

¹⁹ Vid. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, cit. p. 33. Como una tentativa conceptual, este autor cita los aportes de HASSEMER y WOHLLEBEN. El primero las define como aquellas conductas *que desde la perspectiva de un observador imparcial no tienen ninguna tendencia objetiva hacia el injusto, aunque pueden llegar a recibir esa tendencia mediante informaciones adicionales –especialmente sobre el lado interno del que presta la ayuda-*. El segundo

Con lo anotado queda perfilado que los casos de conductas culposos que luego son utilizadas por un tercero para la realización de un delito quedan excluidos del presente análisis. Por el contrario interesan los casos más conflictivos: aquellos en los que la persona conoce que con su conducta está creando un riesgo idóneo para la producción de un resultado lesivo a cargo del autor. Los ejemplos abundan:

- a) **Caso del abogado**²⁰: El Tribunal Supremo Alemán analizó si un Abogado que participó como consultor en la elaboración de unos folletos publicitarios, con los cuales luego una empresa abusó de esa información para estafar a algunos clientes, con conocimiento de los fines de la empresa por parte del Abogado, constituye complicidad en el delito de estafa o, por el contrario, al ser simplemente la prestación de un servicio profesional, queda excluida del ámbito penal. El colegiado resolvió que *en lo fundamental el conocimiento y voluntad de un abogado al ofrecer un asesoramiento jurídico se adapta por regla general al deber de impartir consultoría sin que ello sea un acto de favorecimiento de un delito*.
- b) **Caso del taxista**: La sentencia de la Corte Suprema R. N. N° 4166-99 Lima, de fecha 07 de marzo del año 2000 evalúa el caso de un taxista cuyos servicios son requeridos por un sujeto que lo condujo hasta un inmueble; estando en tal lugar recibió la indicación de hacer ingresar el vehículo hasta la cochera del mismo, lugar donde lo esperaban otros sujetos, en número de cinco aproximadamente, quienes introdujeron diversas especies del vehículo. Luego de ello inició la marcha, pero fueron intervenidos durante el trayecto por la autoridad policial. Además se estableció como hecho probado que el procesado se percató de las intenciones delictivas de los sujetos que tomaron sus servicios (conocimiento) cuando éste ingresó a la cochera. La Corte Suprema confirmó la absolución del procesado sobre la base de que el mismo “se limitó a desempeñar su rol de taxista, el cual, podríamos calificar de inocuo, ya que no es equivalente per se, ni siquiera en el plano valorativo, al delito de robo agravado”. En lo referente al conocimiento que tenía el encausado, el colegiado estableció que “el sólo conocimiento no puede fundamentar la antijuridicidad de su conducta”.

entiende que conductas neutrales son aquellas *que quien las ejecuta las hubiera realizado frente a todo el que se hallara en la situación del autor, porque él, con su acción, persigue fines propios y jurídicamente no desaprobados que son independientes del hecho y del autor*.

²⁰ Según la sentencia del Tribunal Supremo Federal, del 20 de setiembre de 1999, citado por CARO JOHN, *Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales*, cit., pp. 84-85. En lo esencial se sigue aquí el texto del caso.

- c) **Casos varios citados por la doctrina**²¹: un panadero A que vende una pieza de pan a B sabiendo que éste la utilizará para envenenar a la esposa de este último; un taxista que transporta, conociendo los planes de su pasajero, a éste al lugar donde cometerá un delito; un deudor que cumple con su obligación de pago, sabiendo que su acreedor se procurará los medios para cometer un delito con el dinero recibido.
- d) **Caso límite**: un estudiante de Biología que trabaja como camarero eventual durante sus vacaciones semestrales reconoce, en la exótica ensalada que tiene que servir, trozos de una planta venenosa, debiéndose tal descubrimiento tan sólo al hecho de que poco tiempo antes había escrito un trabajo de seminario precisamente sobre dicha planta venenosa. Impasible, sirve la ensalada y el cliente fallece²².

En todos estos casos se trata de marcar el límite entre la relevancia o la irrelevancia de tal conducta externamente lícita o neutral para el Derecho penal²³. Y la solución para ello se debe buscar a través de la teoría de la imputación objetiva.

4.3. Propuestas de Solución desde la Perspectiva Subjetiva

Un sector doctrinal pretende marcar la diferencia entre lo delictivo y lo neutral recurriendo al conocimiento que pueda tener el sujeto (potencial partícipe) de la ilicitud del acto que realizará el tercero (autor). En esta línea se inscriben AMBOS²⁴, RANSIEK²⁵, OTTO, AMELUNG, WOHLLEBEN

²¹ Vid., ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, cit., pp. 35-36.

²² JAKOBS, *La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del "riesgo permitido", la "prohibición de regreso" y el "principio de confianza"*, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997, p. 214. Este caso presenta como particularidad frente a los demás casos citados por la doctrina, que en aquéllos se trata de conductas que producen de manera *indirecta* un resultado lesivo, mientras en éste la producción es *directa*. Ello no significa que estemos realizando tal consideración desde la simple constatación empírica de la cercanía de la lesión, sino que normativamente ello implica una valoración distinta. Por ahora basta Cfr., FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002, p. 140 y ss.

²³ Dicho con palabras de Jakobs: (es) *la cuestión acerca de cuándo se trata todavía de una actuación en un mundo cuyas defraudaciones no tienen que ser resueltas jurídico-penalmente y cuándo ya se trata de una actuación en un mundo que defrauda con consecuencias jurídico-penales*. Vid. JAKOBS, *La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión*, en: EL MISMO, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, Palestra, Lima, 2000, p. 193.

²⁴ Quien indica que el aporte al hecho adquiere un fin determinado o, en otras palabras, el carácter de "delictivo" o "legal" mediante el dolo del colaborador. Agrega, siguiendo a OTTO: el conocimiento da al comportamiento un sentido delictivo. Vid. AMBOS, Kai, *La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales*, en: URQUIZO OLAECHEA, José (Dir.), *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 11, IDEMSA, Lima, 2002, p. 500.

y esencialmente ROXÍN. La tesis de ROXÍN es la que ha tenido mayor aceptación, incluso por la jurisprudencia alemana, por lo que sus postulados se abreviarán a continuación.

ROXÍN evalúa el contexto social dentro del cual ocurren estas conductas neutrales de manera correcta: la venta de cuchillos, cerillos, encendedores, combustibles, hachas y martillos, y la transmisión de tales objetos no sería posible si uno tuviera que adecuarse a hechos punibles dolosos de los compradores y otros receptores. Agrega: si uno tuviera que prescindir de ofrecer oportunidad para la comisión de hechos punibles dolosos, una vida social moderna sería tan poco posible como si se renunciara a un tráfico vehicular²⁶. No obstante tal descripción del contexto social y de las relaciones que en él se producen quedan vinculados sólo al caso de aportaciones en las que el colaborador no tiene conocimiento seguro de los planes delictivos del autor (dolo eventual), porque si el interviniente tiene conocimiento seguro de los planes del sujeto con quien colabora (dolo directo), debe responder por las consecuencias lesivas de su actuar²⁷. Explicado esto con algo de detalle, podría configurarse de la siguiente manera:

- a) Si el aportante conoce la resolución delictiva del autor tendrá que admitirse una complicidad punible, y ello porque tal aporte (con conocimiento) posee una *relación delictiva de sentido*. A decir de ROXÍN existirá tal *relación delictiva de sentido* cuando la contribución tiene valor para el autor solamente bajo el presupuesto del delito planeado, y el aportador también sabe eso²⁸. Utilizando este planteamiento para analizar los casos del panadero y del taxista mencionados anteriormente, tendremos las siguientes consecuencias: si el panadero conoce, porque así se lo ha explicado el autor, que necesita una pieza de pan para envenenar a su esposa y, a pesar de lo que conoce, el panadero le vende el pan, deberá responder como cómplice de homicidio, pues tal aporte tendría una *relación delictiva de sentido*, en

²⁵ Este autor a pesar de ubicar, al igual que Kai Ambos, el problema de las acciones neutrales en el ámbito del tipo objetivo, recurre a la subjetividad del individuo para demarcar los límites de la punibilidad. Así, refiriéndose al caso del panadero indica que si el comprador explica de manera clara que necesita el panecillo para envenenar a su esposa, se hace responsable al vendedor por complicidad en el homicidio. Agrega que la venta pierde su cotidianeidad, puesto que tanto por parte del comprador como del vendedor se le da al acto de venta un sentido delictivo. Finalmente, sólo excluye la colaboración cuándo la relación de ésta con el delito es totalmente secundaria, y ello sucede –afirma– cuando sólo se cubren necesidades vitales básicas del autor, como comer, utilizar medios de transporte, etc. Vid. RANSIEK, Andreas, *Colaboración neutral en organizaciones formales*, en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, N° 4, Grijley, Lima, 2003, pp. 341-343.

²⁶ ROXÍN, Claus, *Observaciones a la "prohibición de regreso"*, en: *Dogmática penal y política criminal*, cit., p. 63.

²⁷ Cfr. ROXÍN, *¿Qué es la complicidad?*, cit., p. 427.

²⁸ ROXIN, *¿Qué es la complicidad?*, cit., p. 427.

tanto el aporte (pan) tiene sentido para el autor solamente para la materialización del delito planeado. Así también si un transeúnte le dice a un taxista que lo traslade a un determinado lugar donde va a realizar un delito de robo o de homicidio y el taxista, conociendo esto, lo traslada, el taxista responderá a título de complicidad porque su conducta reúne los elementos antes reseñados y, además, tal comportamiento tiene el sentido de ataque a un bien jurídico, por lo que no hay forma que quede excluido de responsabilidad penal. En ambos casos -diría ROXÍN- ya no se trata de acciones cotidianas sino de conductas de complicidad (por lo demás, afirma este autor que no existen acciones cotidianas *per se*, sino que el carácter de una acción se determina por la finalidad para la que sirve). Finaliza el Profesor de Munich afirmando que sólo la falta de una *relación delictiva de sentido* puede quitarle el carácter de complicidad a una acción que influye incrementando las posibilidades de la comisión de un delito²⁹.

- b) Pero si el aportante sólo cuenta con la posibilidad de una conducta delictiva del autor, habrá de apreciarse, a lo sumo, una complicidad con dolo eventual, pero, en tal supuesto, quedaría excluida la responsabilidad sobre la base del *principio de confianza*, según el cual todos deben confiar en que los demás no cometerán delitos dolosos en tanto no exista una *inclinación reconocible hacia el hecho*³⁰. Trasladando lo anotado a los casos antes mencionados: si el panadero o el taxista creen que las intenciones comunicadas por el potencial autor son sólo una posibilidad, o incluso lo consideran como una broma, no responderán penalmente, pues aunque pueda apreciarse un aporte con dolo eventual, la responsabilidad queda excluida en virtud del principio de confianza.

4.4. Crítica a la Perspectiva Subjetiva

Se han formulados diversas críticas a esta posición, sin embargo, abreviando las mismas podrían reducirse fundamentalmente a las siguientes:

- a) Al analizar la relevancia de estos comportamientos desde una perspectiva subjetiva se incurre en un error metodológico, pues se desconoce que el tipo subjetivo tiene como referente siempre el lado objetivo del hecho. Esto es, primero se analiza si el comportamiento externo superó los límites del riesgo permitido y recién si ello es afirmado se continúa con el análisis de la tipicidad del hecho³¹. No se puede proceder al contrario, pues terminaríamos analizando el

²⁹ Vid. ROXÍN, *¿Qué es la complicidad?*, cit. pp. 430-431.

³⁰ ROXÍN, *¿Qué es la complicidad?*, cit., pp. 432-433.

³¹ Por ello, en relación al análisis de lo subjetivo y lo objetivo del tipo, ha expresado con claridad FRISCH, citado por ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, cit. p. 207, nota de pie 84, que "la única legitimación para recurrir a lo interno del autor surge sólo una vez determinada la existencia de un riesgo desaprobado desde una base objetiva (estandarizada)...".

elemento subjetivo de un hecho que en el plano objetivo no tiene ninguna relevancia para el Derecho penal, por no haber superado los límites del riesgo permitido.

- b) Además, en lo referente a la diferenciación que realiza ROXIN, se eleva un argumento estipulativo; esto es, que ni en Alemania, ni en España ni en Perú, los respectivos Códigos Penales realizan diferencia alguna en el tratamiento del dolo directo y del dolo eventual. Dicho en otras palabras: en ambos casos se trata de *dolo* y no existe razón válida para que una conducta a título de dolo eventual quede exenta de responsabilidad³².
- c) Finalmente se le critica que recurrir a un criterio subjetivo puede llevar, en sus últimas consecuencias, a penalizar los ánimos, los pensamientos, al margen de que objetivamente no se haya producido nada relevante para el Derecho penal. Con esto se corre el riesgo de regresar a un inaceptable *Derecho penal de autor*.

4.5. Propuestas de solución desde la Perspectiva Objetiva

Autores como HASSEMER, FRISCH, LESCH Y JAKOBS, por su parte, han propuesto resolver el tema de las conductas neutrales desde una perspectiva eminentemente objetiva. Reseñaré, en esta ocasión, la posición del Prof. GUNTHER JAKOBS³³, por ser, por lo menos en nuestro país, la más aceptada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, al punto que la Corte Suprema ha tomado expresa y literalmente sus postulados para sustentar la solución dogmática dada al *caso del taxista*.

El profesor de la Universidad de Bonn parte de la concreta configuración de la sociedad. Al respecto resulta válido afirmar que ciertamente los cambios en lo relativo a la configuración social tienen una influencia directa en la comprensión y en la misión asignada al Derecho. Y a ello no escapa el Derecho penal. En la actualidad se puede afirmar que *fundamentalmente* vivimos en una sociedad caracterizada por los avances tecnológicos, la generación de riesgos constantes, la transmisión de información de manera rápida y generalizada, etc, es decir, una sociedad moderna que tiende, por un lado a constituirse en constante fuente de riesgos para los bienes jurídicos de los que participan de las relaciones intersubjetivas y, por otro, a la *despersonalización* de los contactos sociales³⁴. Se afirma que en

³² También resalta este hecho, respecto de nuestro Código Penal, CARO JOHN, José, *La imputación objetiva*, cit., p. 56.

³³ Por la naturaleza de la presente contribución y los límites de espacio concedidos, sólo anotaré las ideas básicas del planteamiento de este autor. A mayor amplitud, en nuestro país, Cfr., GARCÍA CAVERO, *La prohibición de regreso*; CARO JOHN, *La imputación objetiva*, cit., p. 25 y ss.; EL MISMO, *Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales*, cit., p. 93 y ss.

³⁴ No obstante, en lo que respecta a nuestro medio, esta afirmación debe ser relativizada, pues no puede soslayarse el hecho que somos un país *plural* en diversos sentidos, incluido

una sociedad conformada por pequeñas comunidades o grupos, las relaciones están basadas en la *confianza interpersonal*; sin embargo, en una sociedad altamente sectorizada esta confianza, como fundamento de las relaciones sociales, se pierde. La única forma de poder relacionarse adecuadamente en una sociedad con estas características, donde los contactos sociales se han convertido en anónimos, es a través ciertos comportamientos estandarizados: a través de roles³⁵. Pues, entonces, como regla general (y sólo como eso) quien se encuentra dentro de los límites de su rol no habrá realizado nada con interés para el Derecho penal. Por el contrario quien infringe el rol deberá arreglárselas con éste. JAKOBS lo ha dicho con una fórmula general y contundente: *La responsabilidad jurídico-penal siempre tiene como fundamento el quebrantamiento de un rol*³⁶.

Ahora bien, los roles desempeñados por las *personas* pueden dividirse, a su vez, en roles generales y especiales. Los roles especiales obligan a la persona a configurar, junto con otras, un mundo común, como sucede, por ejemplo, en el caso de los padres respecto a sus hijos. Los padres están obligados no sólo a no lesionar los derechos de sus hijos, sino a realizar toda conducta positiva que sirva para mantener esos derechos intactos e incluso permitir su potencialización (contribuyendo así a la configuración de un mundo común). Quien quebranta este rol -afirma JAKOBS- generalmente responde a título de autor, ya que está obligado de manera directa frente a la víctima a mantener un ámbito común³⁷.

De otro lado, los roles generales están referidos al único rol común que existe, el rol de comportarse como una persona en Derecho, es decir, el de respetar los derechos de los demás como contrapartida al ejercicio de los derechos propios³⁸. Este rol general, se afirma, tiene el contenido positivo de constituir a la persona en cuanto persona en Derecho, pero lo más importante es la obligación que surge del lado negativo del rol: el deber de no lesionar a otros, esto es, no mates, no lesiones, no robes; el “no” resalta el lado negativo del rol³⁹.

Ahora bien, en los delitos de dominio, que es el tópico que aquí nos interesa, la responsabilidad penal se materializa mediante la infracción del rol general que tiene toda persona o ciudadano⁴⁰. Esta infracción, a su vez,

lo social, lo cual determina en mayor o menor grado, el nivel de despersonalización de esos contactos.

³⁵ Cfr. JAKOBS, Gunther, *¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, en JAKOBS, Gunther y CANCIO MELIÁ, Manuel, *El Sistema Funcionalista del Derecho Penal*, 2000, p. 53.

³⁶ JAKOBS, Gunther, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Lima, 1998, p. 67.

³⁷ Vid. JAKOBS, *La imputación objetiva*, cit., p. 67.

³⁸ JAKOBS, *La imputación objetiva*, cit., p. 68.

³⁹ JAKOBS, *La imputación objetiva*, cit., p. 69.

⁴⁰ Entre nosotros, en contraposición al término *rol general de persona*, GARCÍA CAVERO prefiere utilizar el de *rol general de ciudadano*, como una consecuencia natural de su concepto

pueda realizarse de manera individual o conjunta. En caso de actuaciones colectivas, para determinar la responsabilidad penal de todos los partícipes en el hecho, debe acudirse a los criterios de imputación objetiva denominados: principio de confianza, prohibición de regreso y competencia de la víctima.

Siendo más específicos: el tema de las conductas neutrales o cotidianas debe solucionarse recurriendo al criterio de imputación objetiva denominado prohibición de regreso. Es más, dentro de las diversas formulaciones o explicaciones de este problema recurriendo al criterio mencionado, resulta mucho más adecuado la teoría de los ámbitos de competencia o de responsabilidad⁴¹, según el cual una persona no requiere representarse las distintas posibilidades de comportamiento ilícito de terceros derivados de su actuación⁴². Esta teoría ha sido desarrollada amplia y coherentemente por JAKOBS. Cabe recordar que toda la teoría de la imputación objetiva de este autor gira en torno a la idea de los deberes de garante, de los ámbitos de competencia; por ello afirma que *la imputación objetiva no es sino la constatación de quién es garante de qué*. Y finalmente termina acuñando una frase que ha trascendido y que se ha impuesto en la dogmática penal moderna: *No todo atañe a todos*⁴³. Entonces, si una persona paga una deuda a su acreedor, a pesar de que conoce que éste utilizará el dinero para cometer un delito, no responderá a título de partícipe en el ilícito que realice el autor, pues no es asunto suyo ocuparse de evitar el delito que va a cometer su ex acreedor. El panadero que vende una pieza de pan a una persona que le comunica que necesita ésta para envenenar a su esposa, hecho que finalmente realiza, tampoco responde penalmente, pues no tiene un deber de garante respecto al resultado lesivo que se va a producir para la esposa de su cliente. Y, por idénticas razones, tampoco se confrontará con el sistema penal el taxista que lleva a su destino a un cliente que en el transcurso le comunica su plan criminal. En todos estos supuestos se tratan de conductas sin relevancia para el derecho penal, pues tanto el deudor, como el panadero y el taxista simplemente actuaron dentro de su rol general concretizado en la actividad correspondiente, y, quien no quebranta su rol no puede responder penalmente, aun cuando actúe con conocimiento y se produzcan resultados lesivos para bienes de terceras personas. Desde la perspectiva de la imputación objetiva se dirá que todas estas conductas se encuentran dentro de una *zona libre* del Derecho penal, pues no han superado los límites del riesgo permitido.

4.6. Precisiones a la Doctrina Dominante y Ulteriores Criterios de Imputación

normativo de *persona* del cual parte este autor y en el que se aparta del concepto proporcionado por JAKOBS. Sobre su concepto de persona, Cfr. su obra *Derecho Penal Económico. Parte General.*, ARA – Universidad de Piura, Lima, 2003, pp. 26-28.

⁴¹ De acuerdo, GARCÍA CAVERO, *La prohibición de regreso*, cit., p. LXI.

⁴² JAKOBS, *La prohibición de regreso en los delitos de resultado*, en *Estudios*, cit., p. 261.

⁴³ JAKOBS, *La imputación objetiva*, en *Estudios*, cit., p. 211.

a) Como punto de partida para analizar este tipo de conductas (neutrales) el criterio del rol formulado por JAKOBS me parece correcto⁴⁴; sin embargo, no debe comprenderse al rol como un elemento dotado de contenido sociológico sino esencialmente jurídico⁴⁵. Es decir, no se trata de averiguar si una persona, en un caso concreto, ha infringido su *rol social*, sino si es que ha vulnerado su *rol jurídico* o *posición jurídica*⁴⁶. El meollo del problema está en determinar cuál es el contenido de ese continente llamado *rol*: lo social o lo jurídico. Me inclino por la segunda opción. Claro que con ello no pretendo decir que lo social no tenga ninguna importancia: por supuesto que la tiene. La configuración social, los estándares sociales, la modalidad de contactos intersubjetivos, son datos importantes a valorar. Más aún, el Derecho penal mismo tiene que tener en cuenta la realidad social, pues de lo contrario se estaría regulando para una realidad distinta o inexistente, obviamente, con resultados nefastos. Sin embargo, si alguien debe responder penalmente o, por el contrario, verse protegido por un manto de licitud, es algo que no puede ser establecido con la sola mirada al rol social que desempeña el ciudadano, sino que *fundamentalmente* debe evaluarse si *esa* persona ha realizado una conducta que desaprueba lo previsto en la norma penal. Es que la norma penal desaprueba modalidades de conductas o contactos sociales que no pueden emprender los ciudadanos⁴⁷, no incumplimiento de roles sociales⁴⁸. A lo mucho el dato del rol social desempeñado tiene una función de indicio o elemento a valorar, pero nada más⁴⁹.

En conclusión, sobre este punto: el criterio del *rol* tiene una gran potencialidad para explicar esta problemática, sin embargo el contenido del rol no está dado por las prácticas habituales o estándares, menos por las costumbres sociales⁵⁰; por el contrario, el

⁴⁴ No obstante, el criterio del rol, hasta donde alcanzo a ver, presenta mayores ventajas todavía en el tratamiento de los delitos de infracción de un deber o de responsabilidad por competencia institucional.

⁴⁵ En esta misma línea, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, cit., p. 505.

⁴⁶ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, cit., p. 294, prefiere utilizar el término “posición jurídica” en lugar de “posición de garante”.

⁴⁷ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, cit., p. 141.

⁴⁸ Crítico respecto a la aplicación de la teoría de los roles en el análisis de tipicidad dolosa activa, ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., EDIAR, 2002, p. 475 y ss.

⁴⁹ De una opinión distinta, CARO JOHN, *Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales*, cit., p. 105, quien refiere que una conducta es neutral cuando expresa el cumplimiento de los deberes que forman parte de un **rol social**. (el resaltado es nuestro).

⁵⁰ Por lo demás, en países como el nuestro, resultaría muy difícil que nuestros jueces tengan que resolver teniendo en cuenta el cumplimiento o las infracciones de *roles sociales*, pues éstos, como es evidente, dependen de la concreta configuración social, la cual puede variar de región en región, de distrito en distrito, e incluso de urbanización en urbanización. Algo más: puede ser que en determinados lugares y sectores donde gobierna la informalidad y la

contenido del rol está dado por la norma. Es la norma penal la que delimita lo permitido y lo no permitido.

- b) Afirmado lo anterior, queda por determinar si el criterio del rol o posición jurídica, siendo el criterio metodológico asumido como correcto, resulta suficiente -de cara a la aplicación en el ámbito judicial- para poder delimitar lo permitido y lo prohibido⁵¹; que permita discernir entre las conductas impunes y aquellas que quedan comprendidas dentro del tipo de participación. Al respecto es conveniente diferenciar si la conducta analizada se inscribe en un sector altamente regulado o, por el contrario, el hecho se ubica en sectores sin regulación precisa, es decir, con amplios espacios para la libertad de actuación u organización. Entiendo que si la conducta desplegada está inserta en ámbitos hiperregulados, donde el Estado centraliza la administración de los riesgos, recortando la libertad de organización de las personas, el criterio del rol jurídico no sólo es idóneo y necesario, sino incluso suficiente para poder determinar la relevancia de las conductas a título de participación o considerarlas al margen del interés del Derecho penal. Esta forma de determinación puede encontrarse en los supuestos del tráfico vehicular, las edificaciones, las intervenciones médicas, etc. Sin embargo, si la conducta objeto de análisis ha sido desplegada en sectores con un ordenamiento primario o poco preciso, entonces habrá que atender a otros criterios intermedios que permitan hacer viable la determinación de si una persona se ha comportado de acuerdo con su *rol general de ciudadano*⁵² o, por contrario, ha realizado una conducta que, en el plano objetivo, tiene el sentido de vulnerar una norma penal.
- c) Pues bien, esos criterios que, juntos a otros⁵³, nos permitan establecer cuándo una persona ha infringido su rol o posición jurídica en los

“subcultura” existan conductas que se adecuen perfectamente al estándar social (rol o papel) y que, sin embargo, infrinjan la norma penal. Y es que el concepto de *rol social* es tan cautivante y llamativo como indeterminado.

⁵¹ Para efectos de evitar malos entendidos, debe quedar claro que no pretendo restar importancia al criterio citado, pues ello implicaría contradecir mis propios puntos de partida, sino sólo establecer elementos adicionales que permitan una mayor concreción. A fin de cuentas de lo que se trata es de poder determinar cuándo una conducta se mantiene dentro de lo permitido o cuándo, al convertirse en un riesgo prohibido, se encuadra dentro de un tipo de injusto de participación.

⁵² Cabe recordar que el rol general de ciudadano, en su aspecto negativo, se concreta en la exigencia de no lesionar derechos ajenos: no mates, no robes, etc., y el criterio del *rol social* desempeñado (taxista, panadero, ferretero, etc) no puede determinar cuándo la conducta infringe ese rol general, por lo menos no correctamente. Por ello, algunos autores afirman que *el rol social no añade nada a los tradicionales requisitos de la “teoría de la imputación objetiva”*. FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, cit., p. 144.

⁵³ Los criterios que se indican no constituyen los únicos que pueden servir de apoyo en el análisis de las conductas consideradas como neutrales, sino que pueden existir otros que colaboren en esta tarea. Asimismo, tampoco deben ser considerados los criterios que se

delitos de dominio cometidos en ámbitos no regulados, pueden ser, a título enunciativo, los siguientes⁵⁴:

- La relación espacio-temporal con el hecho. Para analizar si una “conducta neutral” supera el límite de lo permitido, infringiendo el rol general de ciudadano (lo cual se derivará del contenido expreso o tácito de la norma penal) habrá que tener en cuenta el momento en que se realiza esta conducta⁵⁵. Expresado con un ejemplo: por lo general, vender cuchillos, destornilladores u otros objetos peligrosos es una acción que se mantiene dentro de los riesgos permitidos; sin embargo, venderlos cuando alguien se encuentra involucrado en una riña y de manera desesperada solicita que le hagan entrega de un cuchillo, constituye ya una infracción del deber de no lesionar a los demás (aspecto negativo del rol general de ciudadano) o, dicho en palabras de ROBLES PLANAS, constituye una adaptación de la conducta al hecho que se va a ejecutar y, por tanto, al primer actuante le será más difícil desvincularse del hecho delictivo.
- La disponibilidad o calidad de la aportación. También es importante como criterio que permita la aplicabilidad de la teoría al caso concreto, la evaluación de la disponibilidad o calidad del aporte al hecho típico. Es posible que el primer actuante entregue un bien con conocimiento de la potencialidad lesiva de su conducta; sin embargo, por la prestación absolutamente generalizada que otorga, su aportación resulta irrelevante para el Derecho penal. Nuevamente con un ejemplo: la venta de pan constituye una aportación que se puede encontrar fácilmente, no constituye un bien escaso ni tampoco un bien que contenga un riesgo especial y, por tanto, vender pan, incluso a quien comunica su plan criminal, es una actividad que generalmente no alcanza a subsumirse en el tipo de participación de un delito. En cambio, vender un pastel, previamente solicitado para envenenar a otro, preparado utilizando ingredientes específicos que permitan disimular el sabor del veneno, tiene ya el sentido objetivo de enmarcarse dentro del tipo de injusto de participación y no habrá *rol social* que evite que dicha persona responda penalmente. Es

señalan como copulativos, pues es posible que, dependiendo del caso analizado y sobre todo del contexto, la presencia de sólo uno de ellos sea un dato suficiente para apreciar una conducta de participación.

⁵⁴ Cfr. ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, cit., p. 315, utiliza los criterios que se indicarán para averiguar cuándo una conducta tiene el sentido inequívoco de adaptarse o acoplarse al hecho que va a ser cometido, pues, según su posición, esta adaptación es la que determina la responsabilidad a título de participación. La postura de este autor llega, aunque por una vía distinta, a similares resultados con la posición del profesor Gunther Jakobs.

⁵⁵ En la misma línea del texto, PUPPE, Ingeborg, *La imputación del resultado*, cit., pp. 220-221.

que en este, como en otros casos “el rol social no puede servir de tapadera”⁵⁶.

- d) Es necesario además tener en cuenta que en el análisis de todos los supuestos de una “conducta neutral”, resulta fundamental el contexto en la que ésta se presenta, pues, como bien se afirma: los límites de la prohibición de regreso pueden ser tan difíciles de determinar en el caso concreto, pues el comportamiento depende del contexto⁵⁷.
- e) Finalmente, el controvertido tema de los conocimientos especiales debe ser evaluado teniendo en cuenta el rol o posición jurídica que asume la persona, en el caso concreto. Es decir, las competencias de conocimiento están delimitadas por el rol⁵⁸. Así, al igual como hemos procedido anteriormente, si el hecho analizado pertenece a sectores altamente regulados, los conocimientos exigidos son los establecidos por las normas, no pudiendo exigirse conocimientos superiores en el juicio de imputación. En cambio, si el hecho se produce en ámbitos que no cuentan con regulaciones precisas, es válido tener en consideraciones los conocimientos especiales del sujeto⁵⁹. Y con ello no está vulnerando –contra lo que pudiera parecer- el principio de igualdad. Lo que sucede es que en ámbitos altamente regulados el Estado ha centralizado la administración de riesgos, recortando la libertad de actuación de las personas; por ello, la contrapartida de dicho recorte a la libertad del ciudadano lo constituye la limitación del propio Estado de no poder exigir conocimientos más allá de los que la persona está obligado a poseer de acuerdo a la correspondiente reglamentación sectorial. Por el contrario, en ámbitos que carecen de regulaciones precisas, el ciudadano goza de una mayor libertad de organizar, pues el Estado ha descentralizado la administración de los riesgos, trasladando dicha responsabilidad a los ciudadanos, de tal modo que la contrapartida está dada por una mayor exigencia hacia ellos, resultando válido en estos casos tener en consideración todos los conocimientos de la persona en el caso concreto. Entonces, en este punto, la clave es: administración centralizada o administración descentralizada de los riesgos.

4.7. Responsabilidad Penal Subsistente

⁵⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva*, cit., p. 144.

⁵⁷ PARMA, Carlos, *La prohibición de regreso. Gunther Jakobs y la participación criminal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 2004, p. 50.

⁵⁸ Cfr. JAKOBS, *La imputación objetiva*, cit., p. 60 y ss.; GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, cit., p. 505, quien afirma que las competencias de conocimiento deben estar determinadas por el ordenamiento jurídico.

⁵⁹ En esta línea, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal económico*, cit., pp. 505 y 542. Con algunos matices, FRISCH, *Informe sobre las discusiones*, en SILVA SÁNCHEZ (Ed.), *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 184-185.

Resta agregar que si una conducta no alcanza a insertarse en un tipo de participación, no significa que la persona quede liberada de toda forma de responsabilidad penal, sino sólo que no responde como partícipe en el delito que luego se ha realizado. No obstante, siempre que se constate la presencia de los demás requisitos exigidos por el tipo penal, queda abierta la posibilidad de hacer responsable a la persona como autor del delito de omisión de socorro, regulado en el artículo 127 del Código penal⁶⁰, por infracción del deber mínimo de solidaridad⁶¹ que compete a todos los ciudadanos.

5. CONCLUSIONES

1. Es claro que cuando se hace referencia al análisis del sistema del Derecho penal con un método normativo se está aludiendo a la insignificancia de las cuestiones naturales o empíricas, y se está resaltando, por el contrario, que los elementos de configuración de la imputación penal y los criterios para la valoración de los hechos, son construidos por el propio sistema penal, siendo éste quien otorga sentido y valor a los sustratos, ya sea a través de la semántica del funcionamiento social, del lenguaje formal de la ley o teniendo en cuenta incluso la naturaleza de las cosas.

2. El método normativo utilizado para la explicación de las categorías del sistema del delito, puede también ser útil para una sustentación más racional de la teoría de la intervención delictiva, ayudando en la determinación de cuándo alguien puede ser considerado como perteneciente a un colectivo que realiza a un injusto y estableciendo bajo qué fundamentos debe procederse a tal determinación.

3. Debe haber quedado en evidencia que la contrapartida de la intervención delictiva lo constituye la prohibición de regreso; criterio de imputación objetiva que nos permite establecer cuándo determinadas conductas, a pesar que constituyen un aporte con conocimiento de su utilización para la realización de un injusto, quedan al margen del interés del Derecho penal, porque justamente este tipo de comportamientos, en el plano objetivo, no tienen el sentido de crear un riesgo prohibido ni de infringir ningún deber de competencia de la persona que realiza la acción.

⁶⁰ Cfr., CARO JOHN, *La imputación objetiva*, cit., p. 85 y ss.; EL MISMO, *Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales*, cit., p. 102 y ss.

⁶¹ Acerca del fundamento del mandato penal de socorro, véase, VARONA GÓMEZ, Daniel, *Derecho Penal y Solidaridad*, DYKINSON, Madrid, 2005.