

## § 11 Tipicidad

*I. Tipo Legal. II. Tipo legal, bien jurídico y norma. III. Tipicidad y antijuricidad. 1. Ratio cognoscendi y ratio essendi de la antijuricidad. 2. Teoría de los elementos negativos del tipo legal. IV. Tipo legal objetivo. 1. Introducción. 2. Elementos descriptivos. 3. Elementos normativos. 4. Sujeto activo. 5. Objeto del delito. 6. Acción típica. 7. Relación de causalidad e imputación objetiva. a. Introducción. b. Teoría de la equivalencia de las condiciones. b.1. Descripción. b.2. Deficiencias. c. Teoría de la causalidad adecuada. c.1. Descripción. c.2. Deficiencias. d. Teoría de la relevancia. e. Teoría de la imputación objetiva. e.1. Introducción. e.2. Causalidad como base. e.3. Creación de riesgo no permitido. e.4. Agente responde por crear un peligro. e.5. Realización del riesgo no permitido. e.6. Riesgo prohibido por la norma. e.7. Delitos de peligro e imputación objetiva. f. Apreciación global. V. Tipo legal subjetivo. 1. Noción. 2. Dolo. 3. Elementos subjetivos. 4. Consciencia. 5. Voluntad. a. Dolo directo de primer grado. b. Dolo directo de segundo grado. c. Dolo eventual. c.1. Introducción. c.2. Prioridad al elemento intelectual. c.3. Prioridad al elemento voluntad. c.4. Doctrina mayoritaria. c.5. Diferencias con culpa consciente. c.6. Hipótesis posibles. d. Formas de dolo en relación con el momento de la decisión. VI. Error de tipo. 1. Generalidades. 2. Objeto del error. 3. Error vencible e invencible. 4. Consciencia de la relación de causalidad. 5. Aberratio ictus. 6. Dolus generalis. 7. Error in obiecto.*



## I. Tipo Legal

En teoría general del derecho, se explica que toda disposición jurídico- 1086  
penal completa está constituida por el precepto y la sanción. El primero,  
denominado tipo legal, contiene la descripción de la acción humana que se  
regula. En derecho penal, se trata del hecho punible. Una de sus funciones  
es la de servir de base para sistematizar los demás elementos constitutivos  
del delito (*Systemtatbestand*)<sup>95</sup>. Por ejemplo, en el precepto del art. 106, el  
legislador incrimina el homicidio diciendo: “El que mata a otro...” y prevé  
como sanción que el homicida será sancionado “con pena privativa de li-  
bertad...”. La conformidad de un comportamiento concreto (María mata a  
Pedro envenenándolo) con dicha descripción permite saber de qué delito  
se trata (homicidio). Este procedimiento representa el primer paso para  
comprobar si el acto realizado constituye un hecho punible.

En un inicio<sup>96</sup>, el tipo legal fue concebido como la mera descripción ob- 1087  
jetiva de una conducta determinada, ajena a todo juicio de valor jurídico.  
Los elementos subjetivos (intención, móviles) utilizados por el legislador  
para realizar tal descripción, eran entonces considerados en relación con la  
culpabilidad. Desde esta perspectiva, constatar que la acción correspondía  
a un tipo legal no implicaba reproche alguno para el autor. Así, la muerte  
causada por un asesino (art. 107) era equiparada al fallecimiento de una  
persona por causa natural. La primera valoración de esta acción tenía lugar  
sólo al determinar que era contraria al orden jurídico.

Esta concepción fue criticada por separar de manera radical los aspectos 1088  
objetivo y subjetivo del delito, sin considerar que para describir la acción

<sup>95</sup> LACKNER/KÜHL, 1999, § 13 N° 15; MAURACH/ZIPF, 1992, § 20 II N° 40.

<sup>96</sup> BELING, 1906, p. 112, 145, 147; ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 425 ss.; POLAINO NAVARRETE, 2000 I, p. 403 ss.

como punible, debían mencionarse los aspectos subjetivos del comportamiento. Críticas que estaban enmarcadas en la concepción del delito que admitía también la presencia de elementos subjetivos en la ilicitud. En el caso del art. 159, por ejemplo, sólo teniendo en cuenta la subjetividad del comportamiento del autor puede determinarse si el hecho de penetrar en la casa del derechohabiente, sin su autorización, constituye violación de domicilio.

- 1089 Con la teoría finalista de la acción<sup>97</sup>, estimando que la acción se caracteriza por estar orientada hacia un fin determinado, se afirmó que la intención formaba parte del tipo legal. Así, se distinguieron, por un lado, un tipo objetivo, referido a la acción, resultado, sujetos activo y pasivo, etc. (*objektiver Tatbestand*) y, por otro, un tipo subjetivo, referido al dolo, móviles, etc. (*subjektiver Tatbestand*).
- 1090 Además, la incongruencia de la percepción del tipo legal como una descripción carente de todo juicio de valor fue destacada al constatar la presencia de elementos normativos en las descripciones legales de los comportamientos delictuosos. Mediante estos elementos, el legislador no sólo describe el comportamiento punible, sino que fundamenta su carácter ilícito. Por ejemplo, la exigencia de que, en el caso del hurto (art. 185), la cosa sea ajena, expresa ya un juicio de valor negativo respecto al acto de apropiación cometido por el agente. Si al comienzo<sup>98</sup>, se atribuyó a estos elementos normativos una significación limitada y se estimó que formaban parte tanto del tipo legal como de la antijuricidad, su importancia fue muy pronto reconocida. Hoy en día, se admite que hasta los denominados elementos objetivos tienen una dimensión normativa.
- 1091 Esta tendencia se acentúa desde la introducción en el análisis sistemático de las condiciones de penalidad de los criterios de imputación objetiva. En la medida en que por esta vía se precisa que los problemas antes tratados como concerniendo a la causalidad son en buena cuenta cuestiones normativas, por las que se determina si el comportamiento puede ser atribuido al agente (por crear o aumentar el riesgo no permitido) en tanto que realización del tipo legal, éste resulta ampliamente normativizado. De este modo, se supera del todo la idea de que el tipo legal es de índole sólo objetiva o descriptiva.

---

<sup>97</sup> WELZEL, 1969, p. 64; NIESE, 1951 p. 9; ver *supra* N° 1039 ss.

<sup>98</sup> MAYER, 1923, p. 184.

## II. Tipo legal, bien jurídico y norma

Cuando el legislador decide incriminar un comportamiento determinado realiza, inspirado en criterios de política criminal, una apreciación sobre su carácter perjudicial. Éste se pone de manifiesto por que la acción contradice lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, el mismo que está orientado a proteger los intereses individuales y colectivos<sup>99</sup>. Así, la incriminación y la consecuente punición refuerzan, de manera mediata, los mandatos y prohibiciones jurídicas y, de modo inmediato, los intereses o bienes jurídicos esenciales contra los ataques más graves. 1092

La protección de los bienes jurídicos se realiza, por tanto, reforzando las pautas culturales, que se presentan implícitas en cada tipo legal. Por ejemplo, la acción (comisión u omisión) que realiza el tipo legal del art. 106 (matar a una persona) infringe la norma “no matarás”, tácita en este precepto. Estos aspectos relativos a las relaciones entre normas y comportamientos tipificados como penalmente significativos juegan un papel importante en la determinación de la ilicitud. Esto se ve de manera más explícita al analizarse las relaciones entre tipicidad y antijuricidad. 1093

Este papel central del bien jurídico explica porque su determinación y análisis constituyen excelentes medios para la interpretación de la ley penal. Además, éste facilita la clasificación de los delitos en la parte especial del Código. 1094

## III. Tipicidad y antijuricidad

### 1. *Ratio cognoscendi* y *ratio essendi* de la antijuricidad

Cuando una acción reúne los requisitos señalados en un tipo legal, se dice que es una acción típica. Se habla de tipicidad (*Tatbestandsmässigkeit*) como característica de la acción de adecuarse a un tipo legal. A la acción legislativa de elaborar un tipo legal, se le designa con el término tipificar. 1095

Mediante la elaboración del tipo legal (*stricto sensu*), el legislador distingue las acciones penalmente relevantes de aquellas otras que no lo son y que, por lo tanto, no son sancionadas. Por esto se puede decir que como concepto de la teoría del delito y como grado de valoración, el tipo legal cumple una función discriminadora<sup>100</sup>. 1096

<sup>99</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 26 I; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, §§ 13 ss. N° 9.

<sup>100</sup> WESSELS/BEULKE, 2001, N° 120; BAUMANN/WEBER/MITCHELL, 2003, § 16 N° 14.

- 1097 Una acción típica implica la violación de la norma prohibitiva o preceptiva implícita en la disposición penal. Pero esto no significa todavía que sea antijurídica. Estando conformado el ordenamiento jurídico no sólo de prohibiciones y mandatos, sino también de preceptos permisivos, es posible que dicha acción típica no sea ilícita. Por ejemplo, la muerte intencional de un hombre causada en legítima defensa, se adecua al tipo legal del art. 106; pero no es antijurídica porque la norma del art. 20, inc. 3, la justifica. La índole ilícita de un acto típico se deduce, pues, de la combinación de normas prohibitivas y permisivas.
- 1098 El tipo legal representa una valoración penal<sup>101</sup> en la medida en que la conducta típica supone la violación de una norma y que, en buena cuenta, implica la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico. Dicha valoración constituye, a su vez, una señal previa que indica el límite de una norma prohibitiva sancionada penalmente<sup>102</sup> (p. ej., los alcances de la norma prohibitiva de matar una persona, implícita al art. 106).
- 1099 De la realización del comportamiento previsto en el tipo legal se deduce de manera provisional la específica naturaleza prohibida de un comportamiento determinado. El tipo legal proporciona de esta manera un indicio, una presunción *juris tantum* de que el acto es antijurídico<sup>103</sup>.
- 1100 En contra de este criterio<sup>104</sup>, se ha sostenido que la comprobación de la tipicidad de la acción implica la constatación de su índole ilícita y que, por tanto, es el “fundamento real y de validez (*ratio essendi*) de la antijuricidad”. Así, el delito debe ser definido como un acto “típicamente antijurídico...”<sup>105</sup>. Estas afirmaciones tienen como fundamento la idea de que el carácter ilícito del comportamiento forma parte del tipo legal, de donde se deduce que la comprobación de la tipicidad de la acción implica la constatación de su índole ilícita. Sin embargo, se admite, como lo hacen los partidarios de la noción de la *ratio cognoscendi*, que el acto puede ser justificado, por

<sup>101</sup> WELZEL, 1969, p. 47, p. 67; cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, 2009, II, p. 17 ss.

<sup>102</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 26 I 2; LARENZ, 1980, p. 191. Este último autor afirma: “A los acontecimientos individuales, estados a demás ‘datos’ que -cada vez determinados de modo general- constituyen en suma -y lo constituyen en una conexión especialmente configurada- un supuesto de hecho, los llamamos elementos del supuesto de hecho”.

<sup>103</sup> Cfr. MAURACH/ZIPF, 1992, § 24 I N° 7 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 25 IV 2 b; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, §§ 13 ss. N° 18; POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 408 ss.

<sup>104</sup> MAYER, 1923, p. 184 ss.; MEZGER, 1926, p. 41 ss.; cfr. STRATENWERTH, 2005, § 8 N° 14 ss.

<sup>105</sup> MEZGER, 1946 I, p. 376.

lo que no es ilícito a pesar de su tipicidad<sup>106</sup>. De esta manera se incurre en una incoherencia, lo que ha permitido afirmar que esta concepción es sólo formalmente distinta a la que considera la tipicidad como un indicio de la antijuricidad<sup>107</sup>.

La importancia de adoptar el criterio de la *ratio cognocendi* es más de orden 1101 sistemático que práctico, pues, hace posible el análisis escalonado de la teoría del delito. En el fondo, tanto esta opinión como la de la *ratio essendi* tienen en común algo significativo: cuando se considera un comportamiento adecuado a un tipo legal, se le valora negativamente. Esto significa que, a pesar de ser lícito en razón a una causa de justificación, no se le equipara al comportamiento sin relevancia penal por ser atípico. De esta manera, se está lejos de la vieja concepción que equiparaba la muerte provocada por el asesino con la causada por un hecho natural; siendo la primera conforme a un tipo legal implica una apreciación negativa, ya que el tipo legal no es una descripción acromática del comportamiento incriminado.

## 2. Teoría de los elementos negativos del tipo legal

Según esta concepción<sup>108</sup>, el tipo legal debe ser concebido como el conjun- 1102 to de todas las circunstancias que determinan el carácter ilícito del hecho, es decir, tanto aquellas que constituyen su fundamento como aquellas que lo niegan (causas de justificación, por ejemplo). Esto supone admitir que junto a los elementos positivos del tipo legal, se encuentran los aspectos negativos correspondientes. La conclusión de este planteamiento es admitir una sistemática de dos niveles en el análisis del delito (ilícito típico y culpabilidad), en oposición a la sistemática a tres niveles: tipicidad, ilícitud y culpabilidad.

Los elementos negativos del tipo legal están constituidos por las causas de 1103 justificación, las mismas que sólo por razones de técnica legislativa son previstas en la parte general del Código y no en cada una de las disposiciones de la parte especial. Por ejemplo, respecto al art. 185 (hurto), el tipo legal está conformado por los elementos positivos que deben realizarse (el hecho de sustraer, una cosa mueble ajena, el acto de apoderamiento, el deseo de

<sup>106</sup> MEZGER, 1946 I, p. 90.

<sup>107</sup> WESSELS/BEULKE, 2001, N° 122.

<sup>108</sup> ENGISCH, 1958, p. 583; 1960, p. 406; ARTHUR KAUFMANN, 1983, p. 102; OTTO, 1998, § 5 III; GÜNTHER, en SK, AT 1, Vor § 32 N° 6 ss.; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, §§ 13 ss. N° 15 ss.

enriquecerse) y los elementos que no deben darse (p. ej., la ausencia de un estado de necesidad al hurtar la cosa). Si esta circunstancia de justificación concurre, el acto no es conforme al tipo legal.

- 1104 De esta manera, se niega la diferencia valorativa entre la tipicidad y la antijuricidad. Puesto que la constatación del carácter ilícito del acto sólo se logra después de comprobar tanto su tipicidad como la ausencia de causas de justificación, ambas categorías constituyen, en buena cuenta, una sola. Por esto, no se justifica que los elementos del tipo legal referentes a la antijuricidad y a las circunstancias excluyentes de ésta sean considerados separadamente en dos categorías diferentes.
- 1105 Muchos son los juristas que aceptan la idea de la teoría del delito a dos niveles, la cual es sostenible tanto desde una perspectiva lógica como axiológica<sup>109</sup>. Los factores que fundamentan el carácter ilícito y aquellos que lo excluyen, en consideración a su índole y finalidad, pueden ser estimados como parte de una sola categoría. Además, la referencia a estos factores en los tipos legales no es siempre uniforme ni constante. Aparecen, muchas veces, sin distinción, relacionados con la tipicidad o la ilicitud. El “provecho ilícito” necesario en caso de estafa (art. 196) constituye una alusión directa al ilícito, pero su ausencia excluye ya la tipicidad. En caso de coacción (art. 151), el actuar de acuerdo con la ley no sólo justifica el acto sino que impide que sea conforme al tipo legal.
- 1106 Sin embargo, hay que tener en cuenta que la tipicidad y la antijuricidad tienen funciones diferentes, además de la que las une y que consiste en la determinación del carácter ilícito del comportamiento en cuestión<sup>110</sup>. La tipicidad, derivada directamente del principio de la legalidad, indica en abstracto, en general, cuales son los actos incriminados. Constituye así un instrumento eficaz para influenciar la conciencia de las personas y desempeña por consiguiente un papel importante en la prevención general. Las causas de justificación se hallan en relación negativa con el ilícito, ya que su presencia determina la conformidad del acto con el ordenamiento jurídico. Su efecto decisivo se da, en consecuencia, en relación con el caso concreto y no con el acto descrito de manera resumida y breve en el tipo legal. Las causas de justificación no son reguladas en relación con cada uno de los tipos legales, sino más bien apreciadas conforme a criterios generales de equidad, justicia y proporcionalidad. Su fuente es todo el ordenamiento jurídico y no sólo la

---

<sup>109</sup> ROXIN, 2006a, § 10 N° 16.

<sup>110</sup> ROXIN, 2006a, § 21 N° 20.

ley penal. Estas constataciones, que no se orientan a individualizar diferencias fáctica, justifican que se mantenga separada la tipicidad de la antijuricidad y se prefiera, por lo tanto, el análisis del delito a tres niveles (tipicidad, ilícito y culpabilidad)<sup>111</sup>. Por esto debe afirmarse<sup>112</sup> que la tipicidad es la *ratio essendi* del ilícito (constituido por el acto que es típico y antijurídico, *das Unrecht*), pero sólo la *ratio cognoscendi* de la antijuricidad (ausencia de toda causa de justificación) en el caso concreto. Todo esto tiene tanto una importancia para la práctica como para el análisis teórico.

## IV. Tipo legal objetivo

### 1. Introducción

Si en la estructura del tipo legal se distinguen un aspecto objetivo y otro subjetivo, esto no significa que sea el resultado de la suma de ambos. El tipo legal debe ser percibido, por el contrario, como una entidad única, puesto que la acción descrita tiene siempre una dimensión externa y otra interna. Además, los diversos factores que la conforman no pueden ser ubicados con facilidad en uno u otro lado: lo subjetivo y lo objetivo del comportamiento humano están estrecha e indisolublemente vinculados. Por lo que resulta casi imposible una división concluyente del tipo legal en una parte objetiva y otra subjetiva.

Puede considerarse, como criterio práctico, que pertenecen al tipo objetivo, en particular, todas aquellas referencias que se hacen a lo que se encuentra fuera del mundo interno del autor<sup>113</sup>. Es decir, tanto de las circunstancias del mundo exterior que pueden ser aprehendidas directamente por la simple observación o cuya apreciación exige una valoración jurídica, ética o social (el ser ajena y mueble la cosa objeto de un hurto: art. 185; la obscenidad del objeto del delito de ofensa al pudor público: art. 183), como de aquellas que forman parte de la esfera interna de la víctima (la grave alteración de la conciencia que sufre la persona objeto de una violación presunta: art. 172)<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> ROXIN, 2006a, § 21 N° 23.

<sup>112</sup> GALLAS, 1955, p. 23, nota 53a; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 21 III 1; MAURACH/ZIPF, 1992, § 24 N° 1 ss.; RUDOLPHI, en SK, AT 1, Vor § 1 N° 34, 37; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 123.

<sup>113</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 27 I 1; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 13 ss. N° 62; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 136 ss.; GROPP, 1997, § 5 N° 2 ss.

<sup>114</sup> RN N° 2117-97 Lima, del 31 de marzo de 1998, en ROJAS, 1999, p. 153 ss.

- 1109 Pero es de tener presente, sin embargo, primero, que las referencias a las circunstancias externas del comportamiento, con frecuencia, aluden implícitamente al mundo interno del agente (p. ej., respecto a la misma acción: matar, sustraer, defraudar). Segundo, que se menciona, en algunas oportunidades, de modo directo un fenómeno subjetivo propio a la persona del autor (p. ej., la emoción violenta en el homicidio pasional, art. 109).
- 1110 La distinción entre tipo objetivo y tipo subjetivo tiene, sobre todo, alcances prácticos importantes y por esto es de analizarlos separadamente. Sin embargo, no es de olvidar que constituyen dos caras de una misma moneda y, por tanto, su correcta apreciación sólo es posible si se les considera globalmente.

## **2. Elementos descriptivos**

- 1111 En doctrina, como lo hemos señalado, se distinguen, los elementos descriptivos de los normativos<sup>115</sup>. Esta diferenciación es importante en relación con la separación entre tipicidad y antijuricidad, así como con respecto al dolo.
- 1112 Los elementos descriptivos son referencias a “determinados hechos, circunstancias, cosas, estados y procesos corporales o anímicos [ajenos al autor]” y que, caso por caso, deben ser comprobadas por el juez cognoscitivamente<sup>116</sup>. Por ejemplo, “matar” (art. 106); “bien” (art. 185).

## **3. Elementos normativos**

- 1113 Estos elementos, por el contrario, sólo pueden ser determinados mediante una apreciación de valor<sup>117</sup>. Esta última puede tener un fundamento jurídico: así, la noción de “total o parcialmente ajeno” (art. 185), o de “funcionario público” (art. 377) reposar sobre la experiencia o criterios morales y culturales, como el concepto de “carácter obsceno” (art. 183).
- 1114 En ciertos casos, algunos tipos legales contienen elementos muy ligados a la noción de antijuricidad. Para apreciarlos, el juez formula un verdadero

---

<sup>115</sup> POLAINO NAVARRETE, 2000 I, p. 427 ss.; BACIGALUPO, Arts. 10, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 52 ss

<sup>116</sup> TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 77 ss.; ROXIN, 2006a, § 10 N° 58; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 26 IV 1.

<sup>117</sup> ENGISCH, 1954, p. 147; MEZGER, 1946 I, p. 388.

juicio normativo. Jiménez de Asúa<sup>118</sup> estimaba que se trataban de “impaciencias del legislador” y que estos elementos normativos debían ser comprendidos de manera restrictiva. En su opinión, estos componentes dan al juez un poder muy grande, al hacer demasiado elástica la definición legal. Estos elementos están indicados por términos como: “ilegítimamente” (art. 185), “indebidamente” (art. 157), “sin derecho” (art. 159).

En relación con la ilicitud, elemento del delito, es necesario tener en cuenta 1115 si el adjetivo “ilícito” o “antijurídico” se refiere a algún elemento singular del tipo legal (p. ej., art. 196: “el que se procura para sí o para otro un provecho ilícito”) o al comportamiento descrito en su totalidad (p. ej., art. 152: “el que sin derecho, priva a otro de su libertad personal...”). En el primer caso, se trata de un verdadero elemento del tipo; en el segundo, de una referencia superflua al carácter antijurídico de la acción.

La distinción entre elementos descriptivos y normativos es bastante vaga y 1116 muy discutida<sup>119</sup>. En buena cuenta debe, más bien, hablarse de elementos preponderantemente descriptivos o normativos. Por ejemplo, el elemento “bien” del art. 185 no es sólo descriptivo, ya que el intérprete debe practicar un juicio de valor para fijar su amplitud.

#### 4. Sujeto activo

Las disposiciones de la parte especial del Código comienzan, en general, 1117 por la expresión: “el que...”. De esta manera, se indica que cualquier persona puede obrar como sujeto activo, sin importar el sexo. Para abarcar mejor a las mujeres bien podría emplearse el término “quien”, en lugar de “el que” (relativo a las personas de sexo masculino). Raras son las disposiciones que prevén como ejecutantes del delito sólo a hombres o sólo a mujeres. Por ejemplo, el infanticidio puede ser cometido únicamente por la madre como autora principal; el tercero que interviene, según las circunstancias, será autor de homicidio o cómplice secundario.

En algunas disposiciones, se circunscribe esta condición a un círculo de- 1118 terminado de personas. De acuerdo con la manera según la cual los tipos legales han sido elaborados, la calidad especial del autor está determinada,

<sup>118</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964 III, p. 181; 1959, p. 257: “Es evidente que los elementos descriptivos del tipo legal consolidan la igualdad y la seguridad jurídicas; los elementos normativos por el contrario, las ponen en peligro”.

<sup>119</sup> ROXIN, 2006a, § 10 N° 58.

en primer lugar, por el hecho de que éste es titular de un deber especial y que lo viola mediante su comportamiento. Por ejemplo, en el caso de abuso de autoridad, sólo quien es funcionario público y, por tanto, portador del deber de función puede realizar el tipo penal del art. 376. El fundamento de la represión es la violación de dicho deber. A esta clase de infracción, se le denomina “delito especial propio” y no existe un delito común correlativo.

- 1119 En algunos tipos legales, el legislador determina quién puede ser autor de manera más o menos indirecta. Con este objeto, describe la situación de hecho o la relación entre las personas concernidas de la cual surge el deber especial o se refiere al deber expresamente. Por ejemplo, la aceptación ilegal de un cargo público (art. 381, inc. 2) sólo puede ser cometida por quien, a pesar de que no cuenta con los requisitos legales, es designado por un funcionario público.

### **5. Objeto del delito**

- 1120 Se trata de la persona o cosa sobre la cual recae la acción delictuosa<sup>120</sup>. Tratándose de personas, en algunos casos, el objeto del delito es, también, el titular del bien jurídico dañado o puesto en peligro. Por ejemplo, en los delitos contra la vida la acción recae sobre una persona viva, la misma a quien pertenece el derecho a la vida. En otros casos, ambos se distinguen con claridad; por ejemplo: en el hurto, la cosa mueble ajena y la persona que tiene el derecho de propiedad sobre la cosa. Así mismo, en el desacato (art. 374) el funcionario público ofendido en su dignidad o decoro es el objeto del delito, pero no el titular del bien jurídico (administración pública). De esta manera, el legislador prevé condiciones particulares respecto a la persona que es el objeto del delito. Así, el caso del menor de edad respecto al delito de sustracción de menor (art. 147) o del comerciante y acreedor en relación con los delitos en la quiebra (arts. 209 y 210).

### **6. Acción típica**

- 1121 El verbo principal de la descripción legal (p. ej.: matar, apoderarse, no prestar ayuda, falsificar) designa el comportamiento incriminado, elemento esencial del aspecto objetivo del tipo legal. Dicha acción es a veces precisada indicándose sus modalidades (ser ejecutado en territorio nacional: arts.

---

<sup>120</sup> STRATENWERTH, 2005, § 9 N° 12 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 27 II 2; MAURACH/ZIPE, 1992, § 19 N° 14 ss.

336 y 338), los medios utilizados (violencia o intimidación: art. 188, astucia o engaño: art. 196), el objeto del delito sobre el que recae la acción (persona: art. 106; bien mueble: art. 185; documento: art. 427).

Considerando la manera como se ha descrito la acción, se distinguen 1122 diferentes clases de tipos legales<sup>121</sup>. A veces, el delito es descrito como el simple hecho de llevar a cabo una acción y, por tanto, sin tener en cuenta alguna modificación del mundo exterior fuera de la consistente en la misma ejecución del comportamiento. Se habla entonces de “delitos de pura actividad”<sup>122</sup>. Según el art. 159, *in initio*, la violación de domicilio es consumada mediante la simple penetración, sin derecho, en morada o casa de negocio ajena. El carácter ilícito de estos comportamientos está determinado por sus modalidades y las circunstancias en que son ejecutados.

En la mayor parte de casos, por el contrario, la acción es descrita en rela- 1123 ción con la producción de un resultado determinado. Por tanto, para la realización del tipo legal debe producirse una modificación determinada del mundo exterior, física y cronológicamente separada de la misma acción. Por esto, este tipo de infracciones es denominado “delitos de resultado”<sup>123</sup>. El resultado puede consistir en la destrucción del objeto del delito (la persona viva en el homicidio, arts. 106 ss.; el bien mueble o inmueble ajeno en los daños contra la propiedad, art. 205) o en la creación de una situación de peligro concreta (la exposición a peligro de muerte o grave e inminente daño, art. 125). El carácter ilícito del comportamiento prohibido está determinado tanto por la acción (golpear, apuñalar, destruir, inutilizar) como por el resultado (muerte y perjuicios materiales).

En estos ejemplos, se percibe sin gran esfuerzo en que consiste el resultado 1124 porque el tipo legal determina de modo bastante claro el objeto del delito: la persona viva y el bien mueble o inmueble. Este objeto debe ser distinguido de los bienes jurídicos correspondientes: vida y patrimonio. Es menos fácil cuando el bien jurídico carece de base material; por ejemplo, en los delitos contra el honor cuyo fundamento (“base material”) es la dignidad de la persona. En caso de la injuria (art. 130), por ejemplo, el tipo legal no se agota en la sola ejecución de la acción (escribir una nota insultante), sino que las expresiones escritas deben ser conocidas y comprendidas por el

<sup>121</sup> POLAINO NAVARRETE, 2000, p. 433 ss.

<sup>122</sup> ACALE, 2000, p. 74 ss.

<sup>123</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 26 II 1 a; ROXIN, 2006a, § 10 N° 102; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 22; JAKOBS, 1991, 6/78. Cfr. LAURENZO COPELLO, 1992.

destinatario, pues, sólo así se explica que se ofenda o ultraje. Sólo entonces, el tipo legal es realizado de manera plena.

- 1125 El resultado es siempre determinado según el sentido del tipo legal. Así, puede ser definido, como todo efecto del comportamiento incriminado, previsto en el tipo legal y que se distingue física y cronológicamente de la misma acción (el perjuicio o puesta en peligro concreta del objeto del delito). El criterio de referencia no es el bien jurídico, pues, si por efecto y consecuencia de un hecho se entendiera su menoscabo, todo delito sería de resultado, puesto que los delitos de pura actividad también atacan a los bienes jurídicos. Esta agresión se comprende más bien como la relación entre la acción típica y la exigencia de respetar el bien jurídico protegido por la disposición penal (p. ej., el cuestionamiento de la pretensión de conservar la integridad corporal como una condición para vivir en libertad).
- 1126 En cuanto a los efectos de la acción sobre el objeto del delito, se distingue entre delitos de lesión y delitos de peligro<sup>124</sup>. En los primeros, dicho objeto debe ser dañado (muerte o lesiones de una persona, destrucción o inutilización de una cosa, incendio de un inmueble). Respecto a los segundos, es suficiente que el agente mediante su acción cree un riesgo para el objeto del delito.
- 1127 Según los tipos legales, la referencia a la situación de peligro puede consistir en una presunción que la acción en sí misma es un comportamiento riesgoso y que, en consecuencia, basta su ejecución para considerar realizado el tipo legal. En éste, no se prevé la situación de peligro, distinta a la misma acción, como un elemento constitutivo de la infracción, la cual es calificada de “delito de peligro abstracto”. Por el contrario, cuando la creación del peligro está prevista en el tipo legal, el delito sólo será consumado si la acción ha producido una situación de la cual pueda derivarse un perjuicio para el objeto de la infracción. Se habla entonces de “delito de peligro concreto”. La omisión de auxilio de personas heridas o en peligro (art. 127) es un delito de peligro abstracto. Por el contrario, la exposición de personas en peligro (art. 125, primera hipótesis), así como la creación de un peligro común mediante incendio (art. 273) constituyen delitos de peligro concreto.
- 1128 Si se consideran las formas fundamentales de la conducta humana, se distinguen los delitos de comisión de los de omisión; según que la realización

---

<sup>124</sup> STRATENWERTH, 2005, § 9 N° 15; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 26 II 2; MAURACH/ZIPE, 1992, § 20 N° 31; ROXIN, 2006a, § 10 N° 122 ss.; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 27 ss.; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, §§ 13 ss. N° 129. Cfr. *infra* N° 2033 ss.

del tipo legal consista en la ejecución de un acto que viola una norma prohibitiva o en la no ejecución de un comportamiento esperado. Entre los delitos de omisión, hay que diferenciar los delitos de omisión de los de comisión por omisión (omisión impropia) (art. 13)<sup>125</sup>. Los primeros forman parte de delitos de pura actividad, ya que en el tipo legal no se hace referencia a la “consecuencia” de la omisión. Los delitos de comisión por omisión, son delitos materiales que consisten en no evitar la producción de un resultado: mediante la violación de una norma preceptiva se infringe una norma prohibitiva. Por ejemplo, la madre que mata a su hijo recién nacido mediante inanición (art. 106, en concordancia con el art. 13).

Los delitos dolosos y culposos, antes diferenciados en razón de la culpabilidad, son dos formas específicas de comportamientos delictuosos. Por regla general, sólo se reprimen los delitos dolosos, esto es, aquellos que son cometidos con conciencia y voluntad. En casos excepcionales, cuando la ley lo declara de modo expreso, se pena a quien actuó culposamente (art. 12)<sup>126</sup>. Al lado de estas formas básicas, se han considerado los denominados delitos preterintencionales. Estos últimos, se caracterizan por la realización de un acto doloso seguido por la producción culposa de un resultado más grave. Por ejemplo, las lesiones graves seguidas de muerte (art. 121, pf. final), el aborto consentido o no, seguido de muerte de la madre (arts. 115, inc. 2 y 116, inc. 2). Estas formas sobrevivientes de la responsabilidad objetiva deben ser derogadas<sup>127</sup>, pues, son contrarias al principio de culpabilidad y, en la práctica, sirven para desvirtuar el principio *in dubio pro reo*. Considerando que no basta imponer una pena sólo por el delito que se quiso cometer y no pudiendo sancionar por el resultado más grave por falta de pruebas fehacientes, se prefiere, aprovechando indebidamente la facilidad brindada mediante la preterintención, agravar la pena imputando una culpa no demostrada respecto al resultado causado pero no querido. Se trata, en realidad, de una cuestión relativa a la aplicación correcta de las reglas sobre el concurso de infracciones (concurso ideal entre el delito doloso y el delito culposo, art. 48).

Según la calidad del sujeto que realiza la acción, al lado del gran número de los delitos que pueden ser cometidos por toda persona (delitos comunes), hay que considerar los delitos especiales (*delictum proprium*) y los delitos

<sup>125</sup> Cfr. *infra* N° 1962 ss.

<sup>126</sup> Cfr. *infra* N° 1886 ss.

<sup>127</sup> DIEZ RIPOLLÉS, 1983, 112 ss.

de propia mano. En los primeros<sup>128</sup>, la autoría está limitada a un número determinado de personas, las cuales violan un deber particular (militares, funcionarios, eclesiásticos, etc.); por ejemplo, los delitos cometidos por los funcionarios: abuso de autoridad (art. 376 ss.), concusión (arts. 382 ss.), peculado (arts. 387 ss.), corrupción activa (art. 393 ss.) (delitos especiales propios). La violación de dicho deber está prevista, a veces, como una circunstancia agravante de la pena. Este es el caso de la apropiación indebida cometida por quien obra en calidad de curador, tutor, albacea, etc. (art. 190, inc. 2). El tipo legal básico puede ser realizado por cualquiera a quien la víctima haya confiado un bien mueble. El carácter ilícito de este comportamiento se acentúa por el hecho de que, por ejemplo, el tutor, además de no respetar el deber general de devolver la cosa a la víctima que se la había confiado, infringe su deber específico de tutor (delito especial impropio). Esta circunstancia justifica una punición más severa.

- 1131 Los delitos de propia mano<sup>129</sup> sólo pueden ser cometidos por la persona indicada en el tipo legal como autor. Esto supone que el sujeto activo intervenga corporalmente en la realización de la acción (conducir un vehículo motorizado en estado de ebriedad, art. 274), que actúe personalmente (prevaricato, art. 418) o que manifieste una declaración (*Aussagedelikte*) (falso testimonio, art. 409). Por consiguiente, esto significa que sólo dicha persona puede violar la prohibición o desobedecer el mandato del orden jurídico. Esta noción es útil para explicar que en ese tipo de delitos sólo pueden ser autor, coautor o autor mediato quienes pertenecen al círculo de autores previsto en el tipo legal (*intraneus*). Para precisar lo explicado, es oportuno señalar que no constituyen delitos de propia mano, por ejemplo, la violación (art. 170) o el aborto cometido por la propia mujer en cinta (art. 114). En este último caso, la condición de mujer embarazada sólo es una circunstancia atenuante de ésta infracción que puede ser cometida por toda persona. En cuanto a la violación, basta que cualquiera realice (aún una mujer) uno de los elementos del tipo legal (ejercer violencia sobre la víctima) para que, conforme a las circunstancias del caso concreto, pueda ser considerada como coautor.

<sup>128</sup> STRATENWERTH, 2005, § 9 N 5; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 26 II 6; ROXIN, 2006a, § 10 N° 128 ss. Cfr. ES del 18 de diciembre de 1997, Exp. N° 106-97 Lima, en ROJAS, 1999, p. 123 (ver Dictamen del Ministerio Público); ES del 4 de octubre de 1996, Exp. N° 3299-94-B Lima, en ROJAS, 199, p. 125.

<sup>129</sup> STRATENWERTH, 2005, § 13 N° 17 ss.; Cfr. MAURACH/ZIPF, 1992, § 21 N° 3 ss.; SCHULTZ, 1982b, p. 137, 284; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 26 II 6; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 40.

Los delitos que prevén los llamados tipos legales residuales, de recogida o 1132  
 captura (*Auffangtatbestände o Aufgreiftatbestände, catch-all clauses*)<sup>130</sup> están  
 vinculados con el principio de subsidiaridad de las normas y consisten en  
 la descripción simplificada de un comportamiento establecido en otro tipo  
 legal de manera más precisa, de modo que los comportamientos que no  
 encajan en este tipo legal caen en el tipo más general. El objetivo es evitar  
 que no se reprima a quien no realizó el primer tipo legal. Sin embargo, la  
 cuestión se aclara si se consideran las consecuencias procesales que tiene  
 dicha manera de elaborar tipos legales. La principal es que facilita la prueba  
 del hecho punible en comparación con las dificultades que presenta probar  
 todos los elementos del delito más complejo. Esto explica que inicialmente  
 la problemática de los tipos legales residuales fuera planteada en relación  
 con las cuestiones del *in dubio pro reo* y de la constatación alternativa de  
 los hechos<sup>131</sup>. La crítica formulada contra los tipos residuales es que no son  
 conformes al principio de la legalidad. Un ejemplo de tipo legal residual es  
 el previsto en el art. 438, relativo al delito de falsedad genérica, en la medi-  
 da en que dispone que será reprimido quien “de cualquier otro modo que  
 no esté especificado en los Capítulos precedentes [concerniendo los delitos  
 contra la fe pública], comete falsedad simulando, suponiendo, alterando  
 [...]”<sup>132</sup>. Así mismo, tiene la misma índole el art. 401, enriquecimiento ilícito,  
 que se aplica cuando el patrimonio ilícitamente incrementado proviene  
 de otros delitos cometidos por funcionarios, como el cohecho, el peculado,  
 la concusión<sup>133</sup>.

Se distingue también entre delito de estado y delito permanente<sup>134</sup>. El pri- 1133  
 mero es consumado con la simple realización de la acción y la creación de  
 la situación ilícita, la misma que perdura sin que vuelva necesariamente  
 a intervenir el agente. Ejemplos típicos son el homicidio, art. 106 (con-  
 sumado con la muerte de la víctima), la bigamia, art. 139 (consumada con  
 la contracción del segundo matrimonio), los daños contra el patrimonio,  
 art. 205 (consumado con el hecho de destruir o inutilizar un bien mueble  
 o inmueble ajeno). El delito permanente consiste en que el agente no sólo  
 crea la situación ilícita sino que además ésta se mantiene mientras él prosi-  
 gue realizando la acción; por ejemplo, el secuestro (art. 152) y la violación

<sup>130</sup> TIEDEMANN, 2010, N. 64 ss.

<sup>131</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, p. 147 ss.

<sup>132</sup> Cfr. ES recaída sobre el Exp. N. 4191-96 Huaura, ROJAS, 1999a, p. 798.

<sup>133</sup> ABANTO VASQUEZ, 2001, p. 484 ss.

<sup>134</sup> Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 26 II 2 a; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 31 ss.

de domicilio (art. 159, segunda hipótesis). El secuestro dura tanto tiempo como el agente mantiene la víctima privada de su libertad y la violación de domicilio todo el tiempo que el agente permanece en el domicilio de la víctima en contra de la demanda de ésta para que se retire. La participación criminal es posible mientras continúa la acción delictuosa y el plazo de prescripción de la acción penal comienza a contarse a partir del momento en que el agente termina de obrar (art. 82, inc. 4).

- 1134 De acuerdo al número de bienes jurídicos protegidos<sup>135</sup>, hay delitos simples (un solo bien jurídico es tomado en consideración; ejemplo, la vida en caso del homicidio, art. 106) y delitos complejos (varios bienes jurídicos, a niveles diferentes, son objeto de la protección penal; por ejemplo, el patrimonio, la libertad, la vida o la salud, art. 189, robo).
- 1135 En relación con el número de acciones descritas en el tipo legal, se habla<sup>136</sup>, primero, de tipos simples: en ellos se describe una sola acción, como sucede por ejemplo con la apropiación ilícita de un bien (art. 192) y la bigamia (art. 139). Segundo, de tipos alternativos: en éstos se describen diversas acciones. La sanción es impuesta al autor de cualquiera de éstas. Gramaticalmente, estos tipos quedan caracterizados casi siempre por el empleo de la conjunción disyuntiva “o” que aparece entre los verbos rectores o las diferentes conductas<sup>137</sup>; por ejemplo, el delito de receptación (art. 194, adquirir, recibir en donación o en prenda o guardar o esconder, vender o ayudar a negociar). Tercero, de tipos acumulativos: en éstos se describe la acción delictuosa como constituida por varias conductas que deben ser cometidas conjuntamente para que la sanción se imponga. Es el caso del delito de terrorismo previsto en el art. 2 del DL N° 25475. El agente debe, por ejemplo, alarmar a la población, realizar actos contra la vida y emplear artefactos explosivos.
- 1136 En razón de que las disposiciones penales de la parte especial del Código tienen entre sí determinadas relaciones internas, se puede distinguir entre tipos básicos, calificados y privilegiados. Los primeros contienen la descripción que sirve de base a las otras dos clases de tipos, como sucede con el homicidio simple (art. 106). Los tipos calificados agregan al tipo básico elementos que fundan la agravación de la pena (p. ej., la relación de parentesco en el parricidio, art. 107) y los tipos privilegiados añaden al tipo

---

<sup>135</sup> ROXIN, 2006a, § 10 N° 125.

<sup>136</sup> MAURACH/ZIPE, 1992, § 20 IV N° 43 ss.; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 107 ss.

<sup>137</sup> NOVOA, 1960, I, p. 323.

básico elementos que determinan la atenuación de la pena (p. ej., la emoción violenta en el caso del “homicidio pasional”, art. 109). Además, hay que señalar a los denominados “tipos legales *sui generis*”, que también son elaborados teniendo en cuenta un tipo básico, pero tienen autonomía por la manera como han sido concebidos (p. ej., la instigación o la ayuda al suicidio, art. 113).

Por último, se diferencia entre delitos de dominio (*Herrschaftsdelikte*) 1137 y delitos consistentes en la infracción de un deber (*Pflichtdelikte*). Esta distinción es, sobre todo, practicada en el ámbito de la autoría y de la participación<sup>138</sup>. En un principio, la categoría de los delitos consistentes en la infracción de un deber fue concebida<sup>139</sup> para referirse a los delitos de omisión y a los delitos especiales, respecto a los cuales se admite que existe autoría cuando se comprueba que se ha violado simplemente un deber, sin que sea indispensable constatar que el agente tenía el dominio del hecho. De estos criterios se deduce, por ejemplo, que quien posea el dominio no responda como autor si es que no está investido del deber y que se niegue la coautoría en el caso de los delitos de omisión, porque cada uno de los agentes es autor individual en la medida en que infringe su propio deber.

En la doctrina reciente, el binomio delitos de dominio/delitos consistentes en la infracción de un deber es considerado desde una perspectiva diferente. Con este objeto, se abandona la diferencia entre acciones y omisiones<sup>140</sup> y se afirma, que la responsabilidad penal se deriva, por un lado, del ámbito de dominio propio que cada quien se configura (llamado competencia por organización)<sup>141</sup>, por ejemplo, conducir un vehículo a motor o cualquier actividad empresarial y, por otro lado, de los ámbitos de dominio configurados previamente (competencia institucional)<sup>142</sup>. Tal sería el caso, por ejemplo, del deber que tiene toda madre de cuidar y alimentar a su hijo menor, o el deber del juez de administrar justicia. De donde se concluye vinculando la responsabilidad derivada de la competencia por organización a los delitos de dominio, y la responsabilidad basada en la competencia institucional a los delitos que consisten en la infracción de un deber.

<sup>138</sup> JAKOBS, 1996, p. 61 ss.; SÁNCHEZ-VERA, 2002, p. 105 ss.; PIÑA, 2003, p. 49 ss.

<sup>139</sup> ROXIN, 2000a, p. 352 ss.

<sup>140</sup> JAKOBS, 1991, 7/70

<sup>141</sup> JAKOBS, 1991, 29/29

<sup>142</sup> JAKOBS, 1991, 29/57 ss.

## 7. Relación de causalidad e imputación objetiva

### a. Introducción

- 1139 En cuanto a los delitos materiales, por oposición a los de pura actividad, el tipo legal prevé la producción de un resultado (perjuicio o puesta en peligro concreta). Sólo respecto a ellos es indispensable constatar la realización de este elemento constitutivo del tipo legal, así como el nexo entre éste (fallecimiento de la víctima) y la acción (envenenar).
- 1140 Debido a que el derecho penal no tiene como objetivo sólo evitar que se cause un daño social, la imputación del resultado al autor de la acción es determinada en el marco del tipo legal. El hecho de causar el resultado prohibido no basta para fundamentar la responsabilidad penal. Es indispensable, además, que el nexo entre acción y resultado se base en un “proceso causal conforme al tipo legal”<sup>143</sup>. En este sentido, la “causa” (la acción u omisión) es relevante para el derecho penal.
- 1141 Por esto es conveniente distinguir la cuestión empírica relativa al hecho de causar el resultado de la cuestión normativa referente a la posibilidad (también de orden normativo), de imputar objetivamente éste al autor de la acción. La primera está relacionada con el criterio de las ciencias naturales, según el cual es posible explicar la causa de todo suceso espacio-temporal que se da en el mundo exterior<sup>144</sup>. Así, se ha comprobado empíricamente que el arsénico es letal, la explosión de una granada destruye y mata, el fuego provoca incendios. De donde no es demasiado difícil admitir que el fallecimiento de una persona contra quien se lanza una granada ha sido provocado por tal medio. La segunda implica que la relación de causalidad sea concebida como una categoría relacional de tipo social y jurídico. Por lo tanto, la imputación del resultado al autor en derecho penal no tiene el mismo sentido que la causalidad en las ciencias naturales.
- 1142 Sin embargo, esto no significa que en derecho penal no se tenga en cuenta lo establecido en las ciencias naturales. La causalidad conforme a las leyes naturales (frutos de la experiencia y de las constataciones científicas) es el punto de partida del criterio normativo de imputación del resultado

---

<sup>143</sup> WESSELS/BEULKE, 2001, N° 154; BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 14 N° 2; Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, 2009, I, p. 388 ss.; VELÁSQUEZ, 2010, p. 356 ss; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 158 ss.

<sup>144</sup> Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, 436 ss.

(*Formel von der gesetzmässigen Bedingung*)<sup>145</sup>. No puede ser negada cuando su presencia es comprobada conforme a los criterios científicos; pero sí se puede, aún en su ausencia, admitir normativamente un nexo entre la acción y el resultado para imputar éste al autor de la primera. Es el caso de la omisión impropia, en el que se imputa al autor, por ejemplo, la muerte de una persona por el sólo hecho de abstenerse de impedir este resultado. A pesar de que no existe, en sentido material o fáctico, relación de causalidad entre la omisión y el resultado, se imputa éste al agente porque, además de las otras circunstancias requeridas, tenía la obligación de intervenir (posición de garante). No obstante, aun cuando exista la relación de causalidad conforme a la experiencia y a las leyes naturales no se admite de modo necesario que sea significativa en el ámbito penal y, por tanto, no se imputa el resultado perjudicial al agente. Por ejemplo, el caso de quien, con intención de matar, lesiona a una persona, que trasladada en ambulancia al hospital fallece, pero por falta de atención médica o por el incendio que se produce en la sección donde había sido internada. El factor causal producido por el agente no basta para imputarle de manera objetiva el resultado muerte a título de homicidio consumado.

Las cuestiones planteadas, tradicionalmente, han tratado de ser resueltas 1143 como si el objetivo fuera conocer mejor el fenómeno causal para definir la causalidad con mayor precisión. En realidad, lo que se ha hecho es fijar qué otras circunstancias deben darse, además de la relación básica establecida mediante la experiencia cotidiana y científica, para poder imputar el resultado al autor de la acción. En derecho penal, se trata de un problema de imputación en el que los criterios normativos son esenciales.

De manera correcta, no se previó en el CP de 1924, ni en el vigente ninguna 1144 disposición sobre la relación de causalidad. Cualquier fórmula legal por la que se trata de establecer estos criterios no deja de ser simplemente declarativa y su interpretación da lugar siempre a los mismos planteamientos que hemos analizado. Así, nada se gana si se prevé un precepto en el que se diga, por ejemplo, que “el resultado es imputable sólo a quien, por acción, lo haya causado o, por omisión, no lo haya impedido”. Lo mismo cuando se precisa, como en el art. 9 del Proyecto de agosto 1985, que “la causa relativamente independiente que sobreviene excluye la imputación cuando por sí sola, produce el resultado...”. El problema subsiste por que no se precisa lo que es “causar” o “producir”. Todas estas regulaciones debe ser interpretada

<sup>145</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, p. 254.

y, con este objeto, invocarse los diversos criterios propuestos para afirmar que la acción debe ser considerada como causa del resultado.

- 1145 De acuerdo con nuestros objetivos, nos limitaremos a describir, de modo esquemático, las tres opiniones más importantes: la teoría de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causalidad adecuada y la teoría de la relevancia. La primera porque, bien comprendida, constituye la base indispensable, pero nunca suficiente, para determinar si la realización de la infracción es obra del agente, y las otras dos porque han sido el punto de partida para desarrollar la doctrina de la imputación objetiva: una nueva manera normativa de atribuir, en el nivel de la tipicidad, el resultado al agente.
- 1146 La evolución de las ideas sobre la relación de causalidad constituye el desarrollo de los diversos esfuerzos realizados para restringir las consecuencias de la aplicación del criterio de la equivalencia de las condiciones<sup>146</sup>. La misma que no permitía descartar eficaz y prontamente los problemas referidos, por ejemplo, a los casos denominados causalidad alternativa, adelantada, hipotética o interrupción del vínculo causal.

## **b. Teoría de la equivalencia de las condiciones**

### **b.1. Descripción**

- 1147 Su elaboración y desarrollo tuvieron lugar bajo la influencia de las nacientes ciencias naturales, según las cuales toda modificación del mundo exterior puede ser explicada mediante la causalidad (no hay efecto sin causa)<sup>147</sup>.
- 1148 De acuerdo con este criterio todas las condiciones de la realización de una modificación del mundo son de igual significación. Sin embargo, el factor determinante no está dado por el conjunto de estas condiciones, sino por el hecho de que se considera a cada una de ellas de manera autónoma. En consecuencia, cada una debe ser tomada en cuenta para comprender la producción del resultado<sup>148</sup>.
- 1149 Para determinar si una acción humana ha perjudicado a un tercero, se recurre a la fórmula según la cual una acción es causa del resultado cuando no puede ser hipotéticamente eliminada sin que éste desaparezca al mismo

---

<sup>146</sup> KÜHL, 2000, § 4, N° 37.

<sup>147</sup> GIOVANNONI, 1962, p. 249 ss.; BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 14 N° 10 ss.

<sup>148</sup> GROPP, 1997, § 5, N° 15.

tiempo<sup>149</sup> (de no haber disparado el delincuente sobre la víctima, ésta no hubiera fallecido). Debido a que no se distingue entre las condiciones según su importancia, se le llama también teoría de la *conditio sine qua non*<sup>150</sup>.

### **b.2. Deficiencias**

Se reprocha a la teoría de la equivalencia de las condiciones que su aplicación estricta extiende demasiado el ámbito del derecho penal. Razonando al extremo, se ha afirmado que, siguiendo esta teoría, debería tenerse por responsables a Adán y Eva de todos los delitos que ahora se cometen<sup>151</sup>. Así mismo, que permite se considere penalmente relevante cualquier intervención de una persona en la producción de un daño, lo que puede dar lugar a injusticias en la aplicación de la ley penal. Por ejemplo, en la muerte de Ruperto acaecida al caer a un río en circunstancias en que era perseguido por Mario y Javier, debido a que Manuel les había dicho que Ruperto lo había agredido, debe considerarse -de acuerdo con la manera de valorar la relación de causalidad- que la muerte de Ruperto no sólo es causada por Mario y Javier sino también por Manuel; quien fue el que dio lugar a la persecución y, por lo tanto, sin esta intervención no hubiera acaecido el resultado fatal. De esta manera, no existiría límite alguno para remontar hacia las circunstancias más lejanas del resultado perjudicial. Contra esta crítica, los defensores recurrieron a una particular noción de “prohibición de regreso” (*Regressverbot*)<sup>152</sup>, en el sentido de que el *regressus ad infinitum* de las condiciones causantes del resultado se interrumpe cuando un tercero interviene dolosa o culposamente. Así, el caso de la mujer que entrega a su amante una sustancia venenosa, la misma que es utilizada por éste para, sin que lo sepa la primera, matar a su esposa. El comportamiento de la amante no puede ser considerado causa de la muerte por que el acto doloso del esposo interrumpe la relación de causalidad. Este argumento no permite limitar los excesos a que conduce la aplicación del criterio de la equivalencia de las condiciones. En realidad, la causalidad no se interrumpe (existe o no existe) y no hay condiciones más importantes que otras; además, ni mediante el recurso al dolo o la culpa se logra diferenciarlas.

<sup>149</sup> WALDER, 1977, p. 138; STRATENWERTH, 2005, § 9 N° 20.

<sup>150</sup> Concebida por GLASER y difundida por VON BURI.

<sup>151</sup> BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 14 N° 27.

<sup>152</sup> Cfr. FRANK, 1931, p. 14 ss., quien introduce en el derecho penal la categoría denominada “prohibición de regreso”. Cfr. ROXIN, 1989a, p. 177 ss.; BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 14 N° 33 ss. Sobre los orígenes de la prohibición de regreso, Caro John, 2003c, p. 160 ss.

- 1151 Se considera también ineficaz el criterio analizado en relación con el concurso simultáneo de varias acciones en la realización de un resultado<sup>153</sup>. Por ejemplo, tres individuos apuñalan, al mismo tiempo, una persona, la cual fallece por el efecto conjugado de las lesiones que sufrió. Si hipotéticamente se suprime, de manera sucesiva, la intervención de cada uno de ellos, el resultado no desaparecerá. De modo que debería admitirse, colmo del absurdo, que ninguno ha causado la muerte de la víctima. Lo mismo sucede respecto al hecho consistente en que la muerte de la víctima pudo, así mismo, haber sido cometida por otro de los sicarios a sueldo de la mafia, ya que se puede hacer abstracción del acto homicida sin que desaparezca el resultado.
- 1152 De modo que si bien hay que estimar que la teoría de la equivalencia destaca de manera correcta la base indispensable para responsabilizar al autor de una acción por el resultado producido, no es satisfactoria en cuanto recurre a una fórmula abstracta para demostrar esta relación. Lo cierto es que su aplicación supone saber de antemano que el hecho cometido o el medio utilizado es propio para causar el resultado. Un ejemplo muy citado es el de la determinación de la causalidad entre la ingestión por una gestante de cierto medicamento dañino (Talidomida o Contergan) y las deformaciones biológicas con que nace el niño. Debido a que la ciencia no ha logrado probar la nocividad del medicamento, subsisten dudas de que éste sea la causa real de las malformaciones del feto. El mismo problema se presentó en el caso español del consumo de aceite de colza<sup>154</sup>.
- 1153 Sin embargo, hay que admitir en muchos casos que los principios de la teoría de la equivalencia de las condiciones bastan para imputar la acción (causa del resultado) la realización del tipo legal<sup>155</sup>. Esto se debe, por un lado, a la concomitancia existente entre acción y resultado, así como a los conocimientos que se poseen sobre los medios empleados en la ejecución y, por otro, a que se tiene en cuenta el marco del actuar típico.

### **c. Teoría de la causalidad adecuada**

#### **c.1. Descripción**

- 1154 Los sostenedores de esta teoría buscaron resolver el problema en el mismo ámbito de la causalidad. Conservaron el proceso hipotético propio de la teoría de la *conditio sine qua non*, rechazaron que toda condición de pro-

---

<sup>153</sup> STRATENWERTH, 2005, § 9 N° 40; cfr. LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, §§ 13 N° 83.

<sup>154</sup> PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, 1995, p. 21 ss.; BACIGALUPO, 1997, p. 177 ss.

<sup>155</sup> MAURACH/ZIPE, 1992, § 18 N° 20.

ducción del resultado fuera una causa y admitieron que sólo lo era aquella que, conforme a la experiencia y al curso ordinario de los hechos, es adecuada para producir el resultado prohibido<sup>156</sup>. Así, concluyeron que no existe causalidad cuando el desarrollo del nexo causal es anómalo, anormal. En su opinión, no es causa adecuada de la muerte de una persona el hecho de golpearla en la zona del hígado, si ésta, alcohólica, tiene ese órgano hipertrofiado y, por lo tanto, bastante frágil.

### **c.2. Deficiencias**

Esta concepción es imprecisa respecto a la manera cómo debe determinarse el carácter adecuado de la condición; es decir, de la acción con respecto al resultado. Se ha considerado que esta apreciación debe ser practicada teniendo en cuenta el juicio que formularía una persona media según el sector de actividad social al que pertenece el agente (conductor profesional, médico, obrero, electricista). Más aún, se ha afirmado que debería adoptarse una perspectiva más concreta e individual. En el caso del ejemplo, saber si el agente conocía el estado vulnerable del alcohólico. En este sentido, se valora que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias de tiempo y de lugar conocidas u objetivamente cognoscibles, así como las capacidades y conocimientos propios del sujeto activo (pronóstico anterior objetivo, *ex ante*)<sup>157</sup>. Entonces, el juez debe, para apreciar el desarrollo de los hechos, colocarse en el lugar de un observador neutro experimentado, capaz y poseedor de los conocimientos del que obra. Pero, en la aplicación de estos criterios, se ha ido tan lejos que, con frecuencia, resulta difícil distinguir la tesis de la causalidad adecuada del criterio de la equivalencia de las condiciones. 1155

Este criterio normativo de causalidad es aplicado en la medida en que se considera<sup>158</sup>, por ejemplo, “causa verdadera y única del accidente” el hecho de que el conductor del primer vehículo invadió (contra el reglamento) el lado derecho de la vía, obligando al chofer del segundo automóvil, que venía en sentido contrario, a desviarse hacia el lado izquierdo. La colisión con el tercer vehículo se produjo cuando el primer chofer maniobró con el fin de retomar el derrotero debido. Así mismo, cuando se condena al acusado, a título de autor de lesiones culposas, por haber dejado en la vía pública 1156

<sup>156</sup> GROPP, 1997, § 5 N° 36 ss.

<sup>157</sup> Cfr. ROXIN, 2006a, § 11 N° 35.

<sup>158</sup> ES del 9 de octubre de 1935, en AJ 1935, p. 264.

a una yegua chúcara, la cual se encabritó ante la presencia del camión en que viajaba la víctima y levantándose sobre las patas traseras la golpeó en el cráneo. Con este objeto se debe admitir, antes, que la omisión del cuidado necesario por parte del propietario del animal fue “causa del resultado dañino y que éste, conforme al desarrollo normal de las cosas, muy bien podía suceder”<sup>159</sup>.

- 1157 Los criterios propuestos son demasiado ambiguos. Es casi imposible precisar lo que significa “curso ordinario de la vida”, “desarrollo normal de las cosas” o “carácter más o menos excepcional de la cadena causal”. Cuando según estos criterios no se llega, en el marco del tipo legal, a distinguir las circunstancias relevantes para la causalidad de las insignificantes, el problema es desplazado a otro nivel. Así, en los delitos dolosos, al ámbito de la posibilidad de prever el desarrollo causal y, en los culposos, al de la violación del deber de cuidado en relación con la posibilidad de prever el resultado. A este nivel del análisis, no sería de gran importancia optar por la teoría de la equivalencia de las condiciones o por la de la causalidad adecuada.
- 1158 El aspecto positivo de la teoría de la causalidad adecuada es el hecho de que, pese a la opinión de sus defensores, no constituye una respuesta empírica al problema que supone. No se trata de una explicación relativa a la causalidad propiamente dicha, sino más bien de un criterio normativo. En la medida en que supone dos niveles de apreciación (la constatación de la relación causal material y, luego, la valoración de si se trata de una condición idónea), la teoría de la causalidad adecuada constituye el antecedente de la teoría de la imputación objetiva<sup>160</sup>. Esto fue puesto en evidencia sobre todo cuando se consideró que la idea de la adecuación debería servir no para negar la relación causal, sino para determinar si ésta era o no relevante<sup>161</sup> para fundamentar la responsabilidad.

#### **d. Teoría de la relevancia**

- 1159 De acuerdo con esta teoría debe distinguirse con precisión la cuestión de la causalidad de la relativa a la posibilidad de imputar objetivamente el resultado. Para responder a la primera, se debe recurrir al criterio de la equivalencia de las condiciones; mientras que respecto a la segunda debe

---

<sup>159</sup> ES del 17 de agosto de 1936, en RT 1935, p. 283.

<sup>160</sup> ROXIN, 2006a, § 11 N° 43; LARRAURI, en BUSTOS/LARRAURI, p. 60.

<sup>161</sup> GROPP, 1997, § 5, N° 40.

tenerse en cuenta la relevancia del suceso causal para el derecho penal<sup>162</sup>. De la misma manera que la teoría de la causalidad adecuada, considera las condiciones del proceso causal conformes al tipo legal para fundamentar la responsabilidad, deja abierta la posibilidad de tener presente el fin de protección de la norma y las particularidades de cada tipo legal<sup>163</sup>.

En la medida en que se aprecian por separado la causalidad del resultado y la imputación del mismo, la concepción de la relevancia constituye un paso adelante porque facilita que se dé una solución cabal al problema de la imputación en el marco del injusto típico objetivo (*objektives Unrechtstatbestand*): la importancia del suceso causal se establece conforme a su adecuación al tipo legal respectivo. 1160

### **e. Teoría de la imputación objetiva**

#### **e.1. Introducción**

Mediante esta teoría no se busca solucionar los problemas de causalidad, sino más bien determinar bajo qué condiciones el delito será inscrito en la cuenta del agente como si fuera obra suya<sup>164</sup>. La imputación objetiva constituye el primer paso para precisar la responsabilidad del autor mediante la constatación de que su acción ha realizado un tipo legal<sup>165</sup>. Los siguientes son la imputación del acto típico como ilícito y la imputación del acto típico ilícito como culpable. 1161

Para los partidarios del criterio de la imputación objetiva, comprobar que el resultado ha sido producido mediante una acción es insuficiente para admitir que ésta realiza el tipo legal. En su opinión, es necesario además verificar que dicho resultado sea imputable al agente, precisamente, dentro 1162

<sup>162</sup> BLEI, 1975, § 28 IV; MEZGER, 1967, p. 122.; BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 14 N° 62 ss.

<sup>163</sup> WESSELS/BEULKE, 2001, N° 176.

<sup>164</sup> En el Perú, señalemos dos tesis dedicadas a esta tema: CARO JOHN, 1996; PAREDES VARGAS. Así mismo, ABANTO VÁSQUEZ, en ROXIN, 1997, p. 14 ss.; VILLA STEIN, 2008, p. 223 ss.; cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, 2009, I, p. 430 ss.

<sup>165</sup> FRISCH, 2004, 87 ss.; GARCÍA CAVERO, 2008, p. 324 ss.; KINDHÄUSER, 2006, Vor §§ 13, N° 101 ss.; Sentencia del 12 de enero de 1998, RN N° 1767-97 Lima, en la que se menciona la imputación objetiva, pero la impunidad del procesado se debe a la aplicación del principio de la legalidad. Tampoco es correcto el razonamiento de los jueces en la medida en que dicen seguir los criterios de la imputación objetiva. Más bien el exceso en que incurre el instigado no es reprochado al instigador porque no está comprendido en el doble dolo que caracteriza la instigación, según la sentencia del 09 de octubre de 1997, RN N° 3840-97 Ayacucho, en VARGAS, 1999a, p. 168.

del marco del tipo legal. Esta exigencia se comprende cuando se tiene en cuenta que no es objetivo del derecho castigar a las personas por el simple hecho de haber causado un daño a terceros. Mediante sus disposiciones se busca más bien regular las acciones que implican la creación o el aumento de riesgos para bienes jurídicos ajenos, así como impedir la producción de resultados que pueden ser evitados y que constituyen la realización del aspecto peligroso del comportamiento. De esta manera, se refuerza el respeto a las normas de conducta promovidas por la comunidad.

- 1163 Las diversas explicaciones de la imputación tienen su precedente en las ideas de Hegel, quien -concibiendo la acción como la “exteriorización de la voluntad subjetiva o moral”- consideró que esta voluntad es el factor que permite imputar al agente el acto que ha cometido. En esta perspectiva, Larenz, sostuvo que el juicio de imputación permite determinar si dicho acto es obra de quien lo ejecutó materialmente y hacerle responsable. Pero a diferencia de Hegel, afirma que esta imputación debe ser de índole objetiva y no subjetiva. Con lo que llega a hacer de la noción de acción la base de todo sistema de atribución de un hecho a una persona. El agente era percibido como una persona media y las circunstancias personales del autor concreto eran tenidas en cuenta respecto a la culpabilidad.
- 1164 Con base en la concepción general de Larenz, Honig<sup>166</sup> consideró que el criterio ontológico de causalidad era inapropiado para esclarecer convenientemente la relación entre el comportamiento y el resultado indicado en el tipo legal. En su opinión, no basta para imputar el resultado al autor el simple hecho de que éste constituya la culminación del proceso de causalidad. Es indispensable, por el contrario, que sea percibido como su obra personal. En esta perspectiva, Honig consideró que es esencial tener en cuenta que una de las características fundamentales de la persona es su capacidad para modificar voluntariamente el mundo exterior. Por esto, el resultado (alteración del mundo exterior) sólo puede ser considerado como obra del autor en la medida en que constituye una consecuencia de la manifestación de su voluntad. Así, el resultado debe ser considerado como el fin del comportamiento que el agente controla en su desarrollo causal.
- 1165 Aun cuando estos antecedentes poco tienen que ver con las concepciones actuales de la imputación objetiva, recordarlas es necesario para aquilatar el desarrollo que se ha producido<sup>167</sup>. Las condiciones de imputación

---

<sup>166</sup> HONIG, 1930, p. 174 ss.

<sup>167</sup> CANCIO, 2001, p. 87.

han sido luego replanteadas con la finalidad de determinar cuándo podría imputarse al agente como obra suya la acción y la modificación del mundo causada, previstas en el tipo legal. Los criterios planteados son de índole puramente normativa (jurídica): el autor debe crear un peligro no autorizado por el orden jurídico y este peligro debe materializarse en el resultado. De esta manera, se trata de escoger, entre las relaciones de causalidad relevantes para el derecho penal, aquellas que son contrarias al orden jurídico en consideración del tipo legal, y sin recurrir a las causas de justificación.

En sus orígenes<sup>168</sup>, la teoría de la imputación se presenta como el análisis 1166 tópico de los problemas que se planteaban en la determinación causal de la acción. El objetivo principal buscado era restringir la noción demasiado amplia de causa propuesta por la teoría de la equivalencia de las condiciones<sup>169</sup>, para lo cual resultaba indispensable recurrir a diversos criterios normativos que permitiesen explicar por qué, en algunos casos, una acción no era conforme al tipo legal a pesar de que existiera de manera evidente una relación de causalidad.

Desde hace unas décadas, la idea de la imputación objetiva es explicada y 1167 empleada en dos direcciones diferentes. Una de carácter restringido<sup>170</sup> que limita su objeto de análisis a la relación objetiva particular entre el comportamiento y el resultado, considerando el conjunto de condiciones normativas orientadas a constatar cuándo el resultado típico puede ser imputado al autor del comportamiento sin recurrir a las nociones correctivas del dolo o de la culpa. Tales condiciones normativas son deducidas de modo directo del tipo legal y los criterios normativos así establecidos son utilizados para resolver de manera adecuada, sin abandonar el criterio de la causalidad natural, los casos respecto a los cuales la teoría de la equivalencia no ofrece una respuesta satisfactoria.

La segunda tendencia se caracteriza por su mayor amplitud<sup>171</sup>, ya que no 1168 concibe a la imputación objetiva como un simple correctivo de la teoría de la equivalencia de las condiciones. Por el contrario, la considera como un nuevo proceder para esclarecer de manera general los ámbitos de responsabilidad en el contexto de la teoría del delito y así determinar si el

<sup>168</sup> Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 444 ss.

<sup>169</sup> Cfr. *supra* N° 1147 ss.

<sup>170</sup> ROXIN, 1970, p. 133 ss.; HONIG, 1930, p. 174 ss.

<sup>171</sup> FRISCH, 1988, p. 72 ss.; JAKOBS, 1991, 17/3, 17/18 ss.; *idem*, 1989, p. 271 ss.

hecho es delictivo (presencia de un delito en tanto problema de imputación objetiva)<sup>172</sup>.

- 1169 Teniendo en cuenta el desarrollo actual de la doctrina<sup>173</sup> conviene permanecer dentro de los alcances propuestos por los defensores de la concepción restrictiva de la imputación objetiva. Sin que esto implique dejar de aprovechar los interesantes planteamientos y soluciones de la concepción amplia. Teniendo en cuenta tanto nuestra realidad social y jurídica, debe procederse a una asimilación adecuada a las necesidades y capacidades de nuestro medio.
- 1170 Por razones metodológicas presentamos esta concepción en esta parte dedicada a la tipicidad. No está demás, sin embargo, recordar que las opiniones sobre la manera global de concebir la imputación objetiva y sobre el papel que desempeña en la teoría del delito no son homogéneas ni constituyen una visión unitaria.

### **e.2. Causalidad como base**

- 1171 El presupuesto del proceso de imputación objetiva es la confirmación del nexo de causalidad entre la acción y el resultado. Esta conexión debe ser comprobada según los criterios admitidos por las ciencias naturales; es decir, conforme a las leyes naturales y de la experiencia (fórmula de la condición conforme a las leyes de la naturaleza, *Formel von der gesetzmässigen Bedingungen*)<sup>174</sup>. Esta propuesta resulta sin embargo insuficiente, en la medida en que no fija los criterios aplicables para determinar la adecuación de las condiciones a las leyes de la naturaleza. Su aspecto positivo radica en que así se admite, por un lado, que el criterio de la *conditio sine qua non*, a pesar de constituir el *mínimum* para imputar el resultado al autor, no es de gran utilidad en cuanto no basta la aplicación de una fórmula (como la de la supresión hipotética de la condición) para afirmar o negar la causalidad. Por otro lado, que debe recurrirse al criterio técnico establecido por las ciencias naturales<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> FRISCH, 2004, 87 ss.; JAKOBS, 1998, p. 140 ss.; idem, 1995, 7/56 ss. y 24/17 ss.

<sup>173</sup> Se puede afirmar de que aún no existe *una* teoría de la imputación objetiva, Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, 1996, p. 21 ss. En el mismo sentido, TERRADILLOS BASOCO, 1998, p. 19. Cfr. LAMPE, 2003, p. 59 ss., en particular, 67 ss.

<sup>174</sup> STRATENWERTH, 2005, § 9 N° 21; ARMIN KAUFMANN, 1971, p. 572 ss.

<sup>175</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 28 I 1.

En esta perspectiva, hay que admitir que la relación causal existe en los 1172 casos indicados, tradicionalmente, como cursos causales hipotéticos y alternativos. Por ejemplo, el torturador que lesiona a la víctima no se puede excusar diciendo que si él no lo hubiera hecho, dado el sistema totalitario en que actuaba, otro hubiera de todas maneras practicado la tortura<sup>176</sup>. Lo relevante es que si se suprime el acto del agente, la muerte no se hubiera producido en el momento en que tuvo realmente lugar. Por tanto, no hay que confundir la índole hipotética del razonamiento con el carácter “hipotético” de la causalidad. Como se trata de determinar la causalidad con relación a un resultado concreto, resulta inadmisibles hablar de una causalidad hipotética.

Así mismo, causan la muerte de la víctima los dos individuos que, cada 1173 uno por su cuenta, la envenenan con dosis apropiadas<sup>177</sup>. Si cada una éstas es insuficiente para provocar la muerte, el vínculo causal puede explicarse según la equivalencia de las condiciones (causalidad doble o alternativa, *Alternative Kausalität o Doppelkausalität*). Cada vez más, se extiende la aplicación de esta manera de percibir la causalidad equivalente, en el campo de las actividades empresariales. Así, se consideran como causa de un perjuicio todas las manifestaciones de voluntad que intervinieron en la toma de una decisión colectiva (*Kollektiventscheidung*), aun si una de ellas no es decisiva (*Mehrfachkausalität*).

La causalidad se verifica también en el caso de los cursos causales anóma- 1174 los: la herida producida a un hemofílico es la causa de que muera desangrado, el golpe dado en el hígado hipertrofiado de un alcohólico es la causa de su muerte (concausas); la lesión causada por el agente aun cuando el lesionado muera, debido a un incendio, en el hospital donde había sido trasladado para ser curado. La situación no es diferente en los casos de intromisión dolosa o culposa de terceros en el desarrollo de los hechos: entregar una sustancia venenosa a quien decidirá después utilizarla para matar una persona. Afirmar que el nexo causal ha sido interrumpido o excluido resulta desacertado, pues, la relación causal existe o no. Las dificultades que surgen en estos casos no conciernen a la causalidad, sino más bien a la imputación objetiva: ¿bajo qué circunstancias debe ser admitido que el tipo legal ha sido realizado, que éste hecho es obra del agente?

<sup>176</sup> KÜHL, 2000, § 4 N° 20a.

<sup>177</sup> KÜHL, 2000, § 4 N° 20a; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, §§ 13 N° 82.

- 1175 En ciertos casos parecidos a alguno de los antes señalados, sin embargo, de acuerdo con los criterios de las ciencias naturales, hay que admitir que no existe el nexo de causalidad requerido como base mínima para imputar objetivamente el resultado al autor del acto. Se cita con frecuencia el caso de quien envenena a una persona con una sustancia que sólo producirá su efecto mortal 24 horas más tarde, y que es muerta por un tercero dentro de este lapso. En la medida en que el veneno no ha producido aún su efecto, no puede afirmarse científicamente que haya sido la causa de la muerte. Según los criterios tradicionales, se diría que el curso causal ha sido interrumpido. Pero en realidad, se trata de dos procesos causales independientes que sirven de base para determinar la imputación objetiva de los hechos a cada uno de los autores y en la perspectiva de los tipos legales respectivos (homicidio y tentativa de homicidio).
- 1176 La solución es diferente cuando la intervención dolosa del tercero se substituye, en cuanto a sus efectos, al comportamiento del primer agente. Así, cuando el delincuente aprovecha que la víctima, envenenada por un tercero, no puede más defenderse para apuñalarla mortalmente. Parecería que la relación causal inicial es interrumpida por el segundo comportamiento; sin embargo, éste no hace sino reforzar el efecto letal de la primera acción. En realidad, aplicando la fórmula hipotética de la equivalencia de condiciones, se comprueba que si el primer comportamiento es suprimido, el resultado no desaparece. No obstante, el acto del primer agente sólo constituiría una tentativa.
- 1177 Para afirmar que el comportamiento se adecua al tipo legal, no basta constatar que es la causa del resultado. Éste puede, en realidad, ser también provocado por un comportamiento anodino o cotidiano; por ejemplo, el hecho de prestar un hacha a una persona torpe, la que por descuido se lesiona al utilizarla. En este caso, es evidente que la acción de prestar el hacha (causa natural de la lesión) no realiza el tipo legal que prevé el delito de lesiones corporales (art. 121). En el marco de las teorías tradicionales sobre la causalidad, se recurrió al aspecto subjetivo del comportamiento para excluir la represión en estos casos. Tratándose de actos dolosos, se exigía en efecto que el agente tenga conciencia del desarrollo causal y, en los culposos, la constatación de la posibilidad de prever el resultado. En consecuencia, en los ejemplos citados, las personas en cuestión no eran punibles por falta de dolo o de culpa<sup>178</sup> (considerados entonces como for-

---

<sup>178</sup> BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 14 N° 100.

mas de culpabilidad). Este procedimiento ha sido abandonado estimando que, en realidad, se trata, con base en el tipo legal, de determinar si el resultado puede ser imputado al autor, ya que -de acuerdo con los fines del derecho- la producción de un perjuicio no basta para reprimir penalmente a una persona. Es decir, se trata de establecer bajo qué condiciones, por un lado, el comportamiento debe ser considerado como la obra del autor y, por otro, cuándo el resultado producido constituye el contenido ilícito del tipo legal.

### ***e.3. Creación de riesgo no permitido***

El principio general de la imputación objetiva es que el agente, mediante su acción, cree una situación de la que aparezca como muy probable que intereses jurídicamente protegidos sean dañados o que aumente un peligro ya existente<sup>179</sup>. De modo que basta que el autor intensifique un peligro prohibido, lo cual sucede cuando empeora las circunstancias que ya comportan un riesgo. En consecuencia, no resulta decisivo el hecho de que el resultado de todas maneras debiera producirse. Así, la imputación objetiva es posible en los casos en los que se adelanta la producción del resultado: por ejemplo, causar la muerte de una persona agonizante. Lo mismo cuando se empeora el mal estado de salud en que se encuentra una persona (agravación de una enfermedad) o se impide que se salve a un individuo del peligro en que se encuentra, se restringe las posibilidades de salvamento. 1178

Como casi todo comportamiento en sociedad implica una intromisión en el ámbito de otro, resulta excesivo pretender reprimir la creación de cualquier riesgo. Si esto se hiciera, se obstaculizaría demasiado el desarrollo normal de las actividades cotidianas (p. ej., la circulación de vehículos, el tráfico aéreo, la fabricación de medicamentos, la utilización de la energía nuclear). Para no llegar a situación tan extrema y negativa, el derecho penal no debe emplearse en aquellos casos en los que no se hayan sobrepasado los límites del riesgo tolerado o autorizado<sup>180</sup>. 1179

El criterio del riesgo permitido o tolerado sólo puede ser útil en la medida en que se esclarezca en qué condiciones se acepta o permite la creación de un peligro o su incremento<sup>181</sup>. Este límite debe ser establecido *in concreto*, 1180

<sup>179</sup> FRISCH, 2004, p. 128 ss; STRATENWERTH, 2005, § 9 N° 37; ROXIN, 2006a, § 11 N° 42 y 43; WALDER, 1982, p. 130, 136 ss.; BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 14 N° 65 ss.

<sup>180</sup> ROXIN, 2006a, § 11 N° 39, p. 59 ss.

<sup>181</sup> PAREDES CASTAÑÓN, 2000, p. 79 ss.

teniendo en cuenta todas las circunstancias particulares y ponderando los bienes en conflicto<sup>182</sup>.

- 1181 Los alcances del riesgo permitido o tolerado están muy condicionados por la evolución de la técnica y su influencia en las diversas actividades que, si bien facilita su ejecución y aumenta sus efectos positivos, las convierte en fuentes de peligro. Así, por ejemplo, la circulación de vehículos, la construcción y demolición de edificios, la fabricación de productos químicos o de explosivos, las cadenas automatizadas de producción constituyen actividades peligrosas. Pero, prohibirlas sólo por esta circunstancia sería absurdo. Para evitar esta solución extrema, se recurre al principio según el cual sólo debe exigirse que se respete un mínimo de cuidado y de consideración con respecto a los bienes ajenos. Para que la actividad riesgosa, pero positiva para la comunidad, continúe siendo practicada es imprescindible admitir un margen de riesgo que sólo podría ser eliminado, en caso de ser posible hacerlo, mediante esfuerzos desproporcionados a las ventajas que implica la actividad en cuestión. La determinación de ese límite tiene lugar mediante la ponderación de los intereses indicados, operación que siempre es complicada de llevar a cabo. El riesgo que no sobrepasa esos límites es denominado “riesgo permitido”<sup>183</sup>. Constituyen ejemplos claros de esta situación, la fijación de los límites de velocidad en el tráfico de vehículos y la regulación de las actividades en el dominio de la genética.
- 1182 La realización de un comportamiento cotidiano, penalmente indiferente, que está relacionado con la acción peligrosa de un tercero, no da lugar a que su autor sea responsabilizado por estimarse que se le puede imputar como participante en el comportamiento del tercero<sup>184</sup>. Es el caso, por ejemplo, del taxista que transporta a personas al local de un banco, donde éstos cometen un robo<sup>185</sup>. Así mismo, del armero que vende un revólver a un cliente, quien luego le utiliza para cometer un delito. En la medida que se limitan a cumplir los servicios que presentan, obran legalmente y no sobrepasan el límite del peligro autorizado, no se les puede imputar responsabilidad por el acto del tercero<sup>186</sup>. Este y otros casos

<sup>182</sup> MIR PUIG, 2001, p. 407 ss.; FRISCH, 2004, p. 220 ss.

<sup>183</sup> OEHLER, 1961, p. 232 ss.; REHBERG, 1962; ROEDER, 1969; JAKOBS, 1991, 7/35 ss.

<sup>184</sup> ROBLES PLANAS, 2003, p. 142 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, 2002, p. 358 ss.; BLANCO CORDERO, 2001, p. 26 ss.

<sup>185</sup> Caso parecido se presentó en la jurisprudencia peruana, por ejemplo en la RS del 07 de marzo de 2000, RN N° 4166-99 Lima, comentada por CARO JHON, 2003, p. 12 ss.

<sup>186</sup> REYES ALVARADO, 1996, p. 50 ss.; RUDOLPHI, 1998, p. 53 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, 1999b, p. 19 ss.; LÓPEZ DÍAZ, 1996, p. 62 ss.

semejantes son tratados conforme a la regla de la prohibición de regreso (*Regressverboten*), propia a la imputación y ajena a la categoría antes utilizada respecto a la interrupción de la causalidad. El problema es el de limitar los alcances de esta prohibición, así habrá que preguntarse si existen o no deberes especiales que impongan la obligación de evitar la acción delictiva (“materialmente favorecida”), qué grado de conocimiento se tiene sobre los objetivos del tercero o en qué medida el comportamiento ordinario se adecua a la ejecución de la infracción. Además, hay que recurrir, también y en vista de que innumerables actos cotidianos pueden dar lugar o ser utilizados para cometer delitos<sup>187</sup>, al criterio de que se debe confiar que los terceros, en general, obraran conforme a ley<sup>188</sup>. La posibilidad de que no actúen de esta manera es un riesgo, pero permitido.

Si una acción es conforme a los estándares sociales de comportamiento y 1183 reúne sin embargo los requisitos previstos en un tipo legal, la cuestión de la imputación objetiva no se plantea debido a que dicha acción es socialmente adecuada<sup>189</sup>. Por lo tanto, la conformidad de la misma a un patrón social es un factor decisivo para imputarla o no a su autor<sup>190</sup>. En caso de conformidad, a pesar de que la acción es típica carece de importancia para el derecho penal. Por ejemplo, las expresiones injuriosas que se expresan con frecuencia respecto a terceros en el desarrollo de las actividades cotidianas; los pequeños regalos que se hacen a empleados y funcionarios con motivo de Navidades o de Año Nuevo; o la creación de situaciones de peligro al conducir convenientemente un vehículo motorizado. La conformidad de estos actos con el orden social hace superfluo que se plantee la cuestión de su imputación penal a los autores<sup>191</sup>.

Los esfuerzos para fijar los diferentes criterios limitativos de la tipificación 1184 de ciertos comportamientos están muy relacionados, no está demás recordarlo, con la técnica de redactar los tipos legales. Para poder abarcar el mayor número posible de modalidades de ejecución del acto que se incrimina, se emplean, en su elaboración, fórmulas o giros lingüísticos y de redacción tan generales que resultan también comprendidos comportamientos que no merecen ser reprimidos. Por esto resulta oportuno suponer como exi-

<sup>187</sup> JAKOBS, 1998, p. 140 ss.; idem, 1995, 7/56 ss. y 24/17 ss.; LESCH, 1995, p. 34 ss.; ROBLES PLANAS, 2003, p. 32 ss.; FEIJÓ SÁNCHEZ, 1999, p. 18 ss.; BLANCO CORDERO, 2001, p. 26 ss.

<sup>188</sup> MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 43, N° 70; ROXIN, 2006a, § 24 N° 11, 22.

<sup>189</sup> WELZEL, 1939, p. 516 ss., 527 ss.; STRATENWERTH, 2005, § 9 N° 35 ss.

<sup>190</sup> BLANCO CORDERO, 2001, p. 13 ss.; JAKOBS, 1995, 7/58 ss.

<sup>191</sup> PAREDES CASTAÑÓN, 2000, p. 111 ss.

gencia general implícita a todo tipo legal que el agente, mediante su accionar, sobrepase los límites del riesgo permitido.

***e.4. Agente responde por crear un peligro***

- 1185 La creación del riesgo puede concernir tanto al que realiza una acción como a quien se abstiene de actuar. En el primer caso, se trata de quien se entromete en la vida de otro; salvo que éste mismo, aun la víctima del perjuicio, cree o aumente la situación peligrosa. La segunda hipótesis concierne a quien, sin haber creado el peligro, está obligado, según las circunstancias del caso concreto, a impedir que el resultado dañino tenga lugar; por ejemplo, los padres en relación con los hijos (deber de garante).
- 1186 Si la misma persona se coloca en una situación de peligro, no se puede tratar de imputar el resultado que se produce al tercero que lo originó o lo hizo posible. Debido a que la puesta en peligro voluntaria de sí mismo no es penalmente relevante, la injerencia del tercero no concierne al derecho penal. Por ejemplo, en el caso del conductor que utiliza llantas usadas y que resulta lesionado en un accidente provocado por el estado de las llantas, el responsable del taller de mecánica que le vendió esos neumáticos no responde por delito de lesiones.
- 1187 Cuando la actividad es realizada por un conjunto de personas, hay que tener en cuenta la responsabilidad de cada uno de los participantes, pues, la manera de conducirse de uno o de algunos de éstos puede impulsar o crear la ocasión para que otro, de manera plenamente responsable, realice un comportamiento peligroso para sí mismo. Por ejemplo, el caso del escalamiento de una montaña conllevando riesgos importantes para la vida y la integridad corporal, en donde cada uno de los participantes que interviene, con plena conciencia de éstos, los asume. A partir de ese momento, surge su responsabilidad personal; dicho de otra manera, asume la responsabilidad por el acto que ejecuta. Si sufre algún daño personal, éste no podrá ser imputado a los demás, por más que sus actuaciones determinaran o dieran ocasión para que el lesionado, consciente y voluntariamente, practicara el comportamiento peligroso.
- 1188 No se puede llegar a la misma conclusión, por el contrario, si la persona en peligro es incapaz, por ejemplo, en razón de su salud mental o de su edad; o cuando no tuvo plena conciencia de los alcances de su decisión de participar en la actividad peligrosa y, por tanto, no quería correr el riesgo. De acuerdo con las circunstancias del caso concreto, puede tratarse de un caso

de autoría mediata debido a que la víctima no actuó de manera voluntaria con relación al peligro.

El criterio de la asunción del peligro desempeña un papel importante en 1189 relación con la ejecución de ciertos delitos sexuales y delitos relacionados con el consumo de drogas. Por ejemplo, el caso del *dealer* que abandona al heroinómano, sin auxiliarlo o pedir ayuda a los servicios médicos, en circunstancias en que éste se había inyectado una sobredosis de heroína y caído en estado de inconsciencia. Si el drogado fallece a causa de la sobredosis, esta muerte no podrá ser imputada al *dealer* (vendedor minorista de droga) a pesar de que fue él quien proveyó de droga al drogadicto. En efecto, de su intervención no puede deducirse que tenga un deber de garante (obligación de evitar el resultado). Sólo queda la posibilidad de comprobar si no ha incurrido en omisión de auxilio a persona en peligro (art. 127).

Cuando el resultado sobreviene debido a determinadas circunstancias (en 1190 especial, el comportamiento de un tercero), el resultado no será imputado al autor del acto que lo produce si éste, conforme al orden jurídico, podía esperar que no se dieran esas circunstancias (principio de confianza). Por ejemplo, el deceso de una persona en un accidente de circulación no puede ser imputado al conductor que contaba con que el otro automovilista respetara su prioridad de acuerdo con las reglas de tránsito. Este criterio de la confianza puede también ser analizado respecto a la determinación del límite de tolerancia del peligro.

### ***e.5. Realización del riesgo no permitido***

La producción de un resultado, previsto en un tipo legal, podrá ser imputa- 1191 do al agente cuando constituye la realización del riesgo no permitido, que ha creado o aumentado. La valoración negativa del resultado está condicionada por el estrecho vínculo que lo une al propio peligro del comportamiento ejecutado. En ausencia de este vínculo, el comportamiento sólo puede ser considerado como tentativa, puesto que no se da un resultado conforme al tipo legal (perjuicio valorado de manera negativa)<sup>192</sup>. Si la existencia del riesgo debe ser determinada *ex ante*, es decir, considerando las circunstancias conocidas en el momento de la realización del comportamiento, la concreción del peligro en el resultado debe ser más bien comprobada teniendo en cuenta todos los elementos conocidos una vez que éste se ha producido (*ex post*).

<sup>192</sup> RUDOLPHI, en SK AT 1, Vor § 1, N° 63.

- 1192 La imputación objetiva y, por lo tanto, el carácter típico de la conducta no pueden ser admitidos cuando el agente disminuye el riesgo<sup>193</sup>. No es imputable el resultado (lesión leve) a quien lo causó y, de esta manera, evitó que la víctima sufriera una lesión más grave o muriera por la piedra lanzada por el agresor. No se trata en este caso de una causa de justificación, porque el acto salvador no constituye un hecho relevante para el derecho penal debido a que, precisamente, el resultado no puede ser imputado a su autor. De esta manera, se evita aplicar sin más el dogma causal: el comportamiento salvador del agente es causa natural del resultado producido (menos grave, pero objetivamente conforme al tipo legal). Sin embargo, hay que tener en cuenta los casos en que el agente sustituye<sup>194</sup> el perjuicio que evita por otro diferente; por ejemplo, quien priva de libertad a una persona para evitar que sea secuestrada<sup>195</sup>. El autor causa un perjuicio, el mismo que debe serle imputado, pero su responsabilidad deberá ser, por último, determinada mediante la comprobación de si ha obrado ilícita y culpablemente.
- 1193 Tampoco procede la imputación objetiva cuando el resultado se produce, en definitiva, por la intervención culpable de la víctima del hecho o de un tercero que no es coautor ni cómplice. Según la concepción tradicional de la causalidad, estos supuestos constituían una cuestión referente a la posibilidad de prever o a la adecuación del curso causal. Si la intromisión de un tercero en el desarrollo causal era tan extraordinaria que no podía ser comprendida como conforme al curso normal de las cosas, el resultado no era imputado al autor por considerarse interrumpida la relación de causalidad. Sin embargo, no es correcto afirmar que hay una interrupción del proceso causal. En buena cuenta, sólo hay dos posibilidades: primero, la causalidad no es apropiada y entonces no se puede imputar el resultado al agente y, segundo, la intervención del tercero no suprime la causalidad y, en consecuencia, la cuestión de la responsabilidad penal no cambia en el fondo. En esos casos, debe recurrirse entonces al criterio de delimitación de los ámbitos de responsabilidad individual.
- 1194 De estas afirmaciones se desprende que se debe imputar al agente el resultado aun cuando éste se hubiera podido producir en otras circunstancias, sin su intervención. Por ejemplo, cuando una banda que prepara y organiza su actividad delictuosa -lo que supone la participación de varias personas-,

---

<sup>193</sup> STRATENWERTH, 2005, § 9 N 31; SAMSON, 1972, p. 86 ss., 101 ss.

<sup>194</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 28 IV 2; ROXIN, 2006a, § 11 N° 52.

<sup>195</sup> ROXIN, 2006a, § 11 N° 42 ss.

el hecho de sustituir a uno de los participantes por otro no excluye la posibilidad de que el resultado sea imputado también a la persona reemplazada. Así mismo, en el caso de una colisión en cadena en una carretera, el conductor chocado por detrás de su vehículo que golpea a su vez el vehículo que lo precede no puede excusarse alegando que este vehículo iba de todas maneras a ser chocado por el que seguía a su automóvil. A este efecto, por lo demás, carece de importancia que el resultado haya sido causado por un hecho natural (p. ej., un derrumbe). Además, conviene aplicar el mismo criterio a los casos de doble causalidad: el resultado es producido por la intervención de varios participantes, cada uno de los cuales realiza un acto propio para producirlo (cada uno de los asesinos causa lesiones mortales a la víctima).

Surgen dudas en particular cuando son varias las fuentes de peligro, puesto que resulta bastante problemático determinar cuál de ellas es el origen del resultado, hasta llegarse a plantear la cuestión sobre la posibilidad de que éste hubiera podido ser evitado mediante una acción conforme al derecho. El ejemplo típico es el del camionero que al sobrepasar a un ciclista no respeta la distancia reglamentaria, circunstancia en la cual el ciclista, en estado de ebriedad, realiza una falsa maniobra que da lugar a un accidente: la llanta trasera del camión lo aplasta. Este resultado se hubiera producido, muy probablemente, aun si el chofer hubiera respetado la distancia reglamentaria<sup>196</sup>. 1195

La doctrina dominante<sup>197</sup> sostiene que la causalidad sólo puede admitirse en casos de este tipo cuando existe la plena seguridad (o una alta probabilidad) de que el resultado hubiera sido evitado mediante la realización de la acción reglamentaria; dicho de otra manera, mediante la no realización de la acción prohibida. Se trata, por tanto, de constatar que el resultado no se habría producido si el agente no la hubiera ejecutado (en el ejemplo propuesto, si el camionero hubiera respetado la distancia reglamentaria). El principio *in dubio pro reo* entraría en consideración. La debilidad de este criterio, no obstante, radica en el hecho de que es imposible probar dicha hipótesis, porque el caso no podría ser reconstruido nunca en las mismas condiciones. Por esto parece más conveniente plantearse la cuestión de si se puede eliminar la duda existente respecto a la relación entre riesgo y 1196

<sup>196</sup> ROXIN, 2006a, § 11 N° 76; CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 15 N° 174.

<sup>197</sup> JAKOBS, 1991, 7/98 ss.; SCHRÖDER, en LK, § 16 N° 190; CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 15 N° 171.

resultado y, si esto no es factible, no conviene imputar la muerte al chófer porque es imposible establecer que el ciclista hubiera muerto en el accidente. Sin embargo, no se puede descartar del todo que dicha relación exista con respecto a la aumentación del riesgo<sup>198</sup>; basta que el agente esté vinculado con la situación de peligro para que se le pueda imputar el resultado, porque mediante su intervención, éste ha privado a la víctima del margen de probabilidad que aún tenía de sobrevivir.

- 1197 La razón de la imputación del resultado al chofer es que éste, en lugar de respetar el riesgo permitido, lo ha aumentado, y que el resultado es la concretización de la intensificación del riesgo (teoría del riesgo)<sup>199</sup>. Esta tesis es muy discutida, aunque haya sido aceptada por un buen número de autores<sup>200</sup>. También se afirma que, en todo caso, habría que invocar el principio *in dubio pro reo*. Roxin responde a estos reparos afirmando que lo decisivo es el hecho de que el agente haya aumentado realmente el riesgo de manera prohibida<sup>201</sup>.

#### ***e.6. Riesgo prohibido por la norma***

- 1198 Además, para admitir la relación entre el riesgo y el resultado, es indispensable que éste sea el mismo a causa del cual se ha prohibido la realización de la acción. Es decir, el peligro creado o aumentado debe contradecir la finalidad de protección específica de la norma violada. Es el caso del automovilista que conduce a velocidad excesiva y luego disminuye la velocidad al límite autorizado, ocasión en la que atropella y lesiona un peatón. El exceso de velocidad es causa del resultado en la medida en que condiciona el hecho de que el vehículo se encuentre en el lugar del accidente justo en el momento en el que el peatón cruza la calzada. Sin embargo, el accidente y las lesiones consecutivas no constituyen la materialización del riesgo que implica el exceso de velocidad<sup>202</sup>. Las reglas en las que se fijan los límites de velocidad no tienen por objeto asegurar la puntualidad en las citas o que las personas que se trasladan en vehículos pasen por un lugar a una hora determinada. Así mismo, en el ejemplo conocido de los dos ciclistas que

---

<sup>198</sup> STRATENWERTH, 2005, § 9 N 41; RUDOLPHI en SK, AT 1, Vor § 1, N° 65 ss.; ROXIN, 2006a, § 11 N° 76 ss.; SCHULTZ, 1982b, p. 128 ss.; TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 260; WALDER, 1977, p. 160.

<sup>199</sup> ROXIN, 2006a, § 11 N° 77 ss.

<sup>200</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 55 II 2 b aa; RUDOLPHI, en SK, AT 1, Vor § 1 N° 65 ss.; PUPPE, 1983, p. 287 ss.

<sup>201</sup> ROXIN, 2006a, § 11 N° 96.

<sup>202</sup> ROXIN, 2006a, § 11 N° 85 ss.; Cfr. BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 14 N° 88 ss.

circulan uno detrás del otro y sin luces, no se debe imputar al segundo las lesiones que provoca el primero a un peatón al que no ve por falta de iluminación. La regla que dispone que, en la oscuridad debe conducirse con los faros prendidos no tiene la finalidad de que se ilumine la ruta a los otros participantes en la circulación.

### **e.7. Delitos de peligro e imputación objetiva**

Estos criterios de imputación deben también tenerse en cuenta respecto a los delitos de peligro concreto<sup>203</sup>. Se trata de delitos materiales, ya que su consumación supone una modificación del mundo exterior física y temporalmente diferente de la misma acción. Dicha modificación, a diferencia de los delitos de lesión, no reside en un perjuicio material ocasionado al objeto del delito (persona, cosa, documento, feto, etc.) sino en la creación de una situación de la cual puede derivar la realización de un tal perjuicio. La creación de este riesgo constituye el resultado de la acción y debe ser imputado al agente para que se pueda considerar que el tipo legal ha sido concretado. 1199

Determinar si este peligro se ha dado no es una cuestión que haya que resolver de acuerdo con criterios materiales. Así, resulta impreciso y poco práctica la cuantificación del grado de probabilidad de que el daño se produzca. Por eso no se puede afirmar que el peligro concreto existe, en el ejemplo precitado, sosteniendo que en la situación dada había el 51 % de probabilidades de que la víctima muriera o sufriera lesiones graves. El criterio aplicable es más bien de orden normativo. El punto de partida es la constatación de que el peligro concreto supone que sólo por azar el perjuicio no se produce. En el contexto creado por la acción del agente, el peligro ya no puede ser impedido con certeza mediante un medio normal al alcance de la víctima o de un tercero. No se puede confiar en que se dé tal circunstancia salvadora, debido a que ella depende de la extraordinaria habilidad que posea la persona amenazada o de un encadenamiento de circunstancias incontrolables<sup>204</sup>. 1200

### **f. Apreciación global**

Cada una de las teorías sobre la causalidad y de las relativas a la imputación objetiva, a pesar de las pretensiones de sus sostenedores, sólo constituye un 1201

<sup>203</sup> Cfr. *infra* N° 022 ss.

<sup>204</sup> SCHÜNEMANN, 1975, p. 797; ROXIN, 2006a, § 11 N°160.

esfuerzo destinado a fijar los límites en los cuales es factible imputar objetivamente a una persona las consecuencias de su comportamiento. La teoría de la equivalencia de las condiciones escogiendo una de éstas (la acción del agente) como la penalmente relevante, en lugar de considerarlas todas como se hace en las ciencias naturales, ya constituye un criterio normativo. En derecho penal, se estima como suficiente, de acuerdo con la categoría de las acciones que se buscan prohibir y evitar, el nexo determinado según los criterios de las ciencias empíricas. La teoría de la causalidad adecuada siempre ha constituido de modo manifiesto un criterio normativo, por más de que haya sido presentada como una teoría relativa sólo a la causalidad. Por esto ha servido como punto de partida para la elaboración de la teoría de la imputación objetiva.

- 1202 Esta última teoría gana cada vez más adeptos; en especial, por sus notorias ventajas en el dominio de las infracciones culposas y de las de omisión impropia. Sin embargo, las dificultades subsisten debido a que los criterios desarrollados no son del todo precisos y, así mismo, en razón del desacuerdo existente sobre los elementos del delito como respecto a la misma imputación objetiva. Las diversas maneras de concebir tanto el derecho penal, en general, como el hecho punible, en particular, explican las divergencias doctrinales sobre los alcances de la imputación objetiva y el lugar que ocupa en la sistemática de la teoría del delito. Algunos la consideran como simple complemento de la teoría de la equivalencia de las condiciones y otros como una teoría explicativa de todos los elementos de la infracción. La posición intermedia que consiste en considerarla como un medio para determinar si el tipo legal ha sido realizado y que es obra del agente es, en el nivel actual de la reflexión, preferible a las demás. Por esto es inconveniente considerarla como criterio para apreciar el carácter ilícito del comportamiento ya calificado de típico<sup>205</sup>.
- 1203 De esta manera, mediante la imputación objetiva, se pone en evidencia el aspecto valorativo-normativo de la atribución de la acción y del resultado al agente como si fueran su obra personal, que era ocultado cuando se trataba de resolver el problema recurriendo sólo a las diversas teorías sobre la causalidad. Por el contrario, deberá tenerse en cuenta los objetivos de la represión, que son determinados, a su vez, por el conjunto de valores en que

---

<sup>205</sup> BUSTOS, en BUSTOS/LARRAURI, 1989, p. 36. Este autor afirma: “es en este plano en el que se consideran todas la valoraciones (o desvaloraciones que surgen de todo el ordenamiento jurídico, de todas la reglas jurídicas, y no sólo desde la norma prohibitiva o de mandato)”.

se basa el mismo derecho penal. La discusión sobre la causalidad no debe, pues, ocultar el debate esencial sobre los criterios axiológicos que orientan el uso del poder punitivo por parte del Estado.

La Corte Suprema de Justicia ha dictado diversas resoluciones en las que admite algunos criterios de la teoría de la imputación objetiva con la finalidad de excluir la responsabilidad por la pura causalidad. Así, por ejemplo, en la ES del 16 de setiembre de 2004, RN N° 2270-2004, La Libertad, se resolvió un caso de participación en el delito de enriquecimiento ilícito: un funcionario bancario facilitó el curso y destino de varias operaciones de traslado del dinero, producto de actividades delictivas cometidas por el Presidente de un Consejo Regional, a través de la recepción y visado de cheques, en el marco de la regulación bancaria. Los jueces afirmaron que: *“existe un ámbito de actuación del interviniente que es inocua y cotidiana, y que sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas, se convierte en un curso causal dañoso, lo que obliga a distinguir entre intervenciones propias y creación de una situación en la que otros realizan el tipo”*. De manera similar, se pronunciaron en la ES del 7 de marzo de 2000, RN N° 4166-99, Lima, y para lo cual recurrieron a los conceptos de rol social y de prohibición de regreso. Se trataba del caso de un taxista, cuyos servicios fueron solicitados por un desconocido, quien lo condujo hasta un inmueble en el que otros sujetos lo esperaban para trasladar cosas que habían robado. Sostuvieron los magistrados que el encausado *“se limitó a desempeñar el rol social de taxista, por lo que su comportamiento debe calificarse como inocuo, pese a que en algún momento del desarrollo de la acción tuvo conocimiento de la ilicitud de los hechos desplegados por sus contratantes”*. Así mismo, en la ES del 25 de noviembre de 2004, RN N° 552-2004 Lima, trataron un caso de tráfico ilícito de drogas, denominado caso del “camionero”, acudiendo a tres criterios de imputación objetiva: el riesgo permitido, el principio de confianza y la prohibición de regreso. Señalaron que: *“el acusado, dentro de su rol social de chofer, realizó un comportamiento que genera un riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad, y por tanto, no le es imputable el resultado al aceptar transportar la carga de paquetes de hojas de coca camuflados, al hacerlo en la confianza de que los demás realizaban una conducta lícita; y, en tanto él no era dueño del camión sino sólo el chofer asalariado, su deber de control sobre los demás se encuentra limitado”*. Por último, en la ES del 24 de noviembre de 2004, el RN N° 608-2004 Ucayali, nuevamente en un caso de tráfico ilícito de drogas, caso llamado de la “arrendadora”, sostuvieron que: *“la actuación de la propietaria de un inmueble, donde se arrendaban cuartos, no configuraba partici-*

*pación delictiva en la conducta de sus inquilinos que traficaban con drogas; incurriendo la arrendadora dentro de una conducta socialmente adecuada y dentro de un ámbito de confianza*<sup>206</sup>.

## V. Tipo legal subjetivo

### 1. Noción

- 1205 El aspecto subjetivo del tipo legal está constituido por las referencias al mundo interno del autor utilizadas para describir el acto incriminado. El dolo es su elemento principal y, con frecuencia, está acompañado de otros elementos subjetivos (móviles, ánimos, tendencias). Por tanto, constituye el núcleo del ilícito personal de la acción<sup>207</sup>.
- 1206 La aceptación del tipo legal subjetivo y del dolo como su aspecto central no depende de que se acepte la noción finalista de la acción. Ciertamente es que los partidarios de ésta perfeccionaron la nueva concepción del tipo legal desde el momento en que, en sus inicios, identificaron la finalidad de la acción con el dolo. En la actualidad, este criterio ha sido, en general, abandonado o rechazado, ya que el dolo no puede ser percibido sólo como el control del desarrollo causal orientado a la realización del tipo legal. Hay que considerar, además, que supone la comprensión del sentido normativo de todos sus elementos<sup>208</sup>.
- 1207 El carácter ilícito de los comportamientos no puede ser precisado describiendo sólo su aspecto externo. El dolo debe ser tratado, por lo tanto, como factor integrante del tipo legal<sup>209</sup>. Por ejemplo, el término apoderar (art. 185) implica una finalidad, por lo que la acción que designa sólo puede ser comprendida como un comportamiento doloso. El comportamiento del estafador es entendido como el obrar descrito en el art. 196, sólo si se considera el *animus* fraudulento con el que es realizado. Muchas veces, el mismo acto es descrito como una acción orientada a una meta determinada; por ejemplo, “el que mediante amenaza o violencia obliga a otro a hacer lo que la ley no manda, o

---

<sup>206</sup> Cfr., MENDOZA LLAMACPONCCA, 2007, p. 29 ss.

<sup>207</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 30 I 1; ROXIN, 2006a, § 10 N° 62, ss.; JAKOBS, 1991, 8/7 ss.; LENCKNER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, §§ 13 ss., N° 52.; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 247 ss.

<sup>208</sup> ROXIN, 2006a, § 10 N° 67.

<sup>209</sup> BAUMANN/WEBER/ MITCH, 2003, § 12 IV; SCHMIDHÄUSER, 1975, 8/26.

le impide hacer lo que ella no prohíbe...” (art. 151). Un caso notorio es el de la tentativa<sup>210</sup>. Este tipo legal ampliado sólo puede ser comprendido si se tiene en cuenta, desde el momento en que se determina la tipicidad, la voluntad con la cual el agente ha actuado. De lo contrario, resulta imposible saber, por ejemplo, si se trata de una tentativa de lesión grave (art. 121) o de homicidio (art. 106). Sin tener presente el designio del agente, no se puede saber si el hecho de disparar un arma de fuego contra una persona constituye, según el perjuicio que se cause o no, un homicidio frustrado, lesiones consumadas o sólo una exposición a peligro de muerte. La tentativa es siempre una actividad dirigida a consumir algo (la “ejecución de un delito”, art. 16), de donde se concluye que es insuficiente afirmar que la sola diferencia entre el delito consumado y la tentativa es la no realización del resultado<sup>211</sup>.

## 2. Dolo

Según el art. 11, los delitos y faltas son acciones u omisiones dolosas o cul- 1208  
posas penadas por la ley y, conforme al art. 12, las penas establecidas por la ley sólo se aplican al agente de infracción dolosa.

A diferencia del CP de 1924, el vigente no contiene una definición del dolo. 1209  
Si, en principio, esta técnica legislativa es conforme al criterio según el cual la ley no es el medio por el cual deben resolverse conflictos doctrinarios, esta omisión resulta, sin embargo, insatisfactoria porque la doctrina nacional es incipiente y la formación de los jueces, en general, insuficiente. Por esto quizás hubiera sido preferible establecer una norma que, en cierta medida, orientase a quienes administran la justicia. Este es el único fundamento del por qué se sigue manteniendo tal tipo de preceptos en códigos o proyectos de código recientes (p. ej., CP colombiano de 2000, art. 22: “La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”; El art. 12, inc. 2, CP suizo, versión 2007, dice que “obra intencionalmente quien comete un crimen o un delito con conciencia y voluntad. El autor actúa también intencionalmente cuando considera como posible la realización de la infracción y la acepta si se produciría”. Los redactores del Código vigente parecen haber tenido en cuenta la técnica del CP alemán, en el que sólo se establece la regla de

<sup>210</sup> Cfr *infra* N° 2079 ss.

<sup>211</sup> ROXIN, 2006a, § 10 N° 64.

la represión general de los delitos dolosos y excepcional de los culposos cuando la ley lo establezca de modo expreso (§ 15). Si bien esta manera de proceder se explica sobre todo teniendo en cuenta el nivel de la magistratura alemana, que no lo tiene la peruana, hubiera sido preferible seguir el modelo suizo como se hizo en el CP de 1924. Así, por razones prácticas, se hubieran recordado y reforzado los criterios establecidos en la jurisprudencia y en la doctrina.

- 1210 En el art. 81, pf. 2, CP de 1924, se estatuyó que la infracción era intencional cuando se cometía por acción u omisión consciente y voluntaria. El mismo legislador admitió el origen suizo de esta disposición en la exposición de motivos sin precisar, sin embargo, su fuente. Por esta circunstancia, resulta necesario recordar que el art. 18 del Proyecto de 1918 del CP suizo disponía: “*Celui-là commet intentionnellement un crime ou un délit, qui le commet avec conscience et volonté*” (“Comete intencionalmente un crimen o un delito quien lo haga con consciencia y voluntad”). Esta definición ya figuraba en los Anteproyectos suizos de 1908 y de 1916, aunque no en términos idénticos. El art. 19, inc. 2, del Anteproyecto de 1908 establecía: “*Celui-là commet un délit avec intention, qui agit le sachant et le voulant*”. Esta diferencia es debida a los esfuerzos desplegados para traducir correctamente en francés el texto alemán: “*Vorsätzlich verübt ein Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt*”. Al respecto, Gautier afirmó: “es de observar que el art. 19, pf. 2, está mal traducido. Es cierto que el texto francés no es fiel al texto alemán. Debería traducirse esta regla de la siguiente manera: “*Celui-là commet un délit avec intention, qui en réalise les éléments le sachant et le voulant*” (“Comete un delito con intención quien realiza los elementos sabiéndolo y queriéndolo”). En efecto, el autor obra con dolo cuando es consciente y quiere el acto (descrito en el tipo legal) y el resultado (*lato sensu*). En el CP suizo, modificado en 2007, se ha completado la definición del dolo, regulando expresamente el dolo eventual<sup>212</sup>.
- 1211 Fuera de todas estas dificultades, lo cierto es que el dolo era definido recurriendo a dos elementos que aún hoy son utilizados: la conciencia y la voluntad<sup>213</sup>. La doctrina los califica de elementos cognitivo y volitivo, respectivamente. En consecuencia, se considera que obra dolosamente quien lo hace con conciencia y voluntad. Según la manera y la intensidad en que

<sup>212</sup> TRECHSEL, 2008, vor Art. 12 N° 13 ss.

<sup>213</sup> Cfr. HAVA, 2003, p. 112 ss.; VILLA STEIN, 2008, p. 249 ss.; BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 20 N° 6 ss.; CASTILLO GONZÁLEZ, 2009, I, p. 520 ss.; Cfr. KINDHÄUSER, 2006, § 15, N° 10 ss.

concurran estos elementos<sup>214</sup>, se han admitido generalmente tres formas de dolo: directo, indirecto y eventual.

El hecho de que en el Código vigente no se defina más al dolo como constituido por la conciencia y la voluntad, no significa en absoluto que deba abandonarse esta concepción. Lo contrario se deduce más bien de las disposiciones del mismo Código. Así, por ejemplo, de las disposiciones sobre la tentativa. Cuando en el art. 16, se hace referencia a la ejecución del delito que el autor “decidió cometer” resulta evidente que se alude a la voluntad. 1212

En Alemania, ante la ausencia de una regulación legal expresa del dolo, se ha propuesto una nueva definición de éste basada sólo en el aspecto cognitivo del comportamiento con la finalidad de explicar el dolo eventual<sup>215</sup>. La importancia de la voluntad es negada o atenuada mediante diversos argumentos<sup>216</sup>. Por ejemplo, se ha recurrido a un criterio sistemático afirmando que el factor voluntad ha sido mal ubicado en el esquema de la teoría del delito y que esta deficiencia es el origen de los problemas relativos al dolo eventual. En esta perspectiva, la voluntad es comprendida de manera exclusiva como la posibilidad de la que dispone el autor al realizar el resultado de modo controlado. Así, se le considera como un elemento constitutivo de la acción<sup>217</sup>, el mismo que no influye en la imputación a título de dolo. Sin embargo, no hay unanimidad al determinar los requisitos concretos que debe reunir ese elemento cognitivo para cumplir la función de delimitador en relación con la imprudencia. 1213

Pero de todas maneras, con buen criterio se ha señalado, por un lado, que esto sería admisible en la medida en que se considerara que, al no regular más expresamente el dolo, el legislador ha guardado un silencio calificado y, por otro, que esto es inadmisiblesi se considera la tradición legislativa y los antecedentes doctrinales<sup>218</sup>. 1214

En la perspectiva de las tesis funcionalistas alemanas, se llega a negar la voluntad como elemento del dolo y a sostener que éste debe ser concebido 1215

<sup>214</sup> ROXIN, 2006a, § 12, N° 2 y 4.

<sup>215</sup> SCHMIDHÄUSER, 1980, p. 242.

<sup>216</sup> KINDHÄUSER, 1984, p. 23; HERZBERG, 1986, p. 249 ss.; JAKOBS, 1995, 8/1 ss.

<sup>217</sup> HERZBERG, 1988, p. 576 ss.; DÍAZ PITA, 1994, p. 26 ss.

<sup>218</sup> PEÑA CABRERA, 1995, p. 330 ss.; VILLA STEIN, 2008, p. 249 ss.; en España, BUSTOS/HORMAZABAL, 1997, p. 63 ss.; Luzón Peña, 1996, p. 426 ss.; MIR PUIG, 1998, p. 249 ss.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARAN, 2000, p. 308 ss.; QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 330 ss.; En Alemania, KÜHL, 2000, § 2 N° 10; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 29 III 3 d.

como el conocimiento suficiente que tiene el agente del surgimiento del riesgo de su comportamiento. Este conocimiento se deduce del deber que se tiene de no ejecutar o de no abstenerse de seguir cometiendo la acción peligrosa. El contexto de estas afirmaciones es que el derecho penal busca, sobre todo actualmente, impedir la creación de riesgos prohibidos en razón a la configuración de la sociedad moderna.

### 3. Elementos subjetivos

- 1216 La referencia, explícita o implícita, a algunos aspectos del mundo interno del agente (p. ej., motivos, propósitos o tendencias) en los tipos legales fue considerada como una excepción a la regla según la cual el carácter ilícito de la acción incriminada debía ser establecido objetivamente. La aceptación del esquema del delito elaborado por los finalistas ha conducido a considerar al dolo y a los demás elementos subjetivos referentes a la acción como circunstancias indispensables para determinar si ésta es conforme al tipo legal y, por consiguiente, si es ilícita.
- 1217 Según la perspectiva que se adopte, se designan a tales aspectos subjetivos de la acción, que acompañan al dolo, con las expresiones: “elementos subjetivos del tipo” o “elementos subjetivos del injusto”. Ambas fórmulas expresan la misma idea<sup>219</sup>, ya que el carácter ilícito del comportamiento se determina tanto por su conformidad al tipo como por la ausencia de causas de justificación. Así pues, mediante las peculiaridades de la voluntad delictiva, se precisa mejor la índole ilícita de la acción<sup>220</sup>.
- 1218 El elemento subjetivo concierne lo ilícito cuando sirve para caracterizar el tipo legal precisando sus relaciones con el bien jurídico protegido o determinando mejor la acción, el objeto del delito, el *animus* del agente. El propósito “obtener provecho” (art. 185), el hecho de matar para facilitar u ocultar otro delito (art. 108, inc. 2), emplear la violencia contra un funcionario para impedir o trabar un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones (art. 366), todos ellos son elementos subjetivos que caracterizan al tipo legal respectivo y fundamentan, en consecuencia, el carácter ilícito del acto. Estos elementos son denominados en doctrina como elementos de tendencia interna trascendente.

---

<sup>219</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 30 I.

<sup>220</sup> ES del 19 de enero de 2010, Exp. N° 001808-2009, referente a los elementos subjetivos que caracterizan el dolo en el delito de tortura (art. 321), en [http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult\\_2.jsp](http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp).

Por el contrario, cuando el elemento subjetivo se refiere a motivos, sentimientos o convicciones considerados de manera independiente, hay que afirmar que se trata de factores que condicionan la culpabilidad<sup>221</sup>. Es el caso del motivo de lucro mencionado en la descripción del asesinato (art. 108, inc. 2), de los fines publicitarios indicados en relación con el secuestro (art. 152, inc. 6), del hecho de saber que el producto que se comercializa origina peligro de muerte (art. 288, inc. 2). Estos elementos no fundamentan ni aumentan el carácter ilícito del acto incriminado; por el contrario, su efecto es el de intensificar la culpabilidad, por lo que se justifica reprimir con más severidad al autor. En doctrina, se designan éstos como “elementos subjetivos de tendencia interna intensificada”.

Esta distinción es difícil de apreciar; no obstante, su importancia es práctica y no sólo de naturaleza teórica<sup>222</sup>. En caso de participación, las particularidades personales que afectan la responsabilidad (culpabilidad) de uno de los participantes no modifican la de los demás. Ahora bien, estas circunstancias individuales son elementos subjetivos referidos por supuesto a la culpabilidad. Por lo tanto, quien, sin afán de obtener un provecho ilícito, instiga a una persona a cometer un hurto será reprimido de acuerdo con el art. 185. Por el contrario, al cómplice de quien trafica ilegalmente fármacos, drogas o estupefacientes, sin saber que el autor entrega dichos productos a menores, no se le puede agravar la pena (art. 297, inc. 5).

En la doctrina penal, se discute sobre los criterios que permiten determinar cuáles son los elementos subjetivos del tipo legal que se orientan hacia la culpabilidad o hacia la antijuricidad del acto<sup>223</sup>. Las dificultades resultan insuperables cuando se pretende encontrar un criterio único e inequívoco para clasificar, de una vez por todas, ciertos factores en uno solo de los dos grupos. La respuesta debe buscarse analizando cada uno de los tipos legales en el cual figura un elemento subjetivo. Así, todo depende de cómo se interpreten las circunstancias subjetivas referentes al asesinato (art. 108) para determinar de que clase de elemento subjetivo se trata. Por ejemplo, la ferocidad (art. 108), definida como la ausencia de móvil, está en relación con la culpabilidad. Sin embargo, la situación no es del todo clara respecto a la crueldad y a la alevosía: ambas están vinculadas tanto al tipo legal

<sup>221</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 30 I 3; ROXIN, 2006a, § 10 N° 7. Se considera elemento subjetivo el *animus difamandi* en la ES 17 de setiembre de 1993, Exp. N° 2098-92 Piura, en ROJAS, 1999, p. 116.

<sup>222</sup> ROXIN, 2006a, § 10 N° 77.

<sup>223</sup> ROXIN, 2006a, § 10 N° 71.

(la manera como es ejecutada la muerte caracteriza de modo especial el acto incriminado) como a la culpabilidad. Lo decisivo es la manera cómo es comprendido el tipo legal correspondiente, ya que la misma referencia subjetiva puede servir para uno u otro fin.

#### **4. Conciencia**

- 1222 Al hablarse de conciencia, se hace referencia al hecho de que el autor debe ser consciente de ejecutar el acto y debe conocer los demás elementos del aspecto objetivo del tipo legal (p. ej., la calidad de la víctima, la naturaleza del objeto sobre el que se ejecuta la acción o de los medios a emplear, las circunstancias del comportamiento). Se trata tanto de los elementos descriptivos del tipo legal que son aprehendidos sin mayor dificultad por estar referidos al mundo externo, como de los elementos normativos respecto a los cuales es necesario realizar una apreciación de valor (cosa mueble ajena, documento público, funcionario público).
- 1223 Sin embargo, incluso los denominados elementos descriptivos contienen un aspecto normativo por el simple hecho de haber sido incorporados en la ley. Así, por ejemplo, para concretar la noción de persona como víctima del delito de homicidio es necesario determinar el momento en que se inicia la protección (“durante el parto”) y en que se termina (“muerte clínica”); de la misma forma, la noción de bien en los delitos contra el patrimonio.
- 1224 Por otra parte, si en los delitos de pura actividad la conciencia del agente se limita al desarrollo de la misma actividad delictuosa, en los delitos materiales, por el contrario, es indispensable que se represente tanto el resultado típico, como las condiciones materiales relevantes a la relación de causalidad e imputación objetiva.
- 1225 Finalmente, en los casos en que el legislador ha establecido una circunstancia objetiva como agravante o atenuante de la represión, el agente debe ser consciente de ésta para que pueda serle imputada a título de dolo. No es necesario, por el contrario, que el agente sepa que es un sujeto imputable o conozca el grado de realización de su acto, las condiciones objetivas de punibilidad (art. 125) o el carácter punible de su acción.
- 1226 Si se tiene en cuenta que el derecho penal, sobre todo en su núcleo esencial, refuerza prohibiciones o mandatos preceptivos anclados en las reglas sociales básicas, es suficiente que el delincuente sea consciente de la valoración social del hecho y no de la jurídica. Basta, “la valoración paralela en

la esfera del profano” (*Parallelwertung der Laiensphäre*). La estimación que haga el agente (de acuerdo con sus condiciones individuales y situación social) debe ser equivalente (ir en el mismo sentido) a su significación social (tomada en cuenta por el legislador)<sup>224</sup>. Así, en caso de hurto, el agente tiene conciencia del carácter ajeno del bien del cual se apodera en la medida en que sabe que no le pertenece; el falsificador de moneda, que las piezas que fabrica corresponden a moneda de curso legal; el que distribuye una publicación obscena, que ésta contiene referencias groseras y excesivas al sexo; en el delito de omisión de asistencia familiar (art. 149), el entendimiento de las circunstancias materiales de las que se deriva la obligación de prestar alimentos. Se trata, en definitiva, del conocimiento de las circunstancias que fundamentan la apreciación de valor negativa que recae sobre el hecho ilícito.

La conciencia de los hechos debe darse en el momento en que son ejecutados por el autor. En consecuencia, no basta, por ejemplo, que el agente sepa que un hecho o una sustancia son idóneos para provocar un resultado determinado (la muerte de una persona) y que haya tenido la posibilidad de recordarlo en el momento de decidirse y de ejecutar la acción: es necesario que dicho conocimiento aflore en su conciencia y que lo tenga presente en el momento de actuar. 1227

En doctrina<sup>225</sup>, se admite en gran medida que sería demasiado exigir que el agente sea siempre conciente de todas las circunstancias en las que actúa. 1228 Por eso, se reconoce la existencia de una zona intermedia entre, por un lado, la conciencia plena y actual y, por otro, la inconsciencia. Para denominarla, se utiliza el término co-conciencia (*Mitbewusstsein*)<sup>226</sup>. En ésta, se consideran comprendidos dos tipos de circunstancias: de un lado, quiénes somos (fulano o zutano), qué somos (padre, abogado, funcionario, autoridad), todo lo que nos ocupa en el momento de obrar; es decir, lo que consideramos sin reflexionar. Además, aquellas que, según nuestra experiencia y las circunstancias del caso concreto, están vinculadas con objetos perceptibles (un arma de fuego o una granada son apropiadas para matar). Por ejemplo, en el caso de quien, teniendo conocimiento de la minoría de edad de su sobrina, tiene relaciones sexuales con ella, no es necesario que tenga presente esta situación de manera actual y constante. Su conciencia de este hecho es concomitante a su conocimiento de la persona de la víctima.

<sup>224</sup> Cfr. VILLA STEIN, 2008, p. 249.

<sup>225</sup> Contra la aplicación de la noción de co-conciencia respecto al dolo, FRISCH, 1989b, p. 346 ss.

<sup>226</sup> BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 20 N° 10.

- 1229 Que la conciencia de las circunstancias sea actual no significa que éstas deban constituir una realidad presente. Basta que el agente las considere con seriedad como probables. El transportador de sustancias explosivas que se representa, en razón a las medidas que ha adoptado, como altamente improbable la producción de una explosión, no actúa con la conciencia que requiere el dolo. En relación con el Sida, se considera que la posibilidad de que se transmita con ocasión de un solo contacto sexual sin protección, es de menos del uno por ciento, por lo que resulta muy problemático admitir el dolo, salvo cuando el agente ha aumentado de manera importante el riesgo o ha orientado su comportamiento a lograr la transmisión del virus.
- 1230 Basta que el agente tenga conciencia de la probable realización de los elementos del tipo objetivo, comprendido el resultado. Como entre éste y la acción debe darse una conexión que permita imputar al agente este último como si fuera obra suya, es indispensable que tenga conciencia del desarrollo probable de los hechos que se originan en su decisión de actuar.
- 1231 La determinación de si el agente tuvo este conocimiento está condicionada por el hecho de que, dadas las innumerables causas que influyen en la producción de un suceso futuro, resulta desmesurado exigir que se prevea en detalle y con seguridad su realización. El resultado será, pues, considerado doloso cuando, según una apreciación objetiva, corresponda al previsto por el “plan” del delincuente<sup>227</sup>. Dicho de otra manera, cuando tenga conciencia de sus aspectos fundamentales de modo que se pueda afirmar que conserva bajo su control los acontecimientos. Por supuesto, no es el caso cuando se producen modificaciones importantes en la evolución de los hechos. Dichas modificaciones crean riesgos que no son propios al comportamiento previsto por el agente. En qué medida estos riesgos deben ser imputados al autor es una cuestión que exige tener en cuenta los criterios de la imputación objetiva<sup>228</sup>.
- 1232 Como la consciencia concierne la creación de una situación peligrosa, hay que considerar que subsiste respecto al resultado que sobreviene horas después de realizada la acción. También cuando el agente no tiene la certeza sobre cuál de sus acciones la ha producido realmente (p. ej., creyendo a la víctima muerta, la decapita). Por el contrario, cuando la víctima, gravemente lesionada por el homicida, es trasladada y muere debido al accidente causado por el chofer de la ambulancia del hospital, este resultado no pue-

---

<sup>227</sup> ROXIN, 2006a, § 12 N° 6.

<sup>228</sup> Cfr. *supra* N° 1161 ss.

de ser imputado al sujeto activo y, por lo tanto, no puede considerarse que ha consumado el tipo legal; pero subsistiendo el dolo, se le reprimirá por tentativa.

## 5. Voluntad

El autor debe decidirse a ejecutar el acto descrito por el verbo típico y a 1233 realizar todos los elementos o circunstancias que lo caracterizan, de acuerdo con el tipo legal objetivo. Es decir, su voluntad debe referirse de manera global a la realización del tipo legal<sup>229</sup>. No basta en consecuencia que el autor haya tenido simples deseos o esperanzas respecto a la materialización de éste<sup>230</sup>. Las dificultades estriban en la determinación de los criterios necesarios para saber en qué consiste dicha voluntad. Con facilidad se admite que ésta existe cuando la realización de la acción y de las circunstancias previstas en el tipo legal objetivo concuerda con el fin que se ha propuesto el agente. Problemático es, por el contrario, precisar cuándo debe considerarse como querido el resultado o un elemento del tipo objetivo que el autor sólo se ha representado como de probable realización.

La determinación de lo que se entiende por voluntad se ha efectuado en 1234 doctrina mediante la descripción de los denominados tipos o clases de dolo. Sin embargo, la terminología utilizada no es uniforme ni tampoco siempre adecuada. Por esto tendremos en cuenta la clasificación tradicional en tres tipos: directo de primer grado, directo de segundo grado (indirecto) y eventual, sin dejar de considerar, por un lado, otros criterios y, por otro, que lo esencial es tratar de precisar el fondo de la cuestión.

### a. Dolo directo de primer grado

Casi con unanimidad se define este dolo como la aspiración o pretensión 1235 orientada a alcanzar una meta determinada: la realización del tipo legal o el resultado<sup>231</sup>. El agente “persigue”, al decidirse a actuar, alcanzar este fin. No es necesario, sin embargo, que éste constituya el objetivo final de su comportamiento. Así, la realización del tipo legal, querida y buscada, constituye el fin penalmente significativo, aun cuando sea sólo una etapa intermedia en el comportamiento del agente. Tampoco es indispensable que dicha meta constituya el motivo por el cual el agente actúa. Éste puede

<sup>229</sup> ES del 21 de octubre de 1997, RN N° 3817-97 Huánuco, en ROJAS, 1999, p. 114.

<sup>230</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 29 III 2; BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 20 N° 19 ss.

<sup>231</sup> ROXIN, 2006a, § 12 N° 7; BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 20 N° 40 ss.

obrar, por ejemplo, por venganza o lucro. Por último, también es indiferente que la realización del tipo legal o del resultado sea incierta: lo decisivo es que el agente, creando o aumentando el riesgo de perjudicar un bien jurídico protegido, decida cometer un acto con el objeto de realizar el tipo legal o el resultado previsto. El ejemplo típico es el de quien, para matar a una persona, dispara contra ella desde una distancia que no permite asegurar la producción del resultado. Lo decisivo es que su comportamiento comprenda la decisión de materializar el tipo legal.

- 1236 Se habla de delitos de propósito (*Absichtsdelikte*), cuando el tipo legal prevé como elemento subjetivo una finalidad especial. La manera inapropiada como la ley se refiere a ésta plantea el problema de saber si se hace referencia a una forma especial del dolo o si sólo se alude a un motivo que debe impulsar al agente. Determinar lo que el legislador ha considerado es una cuestión de interpretación de cada tipo legal. Si no se trata del dolo como tal, estamos ante un caso particular de elemento subjetivo del tipo que no debe ser confundido con éste (p. ej., la finalidad del enriquecimiento ilícito en la estafa). Por lo tanto, resulta inconveniente considerar la intención marcada por un propósito determinado como una forma especial de dolo diferente al dolo directo (primer grado).
- 1237 Un caso particular con respecto a que basta la voluntad dirigida a la realización de un resultado incierto es el de los delitos cuyo tipo legal prevé, como elemento subjetivo, que el agente actúe “a sabiendas...”. En estos casos, existe una diferencia entre el dolo directo y el dolo eventual a nivel del elemento cognitivo. Este conocimiento especial caracteriza de tal manera el dolo que excluye así el dolo eventual. Por ejemplo, quien propaga una enfermedad peligrosa o contagiosa actúa dolosamente sólo cuando lo hace “a sabiendas” (art. 288), es decir teniendo un conocimiento cierto de que propaga una de esas enfermedades; por lo tanto, el dolo eventual no basta.

**b. Dolo directo de segundo grado**

- 1238 En este caso, el autor sabe que la realización del tipo legal, de una circunstancia del hecho o del resultado es una consecuencia o una fase intermedia muy vinculada con la acción que ha decidido realizar<sup>232</sup>. No basta que se represente el resultado como posible; lo considera, por el contrario, como etapa intermedia o presupuesto vinculado de manera segura con el

---

<sup>232</sup> ROXIN, v, § 12 N° 18 ss.; BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 20 N° 46 ss.

fin que persigue, pese a que no tenga por segura su producción. Aunque no lo desee o prefiera evitarlo, sin embargo está decidido a realizar el hecho previsto.

Se cita como ejemplo el caso de quien busca matar a una persona prendiendo fuego a su casa y considera que la muerte de otras está de modo indefectible vinculada a la realización de su objetivo, pero espera que no se encuentren allí en el momento de provocar el incendio. Otro ejemplo: cuando el agente, con el fin de cobrar un seguro de vida establecido en relación con la víctima, le causa la muerte provocando el naufragio del barco donde ésta se encuentra y a sabiendas de que otras personas perecerán de todas maneras. Este caso implica que el agente considere como inevitablemente vinculada la muerte de éstas con la producción del resultado que tiene por seguro (muerte de persona asegurada). Sin embargo, tampoco es indispensable que estime como ineluctable la producción de este primer resultado si se representa como seguras las consecuencias conexas. Aquí, el agente se figura sólo como probable el resultado querido (p. ej., cuando el delincuente que ha programado el mecanismo incendiario tiene por probable que éste sea desactivado), pero se representa como necesarios los efectos de su realización (muerte de terceros). Por esto, se habla de resultado doloso incierto con efectos necesarios (*beabsichtigter unsicherer Erfolg mit sicheren Nebenerfolgen*). Así mismo, poco importa que el agente afirme que hubiera preferido evitar la muerte de las otras víctimas. 1239

La poca trascendencia de la diferencia entre dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado explica que muchos autores la rechacen y estimen que se trata de una sola clase de dolo<sup>233</sup>. En ambos, uno de los aspectos del dolo no se presenta de manera completa, pero esta carencia es compensada cabalmente<sup>234</sup>. Así, en el dolo directo de primer grado, la decisión clara de alcanzar el resultado equilibra la conciencia de la probable realización del resultado. En el dolo directo de segundo grado, la representación de que el resultado, no querido de modo inmediato, está vinculado de modo necesario al primero es el elemento que compensa la decisión no dirigida directamente a producirlo. Si alguna importancia puede tener esta distinción es, en particular, a nivel de la individualización de la sanción penal. 1240

<sup>233</sup> CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en SCHÖNCKE/SCHRÖDER, 2001, § 15, N° 69.

<sup>234</sup> KÜHL, 2000, § 2 N° 43.

**c. Dolo eventual**

**c.1. Introducción**

1241 La doctrina propone diversas maneras para precisar en qué consiste el dolo eventual. Las dificultades existen tanto por la complejidad de la situación, sobre todo cuando se trata de distinguirlo de la culpa consciente, como por la imprecisa y heterogénea terminología utilizada. De acuerdo con la importancia que dan a uno de los dos aspectos del dolo, las diferentes sugerencias pueden ser agrupadas, por un lado, en teorías cognitivas y, por otro lado, en teorías volitivas. Además, no hay que olvidar que también se proponen criterios mixtos. De modo que resulta casi imposible y poco práctico, en una exposición como la presente, presentar cada una de las opiniones. Por último, hay que considerar también, por un lado, que los criterios volitivos implican siempre la representación del resultado, pues no se puede querer algo de lo que no se tiene conciencia y, por otro, que los criterios cognitivos planteados encubren u ocultan un factor volitivo<sup>235</sup>. Por ende, no deben sobrestimarse las distinciones propuestas.

**c.2. Prioridad al elemento intelectual**

1242 Según la teoría de la posibilidad (*Möglichkeitstheorie*)<sup>236</sup>, se considera como determinante el hecho que el autor se hubiera representado como posible la realización del resultado y no se haya abstenido de actuar, sin importar su actitud respecto al mismo (aprobación, indiferencia). Una variante de esta teoría exige, en lugar de la simple posibilidad de que el resultado se produzca, que el autor lo prevea como factible, próximo y no sólo como posible (teoría de la probabilidad, *Wahrscheinlichkeitstheorie*)<sup>237</sup>. En la medida en que la realización del resultado es percibida por el autor como inminente (muy probable), se le imputará, evidentemente, a título de dolo directo.

1243 En esta perspectiva, en los últimos años, se ha buscado, sin considerar el grado de probabilidad, reforzar el aspecto cognitivo afirmando que existe dolo cuando el agente crea un peligro de tal importancia que racionalmente una persona cuerda debe pensar que el perjuicio debe producirse o, al menos, que puede consumarse<sup>238</sup>. Así mismo, se ha propuesto precisar la teoría

---

<sup>235</sup> KÜHL, 2000, § 2 N° 51; Cfr. BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 20 N° 48 ss.

<sup>236</sup> GARCÍA CAVERO, 2008, p. 95 ss.; SCHMIDHÄUSER, 1975 10/89 ss.; SCHRÖDER, 1969, p. 207 ss.

<sup>237</sup> MAYER, 1967, p. 121; ROSS, 1979, p. 114.

<sup>238</sup> PUPPE, 1991, p. 41 ss.

de la probabilidad recurriendo al criterio de que el agente, en el momento de la acción, no haya considerado el resultado como consecuencia improbable de su comportamiento<sup>239</sup>. De manera más radical, se ha planteado<sup>240</sup>, partiendo de la idea de que toda acción delictuosa implica una situación de peligro, que el objeto del dolo sólo es la conducta típica (art. 121, conducta con riesgo no permitido de lesionar). De modo que no es decisivo tener en cuenta el factor volitivo, puesto que la represión a título dolo sería justificada por el conocimiento del riesgo que tenga el agente.

Estos últimos planteamientos, sin embargo, no se limitan a definir al dolo sólo considerando el aspecto cognitivo, ya que la referencia a la conciencia de la probabilidad (tomar en serio el peligro) es considerada para determinar cuándo ésta implica que el agente ha tomado una decisión (tomar en serio el resultado probable y actuar en consecuencia<sup>241</sup>). En realidad, así, el criterio favorable al elemento cognitivo es enriquecido con un elemento referido a la voluntad aún de manera atenuada, lo que significa, en buena cuenta, volver a introducir el elemento volitivo de manera velada<sup>242</sup>. 1244

De esta manera, se relega la voluntad, que sin embargo es esencial en el dolo. Por más sugestivo y moderno que se le estime, no resulta convincente afirmar que debe admitirse que obra con dolo quien es conciente de lo que hace, conociendo el peligro concreto que genera su comportamiento<sup>243</sup>. Esta propuesta de interpretación tampoco es compatible con los criterios normativos que inspiran el Código e implica tener que reducir la acción humana a sólo sus componentes intelectuales. 1245

Por último, no está demás señalar que, en la medida en que se trata de reconocer al criterio de la probabilidad el papel fundamental para definir el dolo, no se tiene en cuenta, de un modo suficiente, la enorme dificultad que hay para definir este factor y, en particular, que es imposible distinguir posibilidad de probabilidad sin caer en la arbitrariedad; puesto que no hay criterio preciso y objetivo para determinar en qué momento un suceso posible deviene, primero, probable y, luego, en altamente probable. También, se olvida que la conciencia, en el dolo, es un conocimiento o un saber ca- 1246

<sup>239</sup> JAKOBS, 1991, 8/23 ss.

<sup>240</sup> FRISCH, 1983, p. 97; ZIELINSKI, 1990, §§ 15/16 N° 18.

<sup>241</sup> RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 16, N° 41.

<sup>242</sup> HABA, 2003, p. 122.

<sup>243</sup> FRISCH, 1983, p. 97; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 394 ss.; BACIGALUPO, 1997, p. 228. Cfr. SILVA SÁNCHEZ, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 623 ss.

lificado, lo que es fuente de confusión. Así, en el dolo directo el agente puede también representarse el resultado como sólo probable, pero esto no basta para admitir que existe. En la culpa consciente, el agente también se representa el resultado como posible, pero no puede ser considerada, en contra de lo que afirman las teorías cognitivas extremas, como dolo, pues, el autor carece de voluntad de realizarlo (p. ej., intervención quirúrgica de alto riesgo). Del simple hecho de que el agente se represente el resultado, por ejemplo, como seguro, no puede deducirse sin más que ha decidido consumarlo<sup>244</sup>.

### ***c.3. Prioridad al elemento voluntad***

- 1247 Los criterios que prefieren otorgar la prioridad al elemento volitivo han sido expresados de diversas maneras. El elemento común que los vincula es la actitud del agente respecto al resultado que se representa como posible. Esta actitud ha sido descrita, a veces, como el hecho de que el agente apruebe o consienta el resultado que se imagina como probable (teoría de la aprobación o del consentimiento). En su foro interno, debe considerar la producción del resultado como bienvenida, circunstancia que conlleva una apreciación negativa de la actitud del sujeto activo. En otras ocasiones, se ha considerado suficiente que haya mostrado desinterés respecto al perjuicio probable de su comportamiento (teoría de la indiferencia)<sup>245</sup>, es decir, que lo hubiera aceptado con relativo desdén o lo tenga como consecuencia positiva. La indolencia del agente frente a la probabilidad de causar un perjuicio a terceros pone en evidencia, al menos, que se ha resignado a producirlo. Así, el dolo eventual estaría excluido en la hipótesis de que el agente tuviera al resultado como indeseable o esperara que no se produjera. También, se ha propuesto un planteamiento negativo para determinar su voluntad. Con este objeto se niega el dolo eventual cuando la voluntad que controla el desarrollo del hecho está dirigida a evitar que el resultado se produzca<sup>246</sup>. Ambas teorías no logran explicar todos los casos problemáticos, pero pueden ser consideradas como criterios útiles para admitir o rechazar el dolo eventual.
- 1248 La insuficiencia de estas teorías se debe a que, mediante los criterios propuestos, atribuyen una importancia indebida a los deseos con que actúa el agente, cuando en realidad lo decisivo es saber a favor y en contra de qué se

---

<sup>244</sup> ROXIN, 2006a §12 N° 4.

<sup>245</sup> ENGISCH, 1930, p. 95 ss.

<sup>246</sup> ARTHUR KAUFMANN, 1983, p. 59; HASSEMER, 1989, p. 289 ss.; Cfr. STRATENWERTH, 1959, p. 61.

ha decidido<sup>247</sup>. El hecho de que el autor desee que no se produzca el resultado que se ha representado como probable, no es óbice para que el mismo le sea imputado a título de dolo, cuando decide correr el riesgo que se realice con ocasión de ejecutar la acción con la que pretende alcanzar otro objetivo anhelado. El resultado probable es asumido como un mal menor para realizar la meta querida. Es el caso de quien apuesta que, mediante un disparo de revólver, es capaz de dar en la copa que sostiene una persona en la mano y sin lesionarla. Para ganar la apuesta, él asume este último resultado que no quiere que se origine porque de lo contrario la perdería. La posibilidad de imputarle a título de dolo la lesión que causa al fracasar en su intento se basa, precisamente, en su decisión de aceptar este resultado probable como un mal menor. Los sentimientos de aprobación o indiferencia respecto al resultado constituyen, pues, sólo simples indicios de que el delincuente ha actuado con dolo.

#### **c.4. Doctrina mayoritaria**

Según el criterio predominante no debe tenerse en cuenta los sentimientos 1249 de aprobación o de indiferencia del agente con relación al resultado. Se considera suficiente que, respecto a su probable realización, el agente se haya conformado con que se produzca. En una situación concreta, el agente decide actuar y, entonces, se representa como probable la realización del supuesto de hecho típico. A pesar de tomar en serio esta eventualidad, en lugar de abstenerse como lo espera el ordenamiento jurídico, “ejecuta el acto”, de modo que por su manera de actuar se conforma, se resigna, hace suyo el resultado probable<sup>248</sup>.

El punto de partida es que, aún en este caso, el agente ha decidido actuar 1250 con el objeto de realizar un plan (*Planverwirklichung*). Quien obra de esta manera y es consciente de la posibilidad de cometer un delito, debe hacer lo necesario para descartar dicha eventualidad. Si no lo hace, se puede afirmar que ha contado o calculado con su materialización. Por esto es incorrecto hablar de “dolo condicionado” (*bedingter Vorsatz*): el dolo como voluntad de actuar conforme a un plan no puede ser “condicionado” si el agente está dispuesto, cueste lo que cueste, a llevar a cabo su comportamiento<sup>249</sup>. La

<sup>247</sup> ROXIN, 2006a, § 12 N° 40.

<sup>248</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 29 III 3 a; RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 16 N° 43; KÜHL, 2000, § 5 N° 85 ss.; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 255.

<sup>249</sup> ROXIN, 2006a, § 12 N° 24.

conciencia que tiene de la posible realización de un perjuicio a terceros no basta para disuadirlo de actuar, de modo que comprende esta eventualidad en sus cálculos al decidirse a llevar enteramente a cabo su conducta. Se conforma así con el resultado.

- 1251 En la doctrina, se usan diversas expresiones para resumir este conjunto de criterios. Así, por ejemplo, se dice que el agente debe “acomodarse” (*sich abfinden*), consentir (*billigen*) o aceptar (*in Kauf nehmen*). Estos esfuerzos son vanos en la medida en que tratan de describir un factor psíquico, cuando de lo que se trata, en realidad, es de precisar el criterio normativo conveniente para imputar al autor que ha actuado con dolo eventual.

### **c.5. Diferencias con culpa consciente**

- 1252 Resulta difícil distinguir el dolo eventual de la culpa consciente<sup>250</sup>. En ambos la realización del tipo legal (en particular del resultado) es percibida por el agente como probable. Sin embargo, según las circunstancias del caso concreto no se puede sostener que formaba parte del plan conforme al cual obraba el sujeto activo. Éste confiaba a la ligera en que el resultado previsto -pero no calculado en su plan de actuación- no se produciría.
- 1253 Formular el criterio que permita distinguir ambos casos es bastante problemático. No se trata, claro está, de fijar un cartabón de orden psicológico, sino más bien de precisar un criterio normativo. Con estas limitaciones, se puede sostener que actúa con dolo eventual quien, considerando seriamente la posibilidad de que se efectúe un tipo legal o uno de sus elementos, decide ejecutar su comportamiento y, de esta manera, se conforma con su realización o la acepta.
- 1254 Para saber si el agente incluye en su plan de acción el resultado previsto como probable hay que recurrir a los diferentes criterios propuestos mediante las diversas teorías: aprobación, aceptación, indiferencia, confianza con relación al resultado, asumir, hacer suya, tomar en serio, su producción. Por el contrario, en caso de culpa consciente, el agente no ha calculado la realización del tipo legal o del resultado como formando parte de su plan de acción y, además, el mismo confía imprudentemente en que evitará lo que se había representado como posible (muerte en el caso de homicidio

---

<sup>250</sup> BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 20 N° 48 ss.; BACIGALUPO, Art. 12, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 87

o minoría de edad de la víctima en el caso de violación de un menor de 14 años)<sup>251</sup> o tiene la esperanza de que no suceda y no deja que los sucesos sigan simplemente su curso.

### **c.6. Hipótesis posibles**

Como en relación con el dolo directo, pueden presentarse, por lo menos, 1255 tres situaciones de hecho con respecto al dolo eventual. La primera consiste en un conflicto entre dos resultados posibles: el agente decide producir un perjuicio (matar a una persona por venganza) y, al mismo tiempo, prevé un segundo resultado probable como subsidiario (lesionarla). Este resultado es imputable a título de dolo eventual y no de dolo directo porque no es una consecuencia necesariamente vinculada al fin querido y perseguido por el sujeto activo. Sucede lo mismo, cuando éste realiza un acto que puede dar lugar a diversos resultados sin preferir uno de ellos en especial. Por ejemplo, el asaltante que dispara su arma de fuego contra sus perseguidores sin importarle si matará o lesionará a alguno de éstos.

La segunda situación corresponde a los casos en que el delito intermediario 1256 para la comisión del comportamiento querido sólo es considerado como probable por el agente. Por ejemplo, éste, sin saber que la víctima está dispuesta a practicar el acto sexual con él, la amenaza para lograr que se someta. Aquí, la coacción (art. 151) es ejecutada con dolo eventual y, la violación (art. 170) con dolo directo si la víctima no consiente.

La tercera hipótesis concierne al caso de las consecuencias posibles de la 1257 realización del resultado de la acción querida. El agente enciende una fogata en su jardín aceptando con indiferencia que se concrete el riesgo de incendiar la casa vecina. Si lo hace con simple ligereza, se trataría más bien de una culpa consciente.

La difícil distinción entre el dolo eventual y las otras formas de dolo tienen 1258 una importancia práctica, sobre todo, en los casos en los que se prevé una forma especial de dolo directo<sup>252</sup>, debido a que se excluye al primero; por ejemplo, cuando el tipo legal requiere que el agente actúe “a sabiendas” (art. 140, bigamia; art. 312, alteración del medio ambiente).

<sup>251</sup> ROXIN, 2006a, § 12 N° 27.

<sup>252</sup> Cfr. *supra* N° 1235 ss.

**d. Formas de dolo en relación con el momento de la decisión**

- 1259 El dolo implica, en principio, que el autor, antes de comenzar a actuar, se resuelva a ejecutar el acto y conserve su decisión durante todo el desarrollo de su intervención. Es insuficiente que manifieste después su satisfacción (*dolus subsequens*) con la infracción que ha realizado sin dolo previo. Por ejemplo, el testigo que de buena fe declara contra la verdad no comete con dolo el delito de falso testimonio (art. 409) y permanece impune a pesar de que, después de conocer la verdad, manifiesta su complacencia de haber, objetivamente, testimoniado con falsedad. Tampoco comete hurto quien toma un bien mueble (abrigo, paraguas, libro) creyendo que es suyo y luego de darse cuenta de su error decide conservarlo para sí. En este caso, el autor cometería dolosamente el delito de apropiación ilícita de un bien que ha caído en su poder por error (art. 192, inc. 2).
- 1260 También es insuficiente que el agente haya decidido con anterioridad cometer un delito para que, en caso de que se produzca el resultado, se le considere sin más responsable a título de dolo. Así, a pesar de que el marido haya adquirido un arma de fuego para matar a su mujer, no se le reprimirá a título de homicidio doloso si manipulándola de manera imprudente le causa la muerte<sup>253</sup>.
- 1261 Por último, se presenta el problema de saber, sobretodo en los llamados delitos permanentes<sup>254</sup>, qué sucede si el dolo surge en el autor durante la ejecución de la acción. Por ejemplo, quien por descuido encierra con llave a una persona en un cuarto y, después de darse cuenta del perjuicio involuntario que causa, decide no liberar a la víctima (*dolo superveniens*). Su responsabilidad a título de dolo comenzará desde el momento en que decide secuestrar a la persona encerrada en un inicio por error.

**VI. Error de tipo**

**1. Generalidades**

- 1262 Si bien se distingue, en general, entre error (falso conocimiento de la realidad) e ignorancia (ausencia total de representación de la realidad), en derecho penal esta diferencia no tiene una importancia trascendente. Así, la no-

---

<sup>253</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 29 II 2; ROXIN, 2006a, § 12 N° 89; TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 96.

<sup>254</sup> Cfr. *supra* N° 1133.

ción de error comprende tanto la falsa representación de la realidad como su ignorancia<sup>255</sup>. De manera tradicional, en la legislación y en la doctrina, se consideran dos clases de error. De acuerdo con la terminología tradicional, se hablaba de error de hecho (*error facti*) y error de derecho (*error juris*). Actualmente, se prefiere hablar de error de tipo (*Tatbestandsirrtum*) y de error de prohibición (*Vebotsirrtum*)<sup>256</sup>.

En el art. 87 del CP de 1924, se hacía referencia, por un lado, a las “infrac- 1263  
ciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos” y, por otro, al hecho de que “la ignorancia de la ley penal no modificará en ningún caso la represión”. Tanto el aspecto formal como el material de esta solución han sido abandonados al elaborarse el Código vigente. Siguiendo criterios germánicos<sup>257</sup>, se regula en el art. 14, pf. 1, el error “sobre un elemento del tipo penal” y, en el pf. 2, el “error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal”. La regulación del error “respecto a una circunstancia que agrave la pena” es más bien de influencia española.

El error de tipo<sup>258</sup> se presenta cuando el agente tiene una representación 1264  
equivocada de una circunstancia a la que se hace referencia en el tipo legal objetivo mediante los denominados “elementos descriptivos o normativos”. Se trata, en consecuencia, de una condición que concierne al aspecto cognitivo del dolo: la conciencia. El agente no comprende, en el contexto social y jurídico en el que se encuentra, el sentido material de su comportamiento. De esta manera, desconoce que su conducta se adecua a un tipo legal<sup>259</sup>, y éste, en consecuencia, no cumple su función de llamar la atención sobre el carácter ilícito del acto.

En el caso del error de prohibición, por el contrario, el agente sabe bien lo 1265  
que hace; pero se equivoca sobre el carácter ilícito de su comportamiento.

<sup>255</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, 1964 V, p. 566; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 29 I a; GROPP, 1997, § 13 N° 4.

<sup>256</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 29, V 1 c; RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 16 N° 26; BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 21 I, II; FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 195; RODRÍGUEZ RAMOS, 1980, p. 1073 ss.; BACIGALUPO, 1981, 1, p. 919; MIR PUIG, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 658 ss.; REAÑO, 2003, p. 187.

<sup>257</sup> Cfr. TRECHSEL, 2008, Art. 13 N° 1 ss.

<sup>258</sup> ES del 30 de diciembre de 1997, Exp. N° 2104-97 Huancavelica, en ROJAS, 1999, p. 127; ES del 5 de marzo de 1998, Exp. N° 3753-97 Ayacucho, en ROJAS, 1999, p. 129; ES del 30 de enero de 1998, Exp. N° 095-97, en ROJAS, 1999, p. 594; ES del 22 de diciembre de 1997, Exp. N° 559-97, en ROJAS, 1999, p. 381; ES del 26 de marzo de 1998, RN N° 2744-97 Amazonas, en ROJAS, 1999, p. 41.

<sup>259</sup> GARCÍA CAVERO, 2008, p. 423 ss.; ROXIN, 2006a, § 12 N° 102.

Como lo veremos más adelante<sup>260</sup>, esta circunstancia está en relación con la culpabilidad del sujeto<sup>261</sup>. Esto significa que la conciencia constituyente del dolo (aspecto central del tipo legal subjetivo) no abarca necesariamente la antijuricidad del hecho. Lo importante, a este nivel, es el conocimiento por el autor de las circunstancias externas y de su significado social, no de la índole prohibida de su acción.

- 1266 El error en el que puede incurrir el agente sobre la calificación jurídica de su acción<sup>262</sup> o de uno de sus elementos (*Subsumptionsirrtum*)<sup>263</sup> no es trascendente respecto a la conciencia con la que debe actuar. Por ejemplo, en el caso de daños (art. 205), el agente cree que matar el perro de su vecino no es delito porque estima que los animales no son “bienes”, en el sentido de cosas materiales. Este error tampoco puede justificar se invoque un error sobre el carácter prohibido del acto, ya que difícilmente puede alegarse que el agente no era consciente de que su acto fuera contrario al orden jurídico.
- 1267 Un caso particular se presenta cuando el tipo legal contiene un elemento que determina globalmente su carácter antijurídico. Por ejemplo, el art. 159 describe la violación de domicilio como el hecho de penetrar, “sin derecho”, en morada ajena. El que comete este acto creyéndose autorizado a hacerlo, no ignora que entra en casa ajena sino que se equivoca sobre el carácter ilícito de su comportamiento. Actúa entonces con dolo porque conoce muy bien los hechos; pero puede no ser culpable en razón del error de prohibición.
- 1268 Un problema arduo y muy discutido es el referente a las denominadas leyes penales en blanco (*Blankettstrafgesetzen*), cuando la norma sancionadora es completada mediante otras normas legales<sup>264</sup> extra penales. El error de tipo, en estos casos, sólo existe cuando el desconocimiento o la ignorancia se refieren a elementos descriptivos o normativos contenidos en la norma integradora<sup>265</sup>. Si ésta no es conocida por el autor, se presenta un error de

---

<sup>260</sup> Cfr. *infra* N° 1770 ss.

<sup>261</sup> Cfr. VILLA STEIN, 2008, p. 254 ss.

<sup>262</sup> Sentencia de la Sala Penal de la Corte Superior de Loreto del 26 de febrero de 1999, Exp. N° 98-0175-191601-SP Loreto, en SerJur 3. Lima, 2000, p. 185 ss.

<sup>263</sup> ROXIN, 2006a, § 12 N° 106 ss.; RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 16 N° 23; BAUMANN/WEBER/MITCH, 2003, § 21 N° 7.

<sup>264</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 29 V 3; CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 15, N° 99 ss.; MAURACH/ZIPE, 1992, § 23, N° 9; RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 16 N° 18 ss..

<sup>265</sup> ROXIN, 2006a, § 12 N° 110 ss.; CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 15, N° 100; MAURACH/ZIPE, 1992, § 23, N° 10; JAKOBS, 1991, p. 8/47.

prohibición porque no le es posible saber si su conducta es ilícita. Lo mismo hay que afirmar cuando el agente cree por equivocación que la norma integradora justifica su acción.

## 2. Objeto del error

Según el art. 14, inc. 1, el error debe recaer sobre “un elemento del tipo penal”<sup>266</sup>. Por tipo penal (utilizando la terminología de la ley) debe entenderse sólo el tipo legal objetivo (elementos descriptivos y normativos)<sup>267</sup>. Se trata entonces de un elemento esencial que, sólo o junto a otros, fundamenta la ilicitud del comportamiento incriminado. Por el contrario, no es cuestión del tipo legal sistemático, constituido por todos los elementos que caracterizan el delito y son la base de la sanción<sup>268</sup>. Esto significa, por ejemplo, que no se exige que el agente sea consciente de que actúa con dolo, con el propósito de enriquecerse o de que su comportamiento sea ilícito. En cambio y como ya lo hemos señalado, la conciencia debe comprender la acción, sus modalidades, los medios, el objeto del delito, las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva e, igualmente, los elementos subjetivos referentes a la víctima (art. 112, dolores intolerables).

La determinación del error sobre un elemento descriptivo del tipo legal objetivo es de fácil constatación por la índole del mismo juicio de apreciación entre lo que se representa el agente (tirar sobre una persona, utilizar un veneno) y lo que sucede en la realidad (tirar sobre un animal, emplear una sustancia inocua). Resulta más complicado hacerlo respecto a los elementos normativos, en la medida en que éstos implican un juicio de valoración; es decir, la atribución de un significado jurídico, social o ético a la situación a la que se refieren dichos elementos. El agente puede equivocarse, por lo tanto, sea sobre la situación material, objeto de la apreciación, sea sobre ésta misma. En caso de hurto (art. 185), el agente puede creer, por una

<sup>266</sup> En la ES del 28 de mayo de 2004, RN N° 472-2004-Arequipa, la Corte Suprema afirmó que el error de tipo se da de dos maneras: “cuando el agente, actuando con las previsiones del caso se hubiese dado cuenta de su error, aquí se elimina el dolo, pero subsiste la culpa, y será sancionado como un delito culposo si está contemplado por el Código Penal (error vencible); o cuando a pesar de ello, no se hubiese dado cuenta de su error, aquí el sujeto queda exento de responsabilidad, pues se elimina tanto el dolo como la culpa (error invencible)”. El mismo criterio ha sido seguido en la ES del 03 de septiembre de 2004, RN N° 1402-2004-Lima; cfr. SAN MARTIN, 2006, p. 270 y 333; así como en la ES del 04 de octubre de 2004, RN N° 227-2004-Lima, Cfr. CARO, 2007, p. 233.

<sup>267</sup> REAÑO, 2003, p. 200 ss.; MIR PUIG, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 661 ss.

<sup>268</sup> Ver *supra* N° 460 ss.

confusión, sustraer un bien que estima le pertenece, cuando en realidad es propiedad de otro. El error recae sobre un elemento normativo del tipo legal (ajenidad del bien). Si este error se debe a que no comprendió en sentido lego, común, que el bien era ajeno, no ha actuado con dolo de hurtar.

- 1271 El agente que desconoce un elemento del tipo objetivo (base de la ilicitud del acto), actúa sin dolo. Carece de conciencia respecto al acto que realiza, de modo que el error de tipo constituye la contrapartida negativa del aspecto intelectual del dolo. Por el perjuicio causado, el agente puede ser reprimido a título de culpa si la ley lo prevé de modo expreso y, por supuesto, si el error se debe a una imprevisión culpable (art. 14, inc. 1, *in fine*)<sup>269</sup>.
- 1272 Referente a los tipos legales derivados, las circunstancias agravantes o atenuantes son elementos constitutivos que están en relación sea con la ilicitud, sea con la culpabilidad. Sólo en el primer caso, deben ser comprendidas por la conciencia del dolo. Por ejemplo, en el art. 108 (asesinato), todas las circunstancias que hacen de un homicidio un asesinato no pueden ser tratadas de la misma manera. La alevosía del homicida aumenta la represión porque intensifica la culpabilidad. El ánimo del agente debe ser alevoso, por consiguiente no puede exigírsele que actúe de esta manera con dolo, puesto que la alevosía no puede ser, al mismo tiempo, objeto de la conciencia requerida para que exista dolo. Por el contrario, la crueldad acentúa, por referirse a la modalidad del comportamiento, el carácter ilícito del hecho de matar a una persona. Si el agente no se da cuenta que causa a la víctima dolores insoportables o innecesarios comete un error de tipo; por lo tanto, sólo será reprimido según el art. 106 (homicidio simple).
- 1273 En el art. 14, se prevé de modo expreso que “el error... respecto a una circunstancia que agrava la pena..., excluye... la agravación”. Con esta disposición, se sigue más bien el modelo hispánico (art. 14, inc. 2, del CP español) en lugar del germano. El § 16 del CP alemán no regula el error concerniente a una circunstancia agravante; en su pf. 2, se prevé, más bien, el error referente a una circunstancia atenuante.
- 1274 La no agravación de la pena cuando el agente, por error, no tiene conciencia de la circunstancia agravante (cree que la mujer embarazada consiente en que se le practique el aborto), se basa en la idea, admitida en el mismo art. 14 *in initio*, de que el delincuente debe ser declarado responsable sólo de lo que haya sabido y querido cometer. Habiendo consumado el tipo legal

---

<sup>269</sup> ES del 30 de enero de 1998, Exp. N° 095-97, en ROJAS, 1999, p. 594.

básico, se le reprimirá según la pena prevista en este caso. Por esto, la referencia a las circunstancias agravantes, en el art. 14, puede ser considerada como superflua<sup>270</sup>.

Teniendo en cuenta la idea en que se fundamenta la regla relativa al error de tipo, cabe preguntarse si no hubiera sido preferible prever una regla especial referente al error sobre una circunstancia atenuante. La falta de referencia a dicho error en el art. 14 puede deberse a que se pensó que la respuesta podía deducirse *a contrario* de lo dispuesto respecto a las circunstancias agravantes. Si éstas son excluidas debido al error, entonces las atenuantes admitidas por error deberían tenerse en cuenta. Por ejemplo, quien al interrumpir el embarazo de una mujer supone equivocadamente que ésta consiente, debe ser reprimido por aborto consentido (reprimido con menor severidad que el aborto no consentido). El tipo legal básico ha sido cometido con dolo, pero se tiene en cuenta, al reprimirlo con menos severidad, lo que ha sucedido en realidad. 1275

Esta solución resulta coherente y justa en relación con los principios admitidos; en particular, con el de la afectación de un bien jurídico: la represión de una acción se basa y justifica tanto porque afecta un bien jurídico, como por la manera como este perjuicio tiene lugar. El error sobre una circunstancia atenuante tiene la misma estructura que la tentativa imposible (art. 17): resulta “imposible” cometer el comportamiento típico básico porque se da, en realidad, el hecho que fundamenta la atenuación. Por esto, el “delito imposible” no es tomado en consideración y se tiene en cuenta la circunstancia atenuante, a pesar de que el agente no sea consciente de su presencia. Este planteamiento está implícito, por ejemplo, en el art. 13 del CP suizo<sup>271</sup>, según el cual quien obra bajo la influencia de una apreciación equivocada de los hechos será reprimido según ésta si le es favorable. Así, si el agente por error considera que existe una circunstancia que atenúa la represión será juzgado aplicando esta atenuante por serle favorable. 1276

Este problema ha sido resuelto de manera explícita en el § 16 II del CP alemán<sup>272</sup>, en el sentido siguiente: si el agente, al realizar su comportamiento, supone por error circunstancias atenuantes, “sólo puede ser castigado por comisión dolosa según la ley más benigna”. Siendo más difícil deducir la 1277

<sup>270</sup> JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 29 V 4. Respecto a las relaciones entre los arts. 14, inc. 2 y 65 del CP español, Cfr. MAQUEDA, 1983, p. 718.

<sup>271</sup> HURTADO POZO, 2003, N° 221 ss., 679 ss.

<sup>272</sup> Cfr. KINDHÄUSER, 2006, § 16, N° 2;

solución a partir de la regla básica del art. 14 de nuestro Código, es decir, en comparación al caso de las circunstancias agravantes, hubiera sido conveniente regular de modo expreso la solución propuesta mediante interpretación. El modelo alemán resulta así preferible al español.

- 1278 Cabe aún preguntarse qué pasa si el agente actúa desconociendo una circunstancia atenuante realmente existente; por ejemplo, cuando la madre está de acuerdo con el aborto, pero el delincuente ignora este hecho. Este caso implica la hipótesis del error sobre una circunstancia agravante, puesto que, al desconocer la circunstancia atenuante, el autor imagina que comete un delito más grave. Si se le reprimiera según su representación, se contradiría el criterio que fundamenta la regla básica del art. 14, según el cual el error de tipo debe influir en favor del sujeto activo. En consecuencia, debe aplicársele la pena menos severa porque así se excluye la hipótesis agravada que le desfavorece. Lo que se confirma con la no represión de la tentativa imposible, que es un error al revés (art. 17). Además, admitir el criterio opuesto supondría una violación de la regla según la cual la imputación objetiva sólo existe respecto a lo que efectivamente el agente ha efectuado.

### 3. Error vencible e invencible

- 1279 La influencia del modelo español se evidencia aún más cuando, en el art. 14, se determina el efecto del error de tipo según su carácter vencible o invencible (art. 14 CP español). Este criterio resulta precisado con la referencia que se hace a la culpa para indicar la manera de proceder en caso de error vencible (“la infracción será castigada como culposa”, art. 14, inc. 1, *in fine*). Pero hubiera bastado, como sucede en el CP alemán (§ 16 I), con afirmar que la represión a título de culpa procede aun cuando el dolo no se dé por un error de tipo.
- 1280 En todo caso, no basta que el agente actúe bajo la influencia de un error para no ser considerado responsable a título de dolo. Resulta además indispensable que no se le pueda reprochar que haya incurrido en error. Como un error doloso constituye un contrasentido, sólo puede tratarse de una equivocación o ignorancia fruto de una culpa. Esto no significa, sin embargo, que se trate de una ignorancia o desconocimiento culpables<sup>273</sup>.
- 1281 Por lo tanto, para apreciar el carácter inevitable del error resulta conveniente recurrir a los criterios utilizados para determinar si se da o no un delito

---

<sup>273</sup> BUSTOS/HORMAZABAL, 1997, p. 245 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 29 V 4.

culposo. Lo decisivo es, en consecuencia, comprobar si el agente tomó, para evitar el error, las precauciones necesarias de acuerdo con las circunstancias personales y materiales en que actuó<sup>274</sup>.

La redacción del texto legal es defectuosa en la medida en que se establece 1282 que el error de tipo hace desaparecer la responsabilidad (art. 14), cuando en realidad lo que desaparece es el dolo y, por lo tanto, el agente no es responsable porque su comportamiento no es típico.

#### 4. Conciencia de la relación de causalidad

De acuerdo con la concepción tradicional que admite la teoría de la causalidad natural, el nexo externo que une la acción al resultado (en los delitos de resultado) constituye un elemento del tipo legal objetivo y, en consecuencia, para que el agente obre con dolo debe conocerlo. Sin embargo, los defensores de esta teoría no han dejado de reconocer que es imposible tener conciencia de todos los detalles del desarrollo causal, de ahí que basta con que sea consciente de sus aspectos esenciales. Esto significa que la representación del curso causal que el agente tenga en el momento de obrar no difiera de manera sustancial<sup>275</sup> del desarrollo real de la causalidad. 1283

Para saber si la desviación es esencial o no, hay que recurrir a los criterios de la causalidad adecuada o, más bien, a los de la imputación objetiva. De esta manera, se debe afirmar que la desviación no es sustancial si permanece dentro de lo que es adecuado y previsible. El agente debe tener conocimiento de que ha creado un peligro prohibido en relación con la víctima. Además, la desviación no debe justificar otra valoración del acto. 1284

Si el desarrollo causal sufre una modificación significativa, hasta tal punto que, el resultado no puede ser previsto por el agente, no se trata entonces de un caso de error de tipo sino más bien de un supuesto de imputación objetiva. De conformidad con lo que hemos indicado, la muerte de una persona lesionada consecutiva a un incendio en el hospital a donde ha sido trasladada para ser curada, no puede ser atribuida al autor de las lesiones dolosas como si fuera su propia obra. A éste no se le puede imputar la realización del tipo legal de homicidio. De modo que la cuestión del error de tipo sólo puede plantearse una vez que se haya comprobado la imputación 1285

<sup>274</sup> ESup del 23 de mayo de 1996, Exp. N° 217-92 Lima, en Diálogo con la Jurisprudencia, T. N° 4; REAÑO, 2003, p. 196 ss.

<sup>275</sup> STRATENWERTH, 2005, § 9, N° 81; BEMMANN, p. 817 ss.

objetiva. Desde esta perspectiva, se comprende la afirmación según la cual la conciencia del curso causal no es condición del dolo y su desconocimiento no debe tratarse como un error de tipo (art. 14). De lo que se trata, según este criterio, es que el autor deba tener conciencia de las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva (en particular, la creación de un peligro no permitido)<sup>276</sup>.

- 1286 El ámbito del error de tipo en este dominio se encuentra, pues, limitado a los casos en los que el agente ha omitido tomar en consideración desviaciones no esenciales del curso causal a pesar de que eran previsibles. En otras palabras, la cuestión es precisar en qué límites pueden ser consideradas como comprendidas por el dolo del agente las desviaciones del nexo causal. El factor decisivo sólo puede ser de orden normativo, pues, se trata de imputar el tipo subjetivo al autor de la acción. A este efecto hay que comprobar si el acto y el resultado, a pesar de la desviación del curso causal, constituyen aún la realización del plan del delincuente<sup>277</sup>. En caso de respuesta afirmativa, y debido a que ya ha sido constatada la imputación objetiva, hay que admitir que el agente ha actuado con dolo.

### 5. *Aberratio ictus*

- 1287 De los casos de error sobre el objeto del delito hay que distinguir los agrupados bajo la denominación *aberratio ictus*. Éstos constituyen una desviación del curso causal: el delito se realiza en un objeto diferente al que el autor tuvo como meta de su acción. Por ejemplo, Pedro dispara contra Juan, pero éste evita el proyectil; el mismo que mata a Rosa. Como lo veremos después<sup>278</sup> en el error *in personam* el resultado se produce en el objeto hacia el cual el agente había dirigido su acto, pero resulta ser otro que el representado. El ejemplo típico es el de quien víctima a Juana creyendo matar a Inés. En ambos casos el agente tiene conciencia y voluntad de matar a una persona, pero el resultado difiere, por factores diferentes, del que el agente se representó. Sin embargo, en su estructura, el error *in personam* se presenta de manera similar a la *aberratio ictus*.
- 1288 Decidir si ambos casos deben ser tratados de la misma manera no es una cuestión que dependa de las diferencias específicas al nivel de la representación que tuvo el agente. Se trata más bien de un criterio normativo: res-

---

<sup>276</sup> STRATENWERTH, 2005, § 9, N° 82; 1997a, § N° 143.

<sup>277</sup> ROXIN, 2006a, § 12 N° 160 ss.

<sup>278</sup> Cfr. *infra* N° 1200 ss.

pecto al error *in personam*, la identidad de la víctima carece de valor significativo, en general, debido a que es la representación que el agente tiene del resultado y del objeto del delito la que resulta decisiva para la imputación subjetiva del perjuicio al autor en el nivel del dolo.

Según el art. 84, *in initio*, del Código derogado, “el delito es punible aunque 1289 varíe el mal que el delincuente quiso causar”. De esta manera, se quiso dar una respuesta general a diferentes tipos de casos; previendo al lado de la *aberratio ictus* las formas preterintencionales. La solución era incorrecta desde el punto de vista técnico, pero inoportuna desde una perspectiva de política criminal, lo que quedó evidenciado en la manera como la Corte Suprema interpretó y aplicó dicha disposición. La no inserción de una regla de tal orientación en el actual Código es del todo justificada. Los casos de *aberratio ictus* deben ser tratados como formas de variación de la relación de causalidad y en vinculación con el aspecto intelectual del dolo.

Esta situación es mucho más clara cuando el agente dispara su revólver 1290 sobre una persona sin alcanzarla y el proyectil rebota contra un muro causando así la muerte de un peatón. La modificación del resultado sale del marco de la relación de causalidad previsto por el sujeto activo. Respecto al resultado muerte no se da el dolo. Sólo debe considerarse tentativa respecto a la primera persona y, según las circunstancias, homicidio culposo en cuanto a la segunda.

En casos como el citado al comienzo, si se considera que el dolo supone 1291 la realización del resultado sobre el objeto de un delito determinado (en el ejemplo citado, Juan) y éste se produce sobre otro (Rosa), no se puede afirmar su existencia respecto a este último. Este suceso, según las circunstancias, podrá considerarse como un homicidio culposo; con relación a Juan, sólo se da una tentativa de homicidio doloso. Este es el criterio llamado de la concretización (*Konkretisierungstheorie*)<sup>279</sup> aceptado por la mayoría de la doctrina<sup>280</sup>. Los defensores de la denominada teoría de la igualdad (*Gleichwertigkeitstheorie*)<sup>281</sup> sostienen una opinión diferente<sup>282</sup>. Según

<sup>279</sup> MIR PUIG, 1998, p. 261; STRATENWERTH, 2005, § 9, N° 88; WALDER, 1977, p. 137; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 29 V 6 c; KÜHL, 2000, § 13, N° 30 ss.; JAKOBS, 1991, 8/80; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 27, N° 1 b; CRAMER/STEINBERG-LIEBEN, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 15, N° 57 ss.

<sup>280</sup> RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 16, N° 33; JAKOBS, 1991, 8/80; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 247 ss.

<sup>281</sup> Cfr. GERMANN, 1943, p. 46; HAFTER, 1946, p. 186; NOLL, 1965, p. 5; STRATENWERTH, 2005, § 9, N° 89; WELZEL, 1969, p. 69 ss.; KUHLEN, 1987, p. 479 ss.

<sup>282</sup> NOLL, 1965, p. 5; PUPPE, 1991, p. 1; WELZEL, 1969, p. 70.

ellos, el dolo comprende el resultado típico sólo en sus aspectos generales. De modo que, en el ejemplo, el cambio de resultado no tiene ningún efecto respecto a éste: el agente quería causar la muerte de una persona (Juan) y ha producido la muerte de Rosa (resultado de igual valor que el querido y no realizado). El autor sería responsable, por lo tanto, de homicidio doloso. Este criterio es inconveniente en la medida en que contradice la situación real considerada y no tiene en cuenta que el segundo resultado ocasionalmente producido no era querido por el agente, ya que éste había, precisamente, decidido dañar otra persona.

- 1292 Mediante ambos criterios se llega a la misma conclusión sólo cuando se trata de resultados típicamente diferentes o, cuando siendo iguales, el primer resultado está cubierto por una causa de justificación. Así, quien trata de dañar un bien perteneciente a un tercero y, en su lugar, causa la muerte de una persona, responderá por tentativa de daños y además, según las circunstancias, por homicidio culposo. Lo mismo sucede con quien ejerciendo su derecho a la legítima defensa trata de lesionar al agresor, pero sólo logra golpear al compinche que lo acompaña. Aquí, sólo se plantea la cuestión de saber si el agente ha cometido o no lesiones por culpa.
- 1293 La discusión subsiste sin embargo para el caso en que se trata de objetos igualmente protegidos (dos personas). Respecto a esta situación, Roxin<sup>283</sup> plantea una solución mixta con referencia a las dos teorías antes mencionadas. En su opinión, debe tomarse en consideración el plan de acción del agente. Cuando se busca matar una persona y se causa la muerte de otra (cambio de resultado), el deceso de la segunda no es conforme al proyecto delictivo del autor, tanto en el nivel objetivo como subjetivo. Con respecto a la segunda persona, el agente ha creado un peligro de muerte para ella (imputación objetiva respecto al homicidio), dando así pie para que se pueda analizar si es responsable a título de culpa. Al mismo tiempo, no puede dejarse de considerar el fracaso de su plan de acción, al tratar de imputársele subjetivamente a título de dolo el primer resultado no producido. Sólo se puede hablar, entonces, de tentativa.
- 1294 No se presenta la *aberratio ictus* cuando el agente actúa con dolo eventual respecto al segundo resultado. Es el caso de quien dispara contra un grupo de personas con la intención de matar a una de ellas y, en razón de las circunstancias particulares en que obra, se representa como posible poder

---

<sup>283</sup> ROXIN, 2006a, § 12 N° 149, N° 171 ss.

causar la muerte de otra. Si a pesar de este riesgo no renuncia a su acción y, por el contrario, asume o acepta que se produzca este posible resultado, no podrá alegar que no ha causado la muerte dolosamente.

Tampoco hay que considerar la *aberratio ictus* en el caso en el que el agente no busca causar la muerte de una persona determinada; por ejemplo, dispara con ánimo homicida contra una de las personas que transita en una calle concurrida y causa la muerte de otra. Este resultado constituye simplemente la realización de su plan de acción. 1295

### 6. *Dolus generalis*

Se ha tratado de resolver ciertos casos de desviación del curso recurriendo a una forma especial de dolo, denominada *dolus generalis*<sup>284</sup>. La diferencia entre el desarrollo de los hechos y el imaginado por el agente plantea problemas debido a que en el momento en que se produce el resultado, éste no tiene una idea correcta de lo que sucede. Por ejemplo, el autor cree haber matado a la víctima y arroja su “cadáver” al río para ocultar el cuerpo del delito y que no se descubra su crimen. La víctima, aún viva, muere en realidad por ahogamiento. 1296

De acuerdo con el criterio del *dolus generalis*, se considera que existe un sólo comportamiento doloso y que el segundo resultado está comprendido sin más en el dolo inicial. Para la ejecución del homicidio, por ejemplo, el art. 106 requeriría entonces como suficiente un dolo de matar global, general. Sin embargo, lo cierto es que el agente, por error, supone que la víctima está muerta y, en consecuencia, carece de la conciencia exigida en el momento de provocar la muerte. Por esto, el *dolus generalis* constituye sólo una ficción. 1297

Debido a que con frecuencia la desviación causal no es esencial, hay que admitir el dolo respecto a la segunda acción. Por el contrario, si la modificación del curso causal es relevante, el resultado final, cometido sin el debido conocimiento de la situación, no puede ser imputado al agente a título de dolo y, por lo tanto, éste sólo podrá ser hecho responsable de la tentativa del delito querido<sup>285</sup>. 1298

<sup>284</sup> Cfr. KINDHÄUSER, 2005, § 14, N° 37, § 27, N° 50.

<sup>285</sup> Cfr. STRATENWERTH, 2005, § 9 N° 87.

1299 De todas maneras, debe rechazarse la idea según la cual los casos agrupados bajo la denominación *dolus generalis* suponen siempre, por un lado, una tentativa respecto a la primera acción y, por otro, delito culposo en cuanto a la segunda. Si es cierto que el dolo debe existir en el momento del acto, también es acertado afirmar que éste no necesita existir durante todo el desarrollo del suceso sino en el momento en que el agente desencadena el proceso causal. El primer acto es propio para causar el resultado (muerte en el ejemplo dado) y esto basta para que sea imputable subjetivamente a nivel del dolo, en la medida en que el resultado se presenta también como realización del plan del autor<sup>286</sup>. Esto acontece de manera bastante clara cuando el agente actúa pensando ya en la segunda posibilidad o si la considera probable y la acepta. En estas circunstancias, el dolo existe a pesar de la modificación de la relación de causalidad. La situación se simplifica si la segunda acción ha sido prevista como probable y mediante su ejecución, el agente se conforma con la producción del resultado representado (dolo eventual).

### 7. *Error in obiecto*

1300 El autor se equivoca sobre el objeto que quiere dañar o poner en peligro. Este error se presenta en relación con la calidad del objeto del delito o la identidad de la persona (*error in obiecto vel in persona*)<sup>287</sup>. Es el caso, por ejemplo, del agente que quiere matar al perro de su vecino (daños a la propiedad) y, en realidad, causa la muerte del hijo menor que se encontraba jugando en el recinto reservado al animal. Como no tiene conciencia de disparar contra una persona (objeto del delito de homicidio) no puede serle aplicado el art. 106 (homicidio simple); pero sí el art. 111 que reprime el homicidio culposo por no haber tomado las precauciones necesarias para verificar sobre lo que realmente disparaba (culpa inconsciente). Además, hay concurso ideal con tentativa de daños a la propiedad ajena (fracasa en dañar el perro; es decir, la cosa ajena).

1301 Surgen dificultades sobre todo en los casos en que el objeto típico dañado, efectivamente, es de igual valor que el objeto típico considerado por el agente. Por ejemplo, el delincuente quiere matar al marido de su amante y, al ejecutar el acto causa la muerte de su vecino. En el momento de cometer

---

<sup>286</sup> ROXIN, 2006a, § 12 N° 195 ss.; STRATENWERTH, 2005, § 9 N° 85 ss.; TRECHSEL/NOLL, 2004, p. 103; WALDER, 1979, p. 137 ss.; MAURACH/ZIPF, 1992, § 23 N° 34; JAKOBS, 1991, 8/78.

<sup>287</sup> Cfr. BAUMANN/WEBER/MITCHEL, 2003, § 21 N° 11.

su acción sabe que ataca una persona (objeto del delito de homicidio, art. 106), pero se equivoca en cuanto a su identidad (*error in personam*). Si se considera que, al no haber causado la muerte de la persona escogida como víctima, el plan de acción decidido por el agente no ha sido ejecutado, debería concluirse que sólo ha cometido una tentativa respecto a ella y, tal vez, un homicidio culposo con relación a la persona muerta. Lo más acertado es considerar superfluo este error porque el objetivo que se representa el agente es privar de la vida a una persona, comportamiento prohibido sin tener en cuenta la identidad concreta de la víctima<sup>288</sup>, y este resultado es logrado mediante su comportamiento peligroso no autorizado. Este es el complejo fáctico decisivo y no la diferencia que se da entre su representación y lo efectivamente realizado. Esta argumentación es válida aun cuando la sustitución (p. ej. debida al azar) de la víctima escogida por un tercero se produzca sin que el agente que desencadena los hechos se encuentre presente. Así, la muerte causada a la mujer de la víctima prevista mediante una bomba colocada en el automóvil, debido a que fue ella la que lo utilizó en lugar de su marido como lo esperaba el asesino.

Sin embargo, dicha regla establecida debe ser aplicada teniendo en cuenta 1302 los casos concretos y la manera como debe interpretarse el tipo legal concernido. Tratándose de los delitos contra el honor, la persona (objeto del delito) no sufre un menoscabo material directo como en el caso, por ejemplo, de homicidio o lesiones corporales. Esto plantea la cuestión de saber si debe admitirse la misma solución y, por lo tanto, considerar irrelevante el error, cuando la persona que lee o escucha las expresiones injuriosas no es contra quien el agente las expresó. En este caso debería, en consecuencia, estimarse consumado el delito.

Esta solución nos parece inconveniente. Sería mejor considerar al nivel de 1303 la realización del tipo legal si, en el caso de los delitos contra el honor y como ya lo hemos señalado<sup>289</sup>, la noción de resultado es o no la misma que la admitida en relación con los ataques contra bienes materiales. La injuria quedaría consumada sólo cuando la víctima recepciona y comprende las afirmaciones, alegaciones o gestos realizados por el agente. De modo que un tercero cualquiera no podría sentirse afectado por ese ataque muy personalizado. El agente sólo sería responsable de una tentativa de injuria. Esta solución también puede ser fundamentada afirmándose que, de acuerdo

<sup>288</sup> STRATENWERTH, 2005, § 9 N° 90 ss.; ROXIN, 2006a, § 12 N° 194 ss.

<sup>289</sup> Cfr. *supra* N° 1124 s., 1302 s.

## § 11 TÍPICIDAD

---

con esos criterios normativos, el plan del agente no ha sido materializado y que, por lo tanto, no pueden serle imputados los efectos de la acción a título de dolo.