



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE POSTGRADO

Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Postgrado

Magister en Derecho, con Mención en Derecho Penal

IX Versión

**ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO ALEMÁN DEL
DENOMINADO CASO «LA PISTOLA DE SERVICIO»**

AFET

LUIS FERNANDO CASCO LLAMOSAS

RUT: 25.707.370-K

Profesor Guía: L.L.M. y Dr. Iur. Lautaro Contreras Chaimovich

Santiago, enero de 2019

RESUMEN

En el presente estudio se plantea, como objetivo general, realizar un análisis crítico del denominado caso «La Pistola de Servicio», proceso en el cual el Tribunal Supremo Federal Alemán absolvió al acusado basándose, fundamentalmente, en el designado «Argumento de la Participación». Luego de esclarecer si la conducta del acusado sería activa u omisiva y de demostrar que el argumento esgrimido por el tribunal en el caso objeto de esta investigación no resulta aplicable en el ámbito de los delitos imprudentes en razón del sistema unitario de autor, el trabajo muestra que, para una resolución del caso basada en los preceptos de la teoría de la imputación objetiva del resultado, será decisivo el criterio empleado para la determinación de la responsabilidad de una víctima.

PALABRAS CLAVE

Teoría de la imputación objetiva, determinación de la responsabilidad de una víctima, criterio de la inimputabilidad, criterio del consentimiento.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
1. Conducta del policía: ¿activa u omisiva?	10
1.1. Problemática y principio de solución.....	10
1.2. Importancia de la distinción	14
1.3. Examen de los diferentes criterios de distinción	14
1.3.1. Teorías ontológicas.....	15
1.3.2. Teorías valorativas.....	16
1.3.3. Criterio de la causalidad.....	18
1.4. Resultados	19
2. El argumento de la participación en el ámbito de los delitos imprudentes	21
2.1. Nociones preliminares	21
2.2. Sistema unitario o extensivo-causal	22
2.3. Sistema restrictivo	24
2.4. Resultados	27
3. Análisis de la responsabilidad del policía a través de la teoría de la imputación objetiva del resultado.....	29
3.1. Cuestiones preliminares	29
3.2. Requisitos esenciales de la teoría de la imputación objetiva del resultado	29
3.3. El requisito de la causalidad entre la conducta del autor y el resultado	31
3.4. La comprobación del requisito de causalidad en el caso «La Pistola de Servicio»	33
3.5. La exigencia de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Nociones preliminares	34
3.6. Conductas que posibilitan o favorecen las autolesiones o autopuestas en peligro ajenas	36
3.7. La ponderación de intereses como razón material para la determinación de la desaprobación.....	38
3.8. Ámbito de validez de la regla: protección de bienes individuales.....	41
3.9. Conclusiones.....	41
4. Excepciones a la regla enunciada.....	43

4.1. Planteamiento	43
4.2. Casos donde la decisión la toma una persona no responsable	43
4.2.1. Indicios de la acción de autolesión o autopuesta en peligro ajena	44
4.2.2. Indicios de la falta de responsabilidad de la víctima	47
4.3. Casos donde la víctima situacionalmente no puede decidir de manera razonable	48
4.4. Límites a la desaprobación de conductas facilitadoras o posibilitadoras.....	51
4.5. Conclusiones.....	53
5. La determinación de la responsabilidad de la víctima	55
5.1. Planteamiento del problema y principio de solución	55
5.2. Criterio de las reglas de inimputabilidad	56
5.3. Criterio de las reglas del consentimiento	60
5.4. Trascendencia práctica de la solución del consentimiento.....	65
5.5. ¿Ampliación inadecuada de la punibilidad a través del criterio del consentimiento?	66
5.6. Toma de postura	69
5.7. Determinación de la capacidad de la mujer del caso «La Pistola de Servicio» para disponer sobre sus propios bienes jurídicos.....	70
5.8. Comprobación del requisito de creación de un riesgo desaprobado en el caso «La Pistola de Servicio».....	71
5.9 ¿Comportamiento doloso o imprudente del policía?	73
6. Requisito de la realización del riesgo desaprobado en el resultado	75
6.1. Nociones preliminares.....	75
6.2. Producción del resultado también en caso de darse un comportamiento alternativo conforme a derecho	76
6.3. Producción del resultado a consecuencia de riesgos tolerados concomitantes al riesgo desaprobado creado por el autor	77
6.4. Otros casos discutidos en el marco del requisito de la realización del riesgo	78
6.5. Resultados	79
CONCLUSIONES	81
BIBLIOGRAFÍA.....	85

INTRODUCCIÓN

El estudio que, a continuación, se presenta tiene como propósito realizar un análisis crítico del denominado caso «La Pistola de Servicio»¹, proceso mediante el cual fueron objeto de juzgamiento los siguientes hechos²: un policía (en adelante P) mantenía una relación sentimental con una mujer (en adelante M). P sabía que M, al consumir bebidas alcohólicas, caía en estado profundo de melancolía y depresión, y que incluso había intentado, tiempo atrás, suicidarse. Un día, visitan juntos un restaurant donde M ingiere mucha bebida alcohólica. Al finalizar la velada, P lleva de regreso, en su vehículo, a M. Al emprender el viaje coloca, como habitualmente lo hace, su pistola de servicio cargada encima del tablero del vehículo. En algún momento del viaje hacen una parada, oportunidad que M aprovecha, durante un descuido de P, para tomar el arma y dispararse. M fallece.

En la sentencia, el Tribunal Supremo Federal Alemán (*Bundesgerichtshof*)³ absolvió al policía con base al siguiente argumento: «Quien es co-causal con dolo de complicidad para la muerte de un suicida, no puede ser castigado porque el suicidio no es un hecho punible. El que el cómplice sepa o al menos cuente con la muerte de suicida forma parte del dolo de complicidad. Ya eso impide castigar por razones de justicia a aquel que sólo ha puesto una causa culposa para la muerte del suicida... No corresponde valorar penalmente de manera más estricta que la que procede en los supuestos de dolo a aquel que actúa con una disposición interna que solo da cuenta de imprudencia».

Luego de observar los antecedentes del caso, se presenta una primera reflexión: si la conducta adoptada por el policía puede ser definida como una acción o una omisión, pues la conducta bien podría ser descrita en forma «activa»: colocar el arma de servicio sobre el tablero del vehículo, como también en forma «pasiva»: no tomar las adecuadas medidas de resguardo del arma. El asunto no resulta banal si se

¹Colección oficial de Sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en causas penales (BGHSt) 24, 342.

²Hechos probados en la sentencia, traducción realizada por el Prof. Dr. Iur. Lautaro Contreras Chaimovich.

³En adelante indistintamente el tribunal o BGH (*Bundesgerichtshof*).

tiene en cuenta que los tipos de resultado de acción y omisión impropia presentan una estructura dogmática diferente. En efecto, en la omisión impropia -modalidad de omisión que bien podría considerarse en este caso- se requiere la comprobación, en el actuante, de una posición de garante de evitar el resultado que permita fundamentar la punición, requisito que no resulta necesario en los delitos de resultado de acción. En vista de esta significativa diferencia, se analizarán, durante el desarrollo de este trabajo, los principales criterios elaborados por la doctrina jurídico-penal con el propósito de distinguir entre conductas activas y omisivas. Posteriormente, una vez que se determine cuál de estos criterios resulte el más apropiado, se establecerá a qué modalidad de comportamiento responde el caso objeto del presente estudio.

Una segunda reflexión que surge a partir de esta investigación, es si el argumento esgrimido por el Tribunal Supremo Federal Alemán, en el caso objeto de estudio, resulta plausible en el ámbito de los delitos imprudentes, toda vez que tanto la doctrina alemana⁴ como la chilena⁵, adoptan, en este ámbito, el sistema unitario de autor, según el cual «todo aquel» que a través de su conducta haya condicionado la producción del resultado, a partir de la infracción de un deber de cuidado, debe ser calificado como autor⁶. La consecuencia de la adopción de este sistema es la imposibilidad de distinguir entre formas de intervención y, por tanto, de participación en el ámbito de los delitos imprudentes. Llegado este punto es donde se suscita la duda acerca de la plausibilidad del argumento expuesto por el tribunal, puesto que su tesis gira, fundamentalmente, en torno a la calificación de la conducta del policía como de «complicidad imprudente», para así construir el siguiente argumento lógico: al ser el suicidio un hecho atípico, aquel que es cómplice del suicidio no puede ser castigado en razón del principio de accesoriedad. A los fines de afirmar la inexactitud del argumento de la participación para el caso que se analiza, se verificará si, efectivamente, el sistema unitario de autor es el correcto en lo relativo al ámbito de los delitos

⁴Cfr. por todos KINDHÄUSER, Urs. Infracción de Deber y Autoría- Una crítica a la Teoría del Dominio del Hecho. *Revista de Estudios de la Justicia* (14): 41-52, 2011. p. 42.

⁵Cfr. por BUSTOS Ramírez, Juan. *El delito culposo*. 1º edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995. p. 95.

⁶Siempre y cuando se cumplan con los ulteriores requisitos de imputación.

imprudentes o si existe algún otro sistema de autor que sea compatible con el argumento formulado por el tribunal.

Una vez quede demostrado que el argumento del tribunal es incompatible con un delito imprudente, se analizará una posible responsabilidad del policía en la muerte de la mujer, específicamente una responsabilidad a título de «autor» del tipo de homicidio imprudente del § 222 del Código Penal Alemán⁷ (Art. 391 N° 2 en relación con el Art. 490 número 1 del Código Penal Chileno⁸). Para verificar tal responsabilidad, se recurrirá a la teoría de la imputación objetiva del resultado. De acuerdo a esta última, tres son las exigencias necesarias para la imputación de un resultado a la conducta del autor: 1) que éste haya condicionado el resultado a través de su comportamiento; 2) que el autor haya creado, a través de su comportamiento, un riesgo jurídicamente desaprobado; 3) que el resultado sea una consecuencia, específica, del riesgo jurídicamente desaprobado creado por el autor⁹.

Durante el desarrollo del trabajo, se verá que es en la verificación del segundo requisito, de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, donde se presenta dificultades en el caso de estudio. Para efectuar la verificación de este requisito, se acudirá a la clasificación tripartita de grupo de casos elaborada por Frisch¹⁰, método que permite decidir, desde un punto de vista normativo, si ciertas formas de comportamiento que tienen la cualidad de desencadenar o conducir a lesiones en bienes de la víctima, deben o no ser vistas como creaciones desaprobadas de riesgo. En este sentido, para aquellos casos en el que el menoscabo para la víctima se produce a través del actuar intercesor de la propia víctima (como, efectivamente, ocurre en el caso objeto de estudio), Frisch plantea que, por regla general, las conductas de terceros que faciliten o promuevan tales autolesiones crean sólo riesgos

⁷En adelante StGB.

⁸En adelante C.P.

⁹FRISCH, Wolfgang. *La Imputación Objetiva del Resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*. Traducido por Coca, Ivo. Barcelona, Atelier, 2015. p. 52.

¹⁰Ibid, p. 82.

tolerados¹¹. Durante el desarrollo del presente trabajo, se proporcionará cuál es el fundamento o criterio que permite sustentar tal planteamiento.

Sin embargo, a partir de las mismas consideraciones acerca de las causas por las que, en este grupo de casos, no puede hablarse de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, también podrán extraerse sus límites y, por ende, aquellos casos en los que la conducta del tercero que posibilita una autolesión sí deberán verse como la creación desaprobada de un riesgo, constituyéndose así en excepciones a la regla general enunciada¹². La primera excepción, se presenta en aquellos casos en los cuales la decisión respecto a posibles menoscabos sobre bienes propios, la asume una persona que no posee una capacidad plena para la elección de decisiones responsables o para la comprensión del alcance de dichas decisiones¹³. La segunda excepción, se presenta en aquellos casos en los que la víctima, pese a tener la capacidad para decidir responsablemente, debido a «causas situacionales» no puede decidir, de manera razonable, respecto a posibles menoscabos sobre bienes propios¹⁴.

El caso objeto de este análisis parece enmarcarse dentro del primer grupo de excepciones, toda vez que los antecedentes revelan que la mujer se encontraba inmersa en un estado depresivo que, posiblemente, la incapacitaba para la toma de decisiones razonables. De allí, la necesidad de establecer si, efectivamente, M se encontraba en una situación que pudiese considerársele como no responsable y, por tanto, requiriese protección penal mediante prohibición típica. Esta última premisa sugiere determinar, primeramente, qué debe entenderse por «responsabilidad de la víctima» en casos de autolesiones o autopuestas en peligro. En vista de que en los códigos penales no se establece una definición de cuándo podrá considerarse no responsable a una víctima, la solución debe afianzarse, indirectamente, en enunciados extraídos de otros contextos¹⁵. En este sentido, la doctrina jurídico-penal ha elaborado, fundamentalmente, dos criterios de solución: el criterio de la inimputabilidad y el criterio

¹¹Ibid, p. 74.

¹²Ibid, 76.

¹³Ibid.

¹⁴Ibid.

¹⁵CANCIO Meliá, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. 2ª edición. Barcelona, J.M. Bosch, 2001. p. 357.

del consentimiento¹⁶, ambos serán analizados, con detenimiento, durante el desarrollo de este trabajo.

Se observará que, tomar postura por uno de estos criterios, permitirá establecer si el policía, efectivamente, generó un riesgo jurídicamente desaprobado, pues si partimos de la premisa de que, pese al estado depresivo de la mujer, ésta resultase suficientemente capaz y responsable de sus actos, el policía habría provocado solo un riesgo permitido y, por ende, no podría imputársele el resultado. Desde una perspectiva contraria, si se considera a la mujer como una persona que no estaba en condiciones de decidir razonablemente acerca de sus bienes, la conducta del policía habría excedido el riesgo permitido y, en consecuencia, verificándose el último requisito de la imputación objetiva (el de la realización de ese riesgo en el resultado) se podría dar por establecida la imputación objetiva por el tipo de homicidio imprudente. Esto último, permitirá a su vez, emitir un dictamen respecto a cómo debió haberse resuelto el caso en cuestión, dándose por alcanzado el objetivo general de la investigación.

¹⁶Ibid; FEIJÓO, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia*. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2001. p. 349.

1. Conducta del policía: ¿activa u omisiva?

1.1. Problemática y principio de solución

La primera reflexión que se suscita a partir del caso planteado, y que no fue asumida como un problema por el BGH está relacionada con una interrogante inicial: ¿puede la conducta del policía consistir en un posible delito de acción? o, en caso contrario, ¿podría tratarse de un posible delito de omisión? Surgen estas incógnitas en razón de que su conducta se puede describir tanto en forma activa: haber colocado el arma de servicio (cargada) sobre el tablero del vehículo; como también en forma pasiva: no haber tomado las apropiadas medidas de resguardo del arma.

En este sentido, el Artículo 1º del C.P. establece como delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley. A partir de esta normativa y desde la forma de realización del delito, son dos las modalidades que puede presentar un tipo penal: tipo comisivo y tipo omisivo¹⁷. Se podría pensar, desde un punto de vista naturalístico, que es el carácter «activo» o «pasivo» de la conducta de un sujeto lo que diferencia a ambas formas de realización del delito. Sin embargo, lo que distingue realmente al tipo comisivo del omisivo es la diferente estructura y el diverso significado que ostentan como base del injusto penal¹⁸. En cuanto a la «estructura» de los tipos penales, los tipos comisivos se ven materializados si se verifica la conducta que refiere el correspondiente tipo penal¹⁹. Ejemplo de ello, la conducta de herir o golpear contemplada en el Art. 397 del C.P. Contrariamente, los tipos omisivos se consuman si no se verifica una determinada conducta requerida por el tipo penal (la acción de no socorrer o auxiliar señalada en el Art. 494 N° 14 del C.P.), siendo indiferente en éste último caso si el sujeto ha quedado pasivo ante la situación o ha realizado una

¹⁷MIR Puig, Santiago. *Derecho penal: Parte general*. 10ª Ed. Montevideo-Buenos Aires. Editorial B de f; Julio César Faira-Editor, 2016. p. 318.

¹⁸Ibid.

¹⁹Ibid.

conducta distinta a la prevista. Es decir, en absoluto es necesario que, para que se verifique un tipo omisivo, el sujeto haya quedado totalmente inactivo²⁰.

A partir de los criterios ya señalados, se deriva el «diverso significado» que poseen ambas clases de tipos penales: mientras el tipo de acción es la base de la infracción de una norma de prohibición de una conducta que es considerada indeseable por su dañosidad, el tipo de omisión es la base de la infracción de una norma de requerimiento de una conducta a la que sí se le considera deseable²¹. Dicho de otro modo, el injusto de una comisión radica en hacer algo que una norma prohíbe; mientras que el injusto de una omisión reside en no hacer -o hacer algo distinto a- la conducta deseada por una norma de requerimiento²².

Entonces, si la verificación de una comisión u omisión depende de la estructura del tipo y de su significado como base de la infracción de una norma penal de prohibición o de requerimiento y no del carácter ontológico-naturalístico de una conducta como activa o pasiva, no podrá comprobarse la presencia de una acción u omisión sin considerar el posible tipo penal que viene en consideración con la realización de una conducta²³. Se observa así, que el tipo penal ofrece una considerable ayuda para la diferenciación²⁴. Por lo tanto, la problemática de la comisión u omisión no puede tratarse como una realidad que la ley presupone, sino que debe tratarse en el seno del tipo de injusto, como una de sus modalidades según la clase de norma infringida y no según el carácter activo o pasivo de la conducta²⁵. De este modo, la distinción entre una comisión y una omisión será más bien una distinción de modalidad de imputación de la conducta, es decir, de examinar si en el caso en concreto es posible imputar a la conducta una comisión o una omisión²⁶. No obstante, no debe perderse de vista que en los planteamientos de muchos autores en relación a

²⁰Ibid.

²¹Ibid.

²²Ibid.

²³Ibid, p. 319.

²⁴NOVOA Monreal, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires, Depalma, 1984. p. 196.

²⁵Mir Puig, Santiago. loc. cit.

²⁶SILVA Sánchez, Jesús María. *El delito de omisión: Concepto y sistema*. 2da. Edición. 4ª reimpresión. Montevideo-Buenos Aires. Editorial B de f; Julio César Faira-Editor, 2017. p. 204.

esta problemática, subyacen las nociones de acción y omisión como formas de comportamiento previas al tipo²⁷.

Ahora bien, no siempre resultará posible realizar la distinción atendiendo a la estructura del tipo penal que venga en consideración con la realización de la conducta. Específicamente, la estructura del tipo penal no permitirá que se establezca si se trata de una acción o una omisión cuando el tipo penal abarque tanto una norma de prohibición como una norma de requerimiento. Esta ambigüedad, se hace presente, justamente, en los tipos penales de resultado. Estos últimos son aquellos que requieren que el comportamiento del autor vaya seguido de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta realizada²⁸. Por ejemplo el tipo de homicidio señalado en el Art. 391 del C.P. que requiere el resultado de muerte de una persona. En contrapartida al tipo penal de resultado, se encuentra el tipo penal de mera actividad, que es aquel cuya descripción y contenido material se agota en la realización de una conducta, sin que se exija la producción de un resultado distinto al del comportamiento mismo²⁹. Por ejemplo, el tipo de allanamiento de morada contenido en el Art. 144 del C.P.

Al igual que los tipos de acción pueden ser clasificados en tipos de mera actividad y tipos de resultado, los tipos de omisión pueden consistir en un no hacer algo determinado o requerir, además, la evitación de un resultado. Los primeros constituyen los denominados «tipos omisivos puros» y representan la contrapartida de los delitos de mera actividad en los tipos activos³⁰. Por ejemplo, el tipo de omisión de socorro contenido en el Art. 494 N° 14 del C.P, no contempla la necesidad de la producción de un resultado por la no prestación de auxilio. En cambio, los tipos omisivos que requieren evitar un resultado reciben el nombre de «comisión por omisión» y equivalen a los delitos de resultado en los tipos de acción³¹.

²⁷Ibid, p. 206.

²⁸Mir Puig, Santiago. op. cit. p. 231.

²⁹Ibid.

³⁰Ibid, p. 321.

³¹Ibid.

Se deriva, a partir de estas consideraciones, la siguiente interrogante: ¿en qué ocasiones un tipo penal de resultado, además de castigar la producción del resultado, también podrá sancionar el no evitarlo? Cuando el delito omisivo esté previsto en forma indirecta en el mismo tipo penal. Es decir, la respuesta atiende a la circunstancia de que los delitos omisivos puedan o no estar previstos, expresamente, por la ley penal. En los casos en que sí lo esté recibe el nombre de omisión propia³². En cambio, cuando no esté expresado en la ley penal recibe el nombre de omisión impropia y las mismas se presentan en forma indirecta sólo en los tipos penales de resultado³³. Justamente en razón de la falta de previsión es que, a los fines de fundamentar la responsabilidad en la omisión impropia, se requiera que, en el caso concreto, se compruebe en el actuante una «posición de garante», requisito que no resulta necesario en los delitos de omisión propia o en los delitos de acción³⁴.

En consecuencia, si un mismo tipo penal de resultado pudiese abarcar no sólo una norma que prohíba la producción del resultado, sino que, además incluya una norma que requiera evitar el mismo (lo que sucede, precisamente, con el tipo penal que viene en consideración con la conducta del policía, la del homicidio imprudente), no se podrá concluir acerca de la existencia de una acción u omisión atendiendo a la estructura del tipo penal en cuestión. Se presenta, en consecuencia, una cierta «zona ambigua»³⁵. Primordialmente, si la conducta del policía se interpreta como una acción imprudente debido a que todo delito imprudente implica la producción del resultado a través de la «omisión» de un deber de cuidado³⁶. Debido a ello es que, en casos como estos, será necesario acudir a alguno de los criterios elaborados por la doctrina jurídico-penal para determinar si, a la conducta de un sujeto, se le puede imputar una comisión o una omisión (infra 1.3). Antes de abordar este aspecto, corresponde que nos detengamos en el valor o la importancia de realizar correctamente la diferenciación.

³²Ibid.

³³Ibid.

³⁴Ibid.

³⁵Silva Sanchez, J. op. cit. p. 220.

³⁶Ibid.

1.2. Importancia de la distinción

La decisión acerca de la existencia de una posible comisión u omisión adquiere importancia práctica en razón de que, por la estructura dogmática que presentan los tipos penales de resultado, son distintos los requisitos necesarios para los delitos de acción que para los delitos de omisión impropia. Estos últimos presuponen -como ya se señaló- el elemento adicional representado por la posición de garante³⁷. Además esta diferenciación tendrá relevancia en varias otras áreas tales como: la comprobación del nexo causal, la tentativa, la participación, entre otras³⁸.

En cuanto al aspecto penológico, se destaca que la relevancia no es tal en la legislación chilena pues no se establece diferencia en el marco de la pena entre la figura de la comisión y el de comisión por omisión. Sin embargo, no debe olvidarse de regímenes jurídicos diferentes, como ocurre en Alemania, en donde la delimitación sí tiene importancia en este aspecto en atención a la posible atenuación de la pena (§13 II StGB)³⁹.

1.3. Examen de los diferentes criterios de distinción

Se ha observado que el primer paso para una distinción entre una comisión y una omisión debe ser la comprobación de la naturaleza del tipo penal que viene en consideración con la realización de la conducta. Estaríamos en presencia de una comisión si el tipo penal que entre en consideración presuponga la infracción de una norma prohibitiva. Por otra parte, estaríamos en presencia de una omisión si el tipo penal supuesto presuponga la infracción de una norma de requerimiento. Pero, en el caso de que un tipo penal sea de resultado, que presuponga la infracción tanto de una norma de prohibición como de una de requerimiento, este paso no resultará suficiente y deberá hallarse otros criterios o formas de distinción.

³⁷Mir Puig, Santiago, p. 321; Silva Sanchez, J. op. cit. p. 217.

³⁸ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general*. Tomo II. Trad. 2da ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997. p. 780.

³⁹Ibid. El §13 II StGB establece que en los tipos de comisión por omisión la pena puede disminuirse conforme al § 49, inciso 1.

En este sentido, se han propuesto distintos criterios para realizar tal diferenciación, pudiéndose agrupar, los principales, en tres grandes categorías: los ontológicos, los valorativos o normativos y el mixto. Los primeros entienden el problema como una cuestión relacionada, fundamentalmente, con la determinación del objeto, procurando realizar la distinción con base a criterios pre-jurídicos⁴⁰. Los valorativos conciben la problemática como una cuestión de valoración de la conducta, resultando innecesario acudir al exterior del comportamiento⁴¹. Por último, el criterio mixto de «la causalidad» parte de consideraciones con base real-efectiva para luego valorarla con base a los correspondientes tipos penales⁴². Todos estos criterios serán analizados a continuación, con el propósito de comprobar cuál de ellos resulta el más apropiado y, de este modo, establecer qué modalidad de comportamiento es la que concurrió en el caso objeto de este estudio.

1.3.1. Teorías ontológicas

Los principios de esta corriente, se basan en la naturaleza de las cosas. En el carácter físico, ontológico de la conducta⁴³. Tiene especial importancia el criterio de «aplicación de energía» elaborado por Engisch⁴⁴, quien señala que el hacer supondría «la aplicación de energía» en una determinada dirección. Mientras que el omitir supondría «la no-aplicación de energía» en una dirección. Este criterio resultaría útil a primera vista. Sin embargo, es posible que una persona siempre actúe y omita a la vez. Es decir, es probable que una persona aplique una energía en una determinada dirección y, a su vez, deje de aplicar energía en otra dirección⁴⁵. Y es, precisamente, en este último punto donde radica la principal crítica que se le adjudica a esta teoría.

⁴⁰Silva Sanchez, J. op. cit. p. 222.

⁴¹Ibid.

⁴²Ibid. p. 237.

⁴³Ibid.

⁴⁴Así ENGISCH, K. *Negatives Sollen im Bürgerlichen Recht*, *MSchrKrim* 24. 1933. p. 239, citado en Silva Sanchez, J. op. cit. p. 231.

⁴⁵Silva Sanchez, J. op. cit. p. 231.

1.3.2. Teorías valorativas

Este grupo de teorías establecen que la distinción entre una conducta activa y una omisiva no se trata de una cuestión fáctica, ontológica. Más bien, se trata de una valoración de las conductas, razón por la cual, y en caso de presentarse una causación activa del resultado, sería posible entender la conducta del sujeto como una no evitación de la producción del resultado y, por ende, valorarse como una conducta omisiva⁴⁶. Las principales teorías que componen las teorías valorativas son: la del reproche jurídico y la del sentido social del hecho. La divergencia, entre ambas, reside, fundamentalmente, en el criterio valorativo seguido⁴⁷.

De acuerdo a la teoría del reproche jurídico, la distinción no puede realizarse según la configuración externa de un caso concreto, más bien, según donde se dirija el «reproche jurídico» de la conducta. Su propulsor, Mezger⁴⁸, argumenta que lo característico de la acción es «algo que se hace», mientras que lo característico de la omisión es un «no hacer algo». Sin embargo, podría entenderse que «haciéndose algo» se dé una omisión, si es que el reproche de la conducta se dirige contra un no hacer vinculado con la acción⁴⁹. Por su parte, el criterio del sentido social distingue ambos tipos de conducta de acuerdo al «sentido social» que se le consagra al hecho. De esta manera, se podría hablar de omisión cuando el comportamiento «tiene el sentido» de no evitación de un resultado determinado, mientras que concurriría una acción si tiene el sentido de producción del mismo⁵⁰.

Ambas teorías han sido objeto de unas cuantas críticas. La principal, se dirige a que la distinción encarnaría un círculo vicioso, toda vez que para saber hacia qué dirección se daría el «reproche» o el «sentido social», primeramente, resulta necesaria la admisión de un delito de acción y de omisión⁵¹. Es decir, ambas teorías presuponen

⁴⁶Ibid.

⁴⁷Ibid.

⁴⁸Así MEZGER, E. *Anmerkung*, JZ. 1958. p. 281, citado en Silva Sanchez, J. op. cit. p. 224.

⁴⁹Silva Sanchez, J. op. cit. p. 224.

⁵⁰Así SCHMIDT, E. *Der Arzt im Strafrecht*. Leipzig. 1939, p. 79, citado en Silva Sanchez, J. op. cit. p. 224.

⁵¹Roxin, Claus. op. cit. p. 783.

la concurrencia de las dos modalidades de conducta y, sobre esa base, buscan establecer a cuál de las dos debe asignársele preferencia. Por otra parte, también se les ha objetado que no proponen criterios lo suficientemente claros acerca de cómo debería realizarse el reproche o el sentido social de la conducta, haciéndose depender la determinación entre una acción u omisión, en última instancia, de una valoración personal por parte del juez⁵².

Por último, al interior de las teorías valorativas, también, se encuentran agrupadas las denominadas soluciones «pragmáticas», que poseen una naturaleza de índole más bien práctica, caracterizada por la ausencia de una profunda fundamentación teórica⁵³. A partir de estas soluciones, se sostiene que en aquellos casos en los que se discuta si la conducta de un sujeto viene dada por una comisión o una omisión, se debería dar preferencia o primacía al hacer, lo que se traduce en el adagio latino *in dubio pro commisione*⁵⁴. Tal postura se fundamenta en el hecho de que el ordenamiento jurídico tendría un carácter, mayoritariamente, prohibitivo y que los preceptos imperativos jugarían un papel secundario. Del mismo modo que ocurre con las teorías del reproche jurídico y sentido social del hecho, la crítica más significativa que se ha realizado contra estas soluciones prácticas es que éstas, también, reconocen la presencia de ambos tipos de conducta, por lo que no determinan la existencia de una u otra sino sólo dan primacía a alguna de ellas⁵⁵. Otra de las críticas que han recibido las soluciones pragmáticas tiene que ver con la ausencia de un marco teórico que sustente la búsqueda de soluciones generales y no de soluciones puntuales a casos concretos⁵⁶.

⁵²Ibid.

⁵³Entre otros, sostiene esta solución pragmática SCHÖNKE-SCHRÖDER. *Strafgesetzbuch Kommentar*. 12ª edic. München, 1965, citado en Silva Sanchez, J. op. cit. p. 228.

⁵⁴Ibid. p. 229.

⁵⁵Ibid. p. 230.

⁵⁶Ibid.

1.3.3. Criterio de la causalidad

Esta propuesta de solución puede considerarse, hoy en día, como la predominante en la doctrina alemana⁵⁷. Según el criterio de la causalidad, la delimitación entre una conducta activa y una omisiva depende de si la conducta que ha realizado el sujeto fue o no causal para la producción del resultado típico⁵⁸. Con ello, la causalidad será el fundamento principal a los fines de responsabilizar a un determinado sujeto por una comisión o una omisión. Por tanto, si se determina que la conducta del posible autor fue una condición necesaria para la producción del resultado, se verificará una comisión. En contraposición, si falta esta relación causal, se procede a analizar una posible omisión⁵⁹. De esta manera, como el criterio de la causalidad parte de consideraciones con base real-efectivo, pero, a la vez valora si el comportamiento del autor causó un resultado «típico» de un determinado tipo penal, estaríamos frente a un criterio «mixto» de determinación⁶⁰.

Además de la comprobación del requisito de causalidad, este criterio, finalmente, exige la comprobación de los demás requisitos de imputación pues al no darse por configurada la imputación comisiva, se debe proceder a analizar la presencia de una posible omisión⁶¹. La teoría de la causalidad tampoco ha estado exenta de críticas. A esta última, se le atribuye la misma crítica recibida por las teorías valorativas y ontológicas. Es decir, que el criterio presupondría la presencia tanto de una comisión como de una omisión, razón por la cual no se trataría de un criterio de delimitación sino, más bien, de preferencia de una u otra forma de comportamiento⁶².

Desde nuestra perspectiva, el criterio de la causalidad es la solución que se considera más adecuada. A la par de considerar certeras y sustanciales las críticas dirigidas a los demás criterios de delimitación planteados, se estima que al destacar a

⁵⁷Ibid, p. 237 con ulteriores indicaciones bibliográficas. Silva Sánchez lo considera como la doctrina dominante en razón de que penalistas alemanes significativos como Welzel, Jescheck, Roxin, entre otros, sostienen una opinión próxima a este criterio.

⁵⁸Roxin, Claus. op. cit. p. 782.

⁵⁹Silva Sánchez, J. op. cit. p. 240

⁶⁰Ibid. p. 237.

⁶¹Ibid, p. 240.

⁶²Ibid, p. 244.

«la causalidad» como el elemento diferenciador, fundamental, del tipo comisivo respecto del omisivo, el criterio ubica el problema de la distinción en sede de la tipicidad y, por tanto, es el que responde, objetivamente, a una concepción de la comisión y la omisión como clases de realización típica⁶³.

1.4. Resultados

El primer paso para una distinción entre una comisión y una omisión debe ser la comprobación de la naturaleza del tipo penal que viene en consideración con la conducta. De este modo, estaremos en presencia de una comisión si el tipo penal presupone la infracción de una norma prohibitiva. Por otra parte, estaremos en presencia de una omisión si el tipo penal presupone la infracción de una norma de requerimiento. En los casos en que un tipo penal sea de resultado y presuponga tanto la infracción de una norma de prohibición como de una de requerimiento (como es el tipo del homicidio), la comprobación de la naturaleza del tipo penal no resultará suficiente y deberá buscarse otra forma de distinción.

De las distintas formas de diferenciación planteadas por la doctrina jurídico-penal, el criterio de causalidad es el que se considera más adecuado toda vez que destaca el elemento diferenciador fundamental de ambas formas de realización típica: la causalidad. En consecuencia, para determinar si en el caso «La Pistola de Servicio» cabe una posible imputación por comisión u omisión habrá que evidenciar si la conducta del policía fue o no causal para la producción del resultado, es decir causal para la muerte de la mujer. A los fines de realizar esta comprobación, se recurre a la teoría de la equivalencia de las condiciones⁶⁴. De acuerdo a ella, la causalidad puede determinarse suprimiendo, mentalmente, el comportamiento del autor: si con ello desaparece también el resultado, el comportamiento sería causal. Y si por el contrario, el resultado subsiste, faltaría la causalidad⁶⁵. En el caso objeto de este análisis observamos que al suprimir, mentalmente, la conducta del policía, consistentemente en

⁶³Ibid. p. 239.

⁶⁴Un estudio pormenorizado de la comprobación de la causalidad se hará infra 3.4.

⁶⁵ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general*. Tomo I. Trad. 2da ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997. p. 347; Mir Puig, Santiago. op. cit. p. 247.

haber colocado su arma cargada encima del tablero del vehículo, el resultado también desaparece, por lo que queda afirmado la relación de causalidad.

De acuerdo a estas consideraciones, se concluye que resulta posible imputar al policía por «una comisión». Sin embargo, para establecer tal imputación, habrá que dilucidar, primeramente, qué calificación de entre todas las formas de intervención debe proporcionársele al policía. Es decir, si debe calificársele como posible autor o partícipe del hecho. Sobre todo si se considera la fundamentación realizada por el tribunal para la absolución del acusado, la cual se basó fundamentalmente en la calificación del policía como de un «partícipe» en el suicidio de la mujer. La argumentación presentada por el tribunal a partir de la calificación de complicidad, así como la plausibilidad de este razonamiento serán analizados en el siguiente capítulo.

2. El argumento de la participación en el ámbito de los delitos imprudentes

2.1. Nociones preliminares

En el Derecho penal no sólo se responsabiliza al que comete, sólo y de propia mano, un hecho punible. También resultan implicados aquellos que, junto con el primero, cometieron -en alguna medida- el mismo hecho punible. La realización conjunta del hecho punible recibe la denominación de «intervención» la cual puede perpetrarse de dos formas: la autoría y la participación, presentando cada una de ellas, a su vez, distintas variantes⁶⁶. Las formas de autoría son las siguientes: directa o inmediata; mediata y la co-autoría. En términos sencillos, autor directo -tipo paradigmático de autoría- es aquel que comete solo y de propia mano el delito, la coautoría es la realización conjunta del hecho entre varios sujetos, y la autoría mediata, por su parte, es la realización de un hecho como propio a través de la conducta de otro sujeto⁶⁷. En este mismo orden de ideas, las variantes de la participación son: la complicidad y la inducción. Se considera cómplice aquel sujeto que auxilie e inductor aquel que incite al autor a cometer el hecho⁶⁸.

En la doctrina jurídico-penal, se discute la posibilidad de admitir o no «la participación» tanto en el ámbito de los delitos dolosos como en el de los imprudentes. Mientras que en el ámbito de los delitos dolosos no existe discusión respecto a la posibilidad que se presenten todas las formas de intervención señaladas, en el terreno de los delitos imprudentes existen posturas encontradas en cuanto a la admisión de la participación⁶⁹. En tal sentido y atendiendo a la posibilidad de concurrencia de ambas formas de intervención, el sistema de autor en el ámbito de los delitos imprudentes se clasifica en restrictivo o unitario⁷⁰. La adopción de uno u otro sistema determinará, de manera relevante, la resolución del caso objeto de esta investigación, toda vez que,

⁶⁶Kindhäuser, Urs. op. cit. p. 41.

⁶⁷Ibid.

⁶⁸Ibid.

⁶⁹ROSO Canadillas, Raquel. Los criterios de autoría en el delito imprudente. *Derecho Penal y Criminología*. Vol. 25 (75): 227-244, 2004. p. 227.

⁷⁰Kindhäuser, Urs. op. cit. p. 42.

como se observará, la adopción del sistema unitario de autor imposibilitaría la distinción entre formas de intervención en el ámbito de los delitos imprudentes.

En este sentido, al no ser viable la distinción entre formas de intervención en un delito imprudente, no podrá fundamentarse una posible absolución del acusado con base a su calificación como «partícipe». De hecho, el tribunal, al calificar la intervención del policía como «partícipe» imprudente en el suicidio de la mujer (influido, quizás, por el razonamiento lógico de que al haber sido la propia víctima quien finalmente realiza el disparo, sería ella la responsable principal de lo acontecido), concluyó que el policía no podía ser castigado en razón del principio de accesoriedad, el cual establece que «un partícipe» sólo puede ser castigado si el autor del hecho comete un hecho típico y antijurídico⁷¹. Como el suicidio es un hecho atípico, la respuesta lógica por la cual el BGH procedió a la absolución fue que el policía no podía ser castigado por este hecho.

Visto de este modo, la plausibilidad o no del argumento de la participación para el caso que nos compete dependerá de si, efectivamente, el «sistema unitario de autor» es el criterio correcto aplicable al ámbito de los delitos imprudentes. Por esta razón, corresponde analizar a los dos posibles sistemas de autor para el ámbito de los delitos imprudentes: el unitario y el restrictivo.

2.2. Sistema unitario o extensivo-causal

El sistema unitario o también denominado extensivo-causal es el mayormente acogido por la doctrina alemana⁷² y, del mismo modo, por la chilena⁷³. El argumento de este sistema parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones. De acuerdo a ésta y dado el carácter imprudente de la conducta, todo aquel que ha contribuido a producir el resultado, infringiendo una norma de cuidado, debe ser castigado como

⁷¹ROXIN, Claus. *Acerca del fundamento penal de la participación*. En su: *Dogmática penal y política criminal*. Lima, Idemsa, pp. 371-400. p. 398.

⁷²Kindhäuser, Urs. loc. cit.

⁷³Cfr. con ulteriores indicaciones bibliográficas HORVITZ Lennon, María Inés. Autoría y participación en el Delito Imprudente. *Revista de Estudios de la Justicia* (10): 143-155, 2007. p. 144.

«autor» del hecho⁷⁴. El efecto de este postulado es que no sería posible diferenciar entre las formas de intervención en los delitos imprudentes pues tantos autores como cómplices, en razón de la equivalencia de las causas, contribuyen a la realización del resultado⁷⁵. Por tanto, quien ejecuta una acción de manera imprudente (que en el caso de haber dolo podría calificarse tan sólo como cómplice, p. ej. por ser sólo una conducta auxiliar), será «autor» del delito, siempre y cuando se cumplan los ulteriores requisitos de imputación⁷⁶.

Las razones por las cuales gran parte de la doctrina alemana se acoge a este sistema podrían resumirse en dos: una formal y otra material⁷⁷. La formal vendría dada por la manera en que están reguladas, en la legislación alemana, las formas de intervención delictiva. En éstas se exige el dolo tanto en la conducta del autor como en la del partícipe, lo cual resultaría incompatible con los delitos imprudentes⁷⁸. Además, la configuración típica de los delitos imprudentes en el código penal alemán, presenta un claro contenido causalista⁷⁹, lo que permite aprehender toda contribución en el hecho⁸⁰.

Por su parte, la razón de índole material deriva del criterio mayoritariamente utilizado para distinguir entre las formas de intervención en el ámbito de los delitos dolosos: el criterio del dominio del hecho⁸¹. Según este criterio, autor es aquel que domina el hecho. Mientras que partícipe sería quien no lo domina⁸². Un sujeto domina el hecho cuando determina o configura su conducta hacia la realización de un fin determinado⁸³. Esta postura resulta incompatible con los delitos imprudentes, donde el sujeto o bien conoce que su comportamiento podría llevar al resultado pero confía –no

⁷⁴Roso, Raquel. op. cit. p. 229.

⁷⁵Ibid.

⁷⁶Kindhäuser, Urs. op. cit. p. 42.

⁷⁷Roso, Raquel. op. cit. p. 230.

⁷⁸Cfr. párrafos 26 y 27 del código penal alemán.

⁷⁹Como p. ej. el tipo del homicidio imprudente del § 222 del StGB, el cual castiga a “quien *cause* la muerte de una persona por imprudencia”. Sin cursiva en el original.

⁸⁰Kindhäuser, Urs. op. cit. 52.

⁸¹Roso, Raquel. op. cit. p. 230.

⁸²Kindhäuser, Urs. op. cit. p. 43.

⁸³Roxin, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo II. p. 75.

era su fin- que éste no se produjera (culpa consciente), o ni siquiera se representa que su conducta podría provocar el resultado (culpa inconsciente)⁸⁴.

La ventaja que destaca, en este sistema unitario o extensivo-causal del autor, es el de su simplicidad ya que no es necesario acudir a criterios que permitan diferenciar a las distintas formas de participación pues ante la coexistencia de varios intervinientes, todos son calificados –en principio- como autores⁸⁵. En cuanto a los inconvenientes derivados de la aplicación de este sistema destaca, a primera vista, el hecho de que se genera una extensión -a veces hasta ilógica- del tipo penal, toda vez que es subsumible en él cualquier conducta que haya contribuido a la realización del resultado⁸⁶. Conscientes de esta desventaja, los partidarios del sistema unitario procuran corregir el exceso a través de la teoría de la imputación objetiva, recurriendo a criterios tales como el de la creación desaprobada de un riesgo o de la realización del riesgo en el resultado⁸⁷.

2.3. Sistema restrictivo

Partiendo de la premisa de que el sistema unitario de autor en los delitos imprudentes, extendería, injustificadamente, el tipo penal, se ha propuesto el sistema restrictivo. De acuerdo a este sistema, el autor sería, exclusivamente, aquella persona que «realiza propiamente» el tipo penal⁸⁸. La ventaja de aplicar este criterio es que se delimitaría, de un modo adecuado, las fronteras del tipo penal, evitándose la extensión en demasía, y permitiéndose que aquel sujeto que intervino tan solo accesoriamente en la realización del hecho punible (y que en el sistema unitario sería castigado como autor) se le castigue sólo como partícipe⁸⁹. Esto conlleva consecuencias penológicas

⁸⁴Ibid.

⁸⁵Ibid.

⁸⁶Ibid.

⁸⁷Ibid.

⁸⁸Esta posición es la seguida mayoritariamente por la doctrina española, cfr. con ulteriores indicaciones bibliográficas, Ibid, p. 231.

⁸⁹Ibid, p. 232.

por la reducción del marco penal respecto al autor⁹⁰ o, directamente, por la impunidad del partícipe atendiendo al principio de accesoriedad o, porque se considere que la participación imprudente, en sí misma, no resulta punible⁹¹.

Los partidarios del sistema restrictivo critican al sistema unitario de autor por su tendencia a restringir la responsabilidad imprudente mediante la imputación objetiva y no a través de la distinción entre formas de intervención⁹². Se alega que, de esta manera, se estaría sobrecargando el ámbito de la imputación objetiva del resultado con problemas que podrían y deberían resolverse dentro de las formas de intervención. En este sentido, se requiere, antes de averiguar si podría imputarse un resultado a una acción, determinar qué clase intervención se refiere: autoría o participación, toda vez que los criterios de la imputación objetiva deberían variar si se buscara imputar a un partícipe o al autor⁹³. De este modo, resultaría innecesario examinar la imputación objetiva del resultado en aquellos casos en que se haya calificado la conducta del sujeto tan solo como partícipe y, el hecho principal resulte atípico puesto que de acuerdo al principio de accesoriedad, necesariamente, la conducta del partícipe deberá ser calificada como impune⁹⁴.

Por otro lado, los partidarios de esta postura señalan que la tarea de determinar quién es el sujeto que «realiza propiamente el tipo» o quién es «la figura central» del hecho sería posible, sin mayores dificultades, en aquellos tipos penales en que se describan cuál o cuáles son las modalidades de acción típica. En este sentido, bastaría, exclusivamente, una tarea de subsunción de la conducta en el tipo penal⁹⁵. Sin embargo, la dificultad se presentaría en los casos en que el tipo penal en cuestión

⁹⁰La reducción sería solo respecto del cómplice, puesto que el inductor es castigado como autor en el ordenamiento jurídico-penal alemán (cfr. §§ 26 y 27 del StGB) y chileno (arts. 15 y 16 del C.P.).

⁹¹Esto último por una consideración político-criminal al estimar que el injusto de una participación imprudente no sería tan alto como para ser castigado, o por una cuestión formal en razón del sistema de *numerus clausus* de los delitos imprudentes seguidos por legislaciones como la española (Art. 12). Véase más al respecto *Ibid*, p. 244.

⁹²Roso, Raquel. op. cit., p. 234.

⁹³LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. La “determinación objetiva del hecho”, observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 42, (3): 889-914, 1989. p. 891.

⁹⁴*Ibid*. p. 892.

⁹⁵Roso, Raquel. op. cit. p. 231.

sea uno «meramente resultativo», tipo donde se castiga la producción de un resultado no describiéndose las modalidades de conductas que puedan conducir a ese resultado⁹⁶. Ejemplo de ello: el tipo del homicidio imprudente.

Para la determinación de quién realiza el tipo penal en estos casos, se han desarrollado, esencialmente, dos propuestas: la teoría objetivo-formal y la teoría de determinación objetiva del hecho⁹⁷. De acuerdo con la teoría objetivo-formal, sería autor aquel que realiza el tipo penal, es decir, aquel cuya conducta es subsumible, sin más, en el tipo penal⁹⁸. A partir de esta enunciación, se concluye que esta teoría no soluciona el inconveniente que se presenta en los tipos penales resultativos, puesto que el problema radica, justamente, en el poder determinar quién es el que realiza el tipo penal o qué conductas pueden subsumirse dentro del mismo. Al no proporcionarse un criterio material que permita establecer cómo puede subsumirse una conducta en un tipo penal, esta teoría resultaría insuficiente⁹⁹.

A los fines de superar este escollo, Luzón Peña elaboró la teoría de «determinación objetiva del hecho». En ella recurre a un criterio material para la solución de estos casos. La propuesta de este autor pretende indagar acerca del elemento objetivo que conforma, junto con el elemento subjetivo, el dominio del hecho¹⁰⁰. Es decir, para Luzón Peña existe, tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes, «una cualidad» en la acción que permitiría hablar de control cuando se le añade la consciencia y voluntad¹⁰¹. Así, aquel que, consciente o inconscientemente, marque y configure, decisivamente, el curso del acontecer típico, «fije el sí y el cómo» de este acontecer típico hacia la producción del resultado, será el autor¹⁰².

Una consecuencia de esta posibilidad de diferenciación entre las formas de intervención en los delitos imprudentes, sería el hecho de que cabrían las mismas

⁹⁶Ibid.

⁹⁷Ibid, p. 232

⁹⁸Luzón Peña, Diego. op. cit. p. 892.

⁹⁹Roso, Raquel. op. cit. p. 233.

¹⁰⁰Luzón Pena, Diego. loc. cit.

¹⁰¹Ibid, p. 894.

¹⁰²Ibid, p. 895.

clases de autoría que en los tipos dolosos, es decir: autoría directa imprudente, autoría mediata imprudente y coautoría imprudente¹⁰³.

2.4. Resultados

La posibilidad de diferenciar entre las formas de intervención en los delitos imprudentes depende, fundamentalmente, del derecho positivo de cada país. Por esta razón y aun cuando pudiese considerarse plausible la idea de que todo hecho punible, sea doloso o imprudente, tendría una parte objetiva o una cualidad fáctica que permitiría calificar como autor a quien «lo determine o dirija» y como partícipe a los demás intervinientes, no podrá aceptarse tal planteamiento a menos que exista compatibilidad con lo establecido en el derecho positivo de un determinado país. En definitiva, si el Código Penal Alemán establece que es necesario el dolo en la participación, se concluye que no es posible la participación imprudente. Es decir, se deberá optar por el sistema unitario o extensivo-causal.

Por consiguiente, al haber sido calificada, por el BGH, la conducta del policía como «imprudente», se infiere que solo se podría haber analizado su responsabilidad como posible «autor» y no como «partícipe» de un delito imprudente. Adicionalmente, surge otro argumento importante: del hecho de que no se hayan llevado a cabo determinados requisitos legales de la participación (falta del hecho principal) no se puede deducir la imposibilidad de la comisión en concepto de «autor» de algún posible tipo penal que venga en consideración con la realización de la conducta (como por ejemplo el de homicidio imprudente)¹⁰⁴. Visto de este modo, el que la conducta del sujeto se considere o no típica, requerirá de una verificación independiente sujeta a los parámetros propios de la autoría. Es decir, de acuerdo a los criterios determinantes para la desaprobación o no de conductas peligrosas¹⁰⁵.

¹⁰³Ibid, p. 898.

¹⁰⁴FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducido por Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004. p. 177.

¹⁰⁵Ibid.

En razón de estas últimas consideraciones, se estima que resulta incorrecto el empleo del fundamento de la «accesoriedad de la participación» esgrimido por el tribunal a los fines de avalar la absolución del policía. Llegado a este punto, se propone que, para una adecuada resolución del caso habría que analizar la responsabilidad del policía a título de «autor» del tipo de homicidio imprudente. Para ello, se acudirá, en los siguientes capítulos, a la teoría de la imputación objetiva del resultado mediante la cual se intentará determinar si resulta posible o no imputar al policía por el tipo de homicidio imprudente.

3. Análisis de la responsabilidad del policía a través de la teoría de la imputación objetiva del resultado

3.1. Cuestiones preliminares

Luego de haber demostrado que el argumento esgrimido por el tribunal para absolver al acusado del caso objeto de esta investigación es inexacto en el ámbito de los delitos imprudentes en razón del sistema unitario de autor, resta verificar si es posible responsabilizar al policía por la muerte de la mujer por el delito de homicidio. Para ello, se acudirá a la teoría de la imputación objetiva del resultado.

El principio básico de la teoría de la imputación objetiva subyace en la necesidad de establecer, claramente, cuál es la relación que debe existir en los delitos de resultado, entre la conducta del autor y el resultado típico, para así afirmar que el tipo objetivo del delito se ha visto realizado¹⁰⁶. Así, mediante esta teoría, se revela que el nexo que debe mediar entre la conducta del autor y el resultado va más allá de la pura constatación causal. Es decir, para que el resultado pueda ser imputado al autor deben darse, además de la relación causal, otras condiciones adicionales emanadas de consideraciones normativas¹⁰⁷. En este y en los siguientes capítulos, se analizará si el comportamiento del policía cumple con las exigencias propuestas por la teoría de la imputación objetiva del resultado.

3.2. Requisitos esenciales de la teoría de la imputación objetiva del resultado

De acuerdo con el estado actual de la teoría de la imputación, tres son las condiciones necesarias para la imputación objetiva del resultado¹⁰⁸:

¹⁰⁶FRISCH, Wolfgang. *La Imputación Objetiva del Resultado*. p. 41.

¹⁰⁷Ibid, p. 50.

¹⁰⁸REYES Alvarado, Yesid. Fundamentos teóricos de la imputación objetiva. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 45, Fasc/Mes 3: 933-968, 1992. p. 961; Mir Puig, Santiago. op. cit. p. 259.

-En primer lugar, que el autor haya producido el resultado en términos causales a través de su comportamiento.

-En segundo lugar, que el autor, a partir de su comportamiento, haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado.

-Por último, debe haberse realizado en el resultado, precisamente, el riesgo desaprobado creado por el autor.

En consecuencia, no puede imputársele, desde un inicio, el resultado a un sujeto cuyo comportamiento ni siquiera haya sido una condición necesaria para la producción de dicho resultado¹⁰⁹. Pero, aún cuando el comportamiento de un sujeto haya sido causal del resultado, sólo podrá imputársele un resultado típico cuando su conducta pueda ser calificada como la creación desaprobada de un riesgo y, el resultado, sea la consecuencia específica de ese comportamiento desaprobado jurídicamente¹¹⁰.

Estos requisitos expuestos, resultan válidos no solo en el ámbito de los delitos imprudentes, sino también en el de los delitos dolosos: el dolo exigido en este último ámbito, respecto a la producción del resultado, no reemplaza las condiciones objetivas de imputación, más bien se exige, adicionalmente junto con estas condiciones. Y es ésta, justamente, la razón que fundamenta la mayor punibilidad del dolo con respecto a la imprudencia¹¹¹. Una cuestión distinta es si, desde un punto de vista jurídico-práctico, la teoría de la imputación objetiva tiene o no mayor relevancia en el ámbito de los delitos dolosos, puesto que, en la mayoría de los casos en que un sujeto actúa con dolo respecto al resultado y este último es la consecuencia causal de su actuación, resulta ya evidente que las acciones llevadas a cabo por el sujeto constituyen creaciones de riesgo desaprobados y, el resultado acaecido, supone la realización de ese riesgo¹¹². Visto de este modo, la teoría de la imputación objetiva del resultado

¹⁰⁹ Frisch, Wolfgang. *La Imputación Objetiva del Resultado*. p. 54.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*, p. 55.

¹¹² *Ibid.*

cobra mayor sentido, desde un punto de vista jurídico-práctico, en el ámbito de los delitos imprudentes¹¹³.

3.3. El requisito de la causalidad entre la conducta del autor y el resultado

De los tres requisitos mencionados en torno a las condiciones exigidas por la teoría de imputación objetiva del resultado, el de la causalidad es el que presenta menos problemas. Este primer requisito resulta útil a los fines de delimitar aquellos supuestos en los que la conducta del autor no ha sido, de modo alguno, relevante para la producción del resultado¹¹⁴. Dicho en otras palabras, demarca aquellos casos en los que, desde un principio, no existe nexo causal entre la conducta del sujeto y el resultado¹¹⁵. Para esta limitación, se ha venido recurriendo, dentro de la teoría de la imputación objetiva del resultado, a dos teorías indistintamente: la teoría de la condición ajustada a la ley y a la teoría de la equivalencia de las condiciones¹¹⁶.

En el caso de la teoría de la condición ajustada a la ley, la interrogante que se plantea es si el actuar del sujeto se vincula con el resultado conforme a una ley natural, de manera que el comportamiento represente una condición para la producción del resultado¹¹⁷. Por su parte, la teoría de la equivalencia de las condiciones considera como causa toda condición necesaria para la producción de un resultado y ello se determina a través de un proceso de abstracción, suprimiendo mentalmente la conducta del autor: si con ello el resultado desaparece, entonces la conducta sería causal. Caso contrario: si el resultado se mantiene, faltaría la relación de causalidad¹¹⁸. Como esta última teoría no realiza alguna selección entre las innumerables condiciones necesarias para la producción de un resultado, sino más bien las

¹¹³Ibid, p. 41; Reyes, Yesid. op. cit. p. 965.

¹¹⁴FRISCH, Wolfgang. *Tipo Penal e Imputación Objetiva*. Traducido por Bacigalupo, Enrique. Madrid, Colex, 1995. p. 29.

¹¹⁵Ibid.

¹¹⁶Ibid.

¹¹⁷Roxin, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. p. 351; Mir Puig, Santiago. op. cit. p. 251.

¹¹⁸Roxin, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. p. 347.

considera equivalentes a todas por igual, se le designa como teoría de la equivalencia¹¹⁹.

Tanto la teoría de la condición ajustada a la ley como la de la equivalencia de las condiciones presentan sus ventajas y dificultades. Así, esta última, a pesar de ser fácilmente aplicable, presenta dos inconvenientes importantes: el primero es que provoca dificultades en aquellos casos en los que se elimine mentalmente la conducta que se pretenda examinar pero el resultado igualmente se mantenga, no a causa de esta conducta, sino por otras circunstancias, como las causas sustitutivas hipotéticas¹²⁰. Normalmente, esta dificultad se subsana recurriendo no solo a la eliminación mental del comportamiento del autor, sino también, a la prohibición de añadir mentalmente cursos causales hipotéticos¹²¹. El segundo inconveniente que presenta es que, la eliminación mental de un comportamiento, es favorable solo en aquellos casos en que se pueda indicar, basados en la experiencia, lo que hubiese podido ocurrir obviando la conducta o comportamiento. Esto demanda, necesariamente, del conocimiento de leyes naturales¹²². Es decir, del conocimiento sobre determinados comportamientos y sus vínculos con alguna ley natural que actué como condición para la producción de un resultado¹²³.

Frente a esta dificultad, la teoría de la condición ajustada a la ley obtiene una ventaja pues hace hincapié, justamente, en la importancia del comportamiento dentro del marco de las leyes naturales¹²⁴. Sin embargo, el inconveniente de esta teoría reside en que, frecuentemente, resulta difícil la formulación de leyes naturales. Ejemplo de esta afirmación son aquellos resultados provocados por ciertos sucesos o eventos naturales en los que no puede probarse, con exactitud, bajo qué condiciones se producen¹²⁵. Precisamente, son argumentos de ésta índole los que influyen para que la teoría de la equivalencia de las condiciones continúe gozando de gran popularidad ya

¹¹⁹Mir Puig, Santiago. op. cit. p. 251.

¹²⁰Frisch, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 30.

¹²¹PUPPE, Ingeborg. *La Imputación Objetiva*. Traducido por García, Percy. Granada, Comares, 2001. p. 48; Mir Puig, Santiago. op. cit. p. 249.

¹²²Frisch, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 30.

¹²³Ibid.

¹²⁴Ibid.

¹²⁵Ibid.

que mediante su fórmula de supresión mental, al eliminar la conducta y verificar si también con ello se elimina el resultado, se convierte en un modo concreto de comprobar la causalidad¹²⁶.

En definitiva, toda esta discusión no representa un problema específico inherente a la teoría de la imputación objetiva, más bien constituye una cuestión propia de la causalidad. En un aspecto en el que coinciden los partidarios de la teoría de la imputación objetiva es que en la mayoría de los supuestos en que el nexo de causalidad entre el comportamiento del sujeto y el resultado no resulte claro, no cabe negar la imputación del resultado en razón del requisito de causalidad, sino a través de exigencias normativas¹²⁷. Esta premisa es aplicable tanto para aquellos supuestos de cursos causales absolutamente extraordinarios como para aquellos en los que el resultado se produce, únicamente, en virtud del comportamiento de un tercero o de la propia víctima. Estas circunstancias no suprimen, de modo alguno, la causalidad respecto a la primera persona que actuó¹²⁸. Sin embargo, con esta afirmación no se pretende negar que, evidentemente, se presenten procesos en los que la imputación quede excluida en el plano de la causalidad. Mas, estos casos resultan sencillos y quedan fuera del ámbito propio en donde cobran sentido los filtros de exclusión normativa inherentes a la teoría de la imputación¹²⁹.

3.4. La comprobación del requisito de causalidad en el caso «La Pistola de Servicio»

Para la verificación del requisito de causalidad en el caso objeto de este estudio, se opta por aplicar la teoría de la equivalencia de las condiciones. De acuerdo a ella, la causalidad puede determinarse suprimiendo mentalmente el actuar del autor. Llevado al caso puntual que nos compete, observamos que al suprimir mentalmente la conducta del policía consistente en la colocación de su arma cargada encima del tablero del vehículo, el resultado también desaparece, pues sin el acceso al arma, la

¹²⁶Roxin, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. p. 348.

¹²⁷Frisch, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 58.

¹²⁸Ibid, p. 59.

¹²⁹Ibid.

mujer no hubiese perpetrado el disparo que acabó con su vida. De este modo, se confirma que la conducta del policía fue una condición necesaria para la producción del resultado: la muerte de la mujer. Seguidamente, se analizarán aspectos relativos al segundo requisito: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

3.5. La exigencia de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Nociones preliminares

La creación de un riesgo, por parte del autor, que sea considerado desaprobado por el ordenamiento jurídico-penal, es el segundo requisito exigido por la teoría de imputación objetiva del resultado. En este sentido, «un riesgo de que se produzca un resultado» significa que, mediante la realización de un concreto comportamiento, aparezca conforme al conocimiento general empírico, como posible o incluso probable la producción de ese resultado¹³⁰.

El juicio acerca de esta probabilidad de desencadenar determinados cursos causales debe realizarse desde una perspectiva *ex ante*. Es decir, desde una perspectiva existente al momento de actuar¹³¹. Asimismo, resulta determinante que este juicio de probabilidad sea realizado conforme a un juicio objetivo del que formen parte no solo aquellas circunstancias reconocibles para el sujeto actuante al momento de proceder, sino también aquellas situaciones que el actuante, adicionalmente, ya conocía¹³². Luego, el riesgo se desaprueba, jurídicamente, por parte del ordenamiento jurídico-penal cuando el comportamiento es valorado, precisamente, a causa del peligro inherente al mismo, como uno que no debe tener lugar con carácter general¹³³.

Ahora bien, pese a que la conducta de un sujeto desencadene determinados cursos causales lesivos y, con ello, se produzcan resultados típicos, es posible que el

¹³⁰Frisch, Wolfgang. *La Imputación Objetiva del Resultado*. p. 60; KINDHÄUSER, Urs. *Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso*. En: Cuestiones actuales del Derecho penal general y patrimonial (I Jornada de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura), Piura, 29 de octubre de 2004. p. 59; Roxin, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. p. 367.

¹³¹Roxin, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. p. 360.

¹³²FRISCH, Wolfgang. *Estudios sobre Imputación Objetiva*. Santiago de Chile, Abeledo-Perrot y THOMSON REUTERS, 2012. p. 41, nota nº 16.

¹³³Frisch, Wolfgang. *La imputación objetiva del resultado*. p. 60.

ordenamiento jurídico-penal no encuentre razones suficientes para considerarlo desaprobado. En este sentido, Frisch¹³⁴ propone una clasificación tripartita de grupos de hechos que, desde un punto de vista normativo, permite decidir, mediante el empleo de un sistema de principios y excepciones, si ciertas formas de comportamiento que posean la cualidad de conducir a lesiones, deben o no ser vistas como creaciones de riesgos jurídicamente desaprobadas. Los grupos de casos de esta clasificación son las siguientes¹³⁵: en primer lugar, casos en los que el menoscabo de los bienes de la víctima se produce o amenaza con producirse «directamente» a través del comportamiento de una persona. En segundo lugar, casos en que el menoscabo de los bienes de la víctima se produce o amenaza con producirse, únicamente, en virtud del comportamiento de un tercero. Y, finalmente, los casos en que el menoscabo para la víctima amenaza con producirse a través del actuar intercesor autónomo de la propia víctima.

Precisamente es en este último grupo de casos, también conocido como conductas que favorecen o posibilitan una autolesión o autopuesta en peligro de la víctima¹³⁶ o cooperación a acciones a propio riesgo¹³⁷, donde se enmarca el caso «La Pistola de Servicio». Esto porque, entre el comportamiento del policía (haber dejado el arma cargada encima del tablero del vehículo) y el resultado (la muerte de la mujer), estuvo el comportamiento de la propia víctima (la realización del disparo). A continuación, se analizarán las consideraciones normativas propuestas por Frisch para este grupo de casos y, en concordancia con ello, se determinará si la conducta del policía puede o no considerarse como una creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

¹³⁴Ibid, p. 82.

¹³⁵Ibid.

¹³⁶Kindhäuser, Urs. *Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso*. p. 61.

¹³⁷JAKOBS, Günther. *Fundamentos de la imputación objetiva del comportamiento*. En su: *La imputación objetiva en derecho penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996. p. 35.

3.6. Conductas que posibilitan o favorecen las autolesiones o autopuestas en peligro ajenas

En este grupo están comprendidas aquellas situaciones en las que, luego de la realización de determinadas conductas por parte de terceros o en paralelo a estas conductas, la propia víctima realiza acciones que, finalmente, llevan a la producción de lesiones o perjuicios en sus bienes jurídicos¹³⁸. Sucintamente, se incluyen aquellos casos en los que un tercero, a través de la realización de prestaciones, entrega de objetos, suministro de información y/o emprendimiento de algún tipo de acción posibilita o favorece a quien las reciba y haga uso de estas prestaciones, objetos o informaciones a que se ponga en peligro a sí mismo, se lesione o incluso se dé muerte haciendo uso de dichas prestaciones¹³⁹. Quedan exceptuadas, en cambio, aquellas circunstancias en las que la víctima interviene con su mera presencia en el lugar de los hechos o no evitando la conducta amenazadora del actuante¹⁴⁰, situaciones que quedan comprendidos en el primer grupo de casos señalados *ut supra*.

La pregunta que surge, en este grupo de conductas, es la siguiente: ¿cuál es la relevancia de la contribución de la víctima en la producción del resultado? O dicho de otro modo: ¿en qué medida la contribución de la víctima es considerada apta como para excluir la punibilidad de la conducta del tercero que también ha sido causal para la producción del resultado?¹⁴¹ La discusión en torno a estas interrogantes adquiere relevancia a partir de los siguientes escenarios: primeramente, en el ámbito de las drogas. Específicamente en aquellas situaciones en que un tercero hace entrega de estupefacientes a una persona drogadicta, quien, al consumirlos fallece. En estos casos, ¿sería posible castigar al proveedor por el tipo del homicidio imprudente?¹⁴² En este mismo orden de ideas, la autopuesta en peligro de la víctima adquiere valor en el marco de la discusión sobre casos de infección provocados por el virus del VIH. El ejemplo más emblemático es el siguiente: una persona no infectada por el virus decide,

¹³⁸Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. p. 165.

¹³⁹Ibid.

¹⁴⁰Ibid.

¹⁴¹Frisch, Wolfgang. *Tipo Penal e Imputación Objetiva*, p. 121.

¹⁴²Ibid.

voluntariamente, sostener relaciones sexuales, sin protección, con una persona portadora del VIH. Esto, con pleno conocimiento del estado que aqueja a su pareja. Como consecuencia también resulta infectada por el virus. En virtud de que la víctima conocía la infección de su pareja aunada al hecho de que haya decidido, de manera voluntaria, establecer el contacto sexual sin protección, se plantea una incógnita: ¿debería excluirse la punibilidad de la conducta de la persona portadora del virus¹⁴³? Sin embargo, estos dos ejemplos, ya expuestos, no agotan la discusión acerca de las conductas favorecedoras de la autolesión o autopuesta en peligro ajena.

También se incluyen en este grupo, casos en los que se incita a otros a participar en carreras automovilísticas, o aquellas situaciones en las que se aborda un vehículo, en plena consciencia acerca del estado de ebriedad del conductor¹⁴⁴. Incluso, aquellos casos en los que la víctima se autolesiona o se coloca, inconscientemente, en situación de peligro. Ejemplo de ello: cuando el tercero posibilita o facilita el empleo de informaciones, objetos y aparatos que impliquen, por su naturaleza, factores de riesgo o peligro, ignorados por la eventual víctima¹⁴⁵.

Ya se había señalado, en párrafos anteriores, que dentro del grupo de conductas objeto de análisis, se incluyen las denominadas autolesiones o autopuestas en peligro realizadas por la víctima en forma «posterior» a la conducta del tercero, así como también las ejecutadas en «paralelo o simultáneo» a la conducta del tercero. De modo que, desde un punto de vista de la sucesión temporal de las conductas, es posible realizar una nueva clasificación de este grupo de casos: las subsiguientes y las conductas simultáneas a la conducta del tercero¹⁴⁶. En ambos supuestos, la consideración acerca de la desaprobación o no de la creación de riesgos puede llevarse a cabo con base al mismo fundamento o razón material: la ponderación de intereses entre la libertad de actuación y protección de bienes¹⁴⁷. La clasificación relativa a la sucesión temporal de las conductas, más bien resulta válida a los fines de

¹⁴³ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. *InDret: Revista para el análisis del derecho*. Nº 1: 26 págs., 2013. p. 5.

¹⁴⁴Jakobs, Günther. op. cit. p. 36.

¹⁴⁵Frisch, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 122.

¹⁴⁶Ibid, p. 134.

¹⁴⁷Ibid. p. 135.

dar cuenta, en detalle, de la aplicación del fundamento señalado en una u otra premisa. Dado que, el presente análisis crítico, se plantea como objetivo general establecer la resolución más adecuada para el caso denominado «La Pistola de Servicio», se expondrá sólo el grupo de casos aplicable al tema. Es decir, las autolesiones o autopuestas en peligro realizadas por la víctima «posterior» a la conducta del tercero.

3.7. La ponderación de intereses como razón material para la determinación de la desaprobación

Es importante destacar, primeramente, que la intención de integrar, en un mismo grupo, las conductas señaladas no obedece a la necesidad de afirmar la creación de riesgos jurídicamente desaprobados en todos los casos. Tampoco, se trata de adoptar cualquier otra solución unitaria o asegurar que la solución de este grupo de casos no sería factible si se aplicasen los principios destinados para los otros dos grupos ya mencionados¹⁴⁸. Esta aclaratoria cobra importancia debido a que la solución propuesta para uno u otro grupo se establece, en definitiva, basado en el mismo principio o criterio normativo antes señalado: la ponderación entre la libertad de actuación y la protección de bienes¹⁴⁹.

En este sentido, Frisch plantea que aquellas conductas facilitadoras u posibilitadoras de autolesiones o autopuestas en peligro ajenas, por regla general, no crean riesgos jurídicamente desaprobados¹⁵⁰. Este planteamiento lo fundamenta con base a una ponderación de intereses de los involucrados en el hecho. De acuerdo con esta idea, habrá cabida para la así llamada autopuesta en peligro de la víctima excluyente de la pena del actuante, allí donde no se identifique un interés (preferente) en la prohibición de determinadas conductas de terceros y, en consecuencia, no se pueda fundamentar su prohibición típica¹⁵¹. Así, Frisch argumenta que la razón de fondo y presupuesto de la prohibición típica de una determinada conducta del actuante es el interés que muestre el eventual afectado en la no realización de la conducta del

¹⁴⁸Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación de resultado*, p. 166.

¹⁴⁹Ibid.

¹⁵⁰Frisch, Wolfgang. *La Imputación Objetiva del Resultado*, p. 74.

¹⁵¹Frisch, Wolfgang. *Tipo Penal e Imputación Objetiva*. p. 130.

actuante¹⁵². En la medida en que no se revele un interés semejante (un interés orientado a la protección individual de la eventual víctima), declinará el fundamento para la limitación de la libertad de actuación y realización de intereses de terceras personas mediante prohibición típica¹⁵³. Y aun en el caso de la existencia de intereses fundados por parte de los eventuales afectados, es posible que la prohibición decaiga dado el carácter preponderante de los intereses del tercero (o de intereses generales) en la realización de la conducta¹⁵⁴. Es decir, en el caso en que los intereses del tercero en la libertad de actuación sean preferentes a los intereses de protección de bienes de las eventuales víctimas.

Este último argumento puede comprenderse toda vez que, aún sin prohibición, el interés en la conservación de los bienes puede ser, fácilmente, atendido mediante la exigencia de ciertas precauciones y medidas por parte de los propios titulares de los bienes o de las personas competentes para ello¹⁵⁵, por ejemplo observando y cumpliendo con las medidas de seguridad o haciendo un uso correcto de los objetos o productos adquiridos. Pero, incluso cuando el eventual afectado carezca de posibilidades de autoprotección, es posible que, nuevamente, no se proteja sus bienes mediante prohibición típica allí donde se observe un interés preponderante de terceros en la ejecución de las acciones y los riesgos de los titulares de los bienes sean más bien limitados, como en el caso de los riesgos residuales de ciertos subsistemas¹⁵⁶.

A modo de ejemplificar estas proposiciones, Frisch señala situaciones tales como el manejo de determinados vehículos, máquinas o productos que, bajo ciertas condiciones, podrían representar riesgos y peligro inminente para los usuarios (ya sea por la inobservancia de las normas de seguridad, uso inapropiado, u otras

¹⁵²Ibid.

¹⁵³Ibid.

¹⁵⁴Ibid. p. 131.

¹⁵⁵Ibid. Este argumento no se sustenta allí donde el tercero esté limitado en su libertad de obrar, p. ej. por una posición de garante. En estos casos sí cabe calificar aquellas acciones de motivación o favorecimiento por parte de garantes como creación de riesgo típico, también incluso cuando se refieren a acciones responsables de la persona tutelada. Véase más al respecto Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación de resultado*, p. 194 y ss. En sentido contrario CANCIO Meliá, op. cit. p. 315, quien afirma que la posición de garantía no puede constituir una razón para derogar las reglas generales de imputación a este respecto. Así también FEIJÓO, Bernardo. op. cit. p. 356 y sgte.

¹⁵⁶Frisch, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva*. p. 131.

circunstancias)¹⁵⁷. A pesar de la existencia de estos riesgos, se puede afirmar, que casi nadie mostraría interés en la prohibición de fabricar o vender estos objetos pues los mismos usuarios se verían afectados al no poder utilizar estas prestaciones y objetos, en los cuales podrían estar interesados por las más diversas razones¹⁵⁸. Por tanto, resulta conveniente que, en lugar de la prohibición y teniendo en cuenta el razonable interés en la conservación de los bienes, se deje a cargo a los propios usuarios de estas prestaciones u objetos, la observancia de las medidas de seguridad o el cumplimiento de las instrucciones para el uso¹⁵⁹.

En efecto, no debe perderse de vista que una conducta posibilitadora o favorecedora del tercero puede conducir a lesiones en los bienes del que actúa, posteriormente, en razón de los más diversos motivos posibles¹⁶⁰. Desaprobar todos los comportamientos que, en forma previsible, pudiesen generar situaciones de riesgo o peligro a uno mismo, resultaría absolutamente inadecuado y desproporcionado¹⁶¹. Esta acción provocaría restricciones insoportables que atentan contra la libertad de actuación tanto del que daña (a través de la conducta de la víctima), como también del que, finalmente, se convierta en «víctima». Incluso de aquellas personas que, de alguna manera, tenían pensado hacerse daño a sí mismas¹⁶².

En consecuencia e inmersos en un ámbito libre de prohibiciones, es el eventual afectado quien resulta competente para garantizar su protección y, en su caso, sufrir sólo él las posibles consecuencias, al no contar con protección penal ante las conductas posibilitadoras o facilitadoras por parte de terceros¹⁶³. Contrariamente, al indicarse que el motivo normativo de la autopuesta en peligro excluyente de la pena del tercero no sería este ámbito libre de prohibiciones sino «la autorresponsabilidad de la víctima», se desfigura el contexto pues lo correcto es que la autorresponsabilidad de la

¹⁵⁷Ibid.

¹⁵⁸Ibid.

¹⁵⁹Ibid.

¹⁶⁰Cancio Meliá, op. cit. p. 342.

¹⁶¹Frisch, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 135.

¹⁶²Ibid.

¹⁶³Ibid, p. 132; Roxin, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 391; Kindhäuser, Urs. *Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso*. p. 61 y sgte.

víctima constituya, tan solo, el reverso de la falta de tipicidad de la conducta del tercero¹⁶⁴.

3.8. Ámbito de validez de la regla: protección de bienes individuales

Importa destacar que las consideraciones anteriores resultan relevantes sólo en un determinado contexto normativo: allí donde el tipo penal correspondiente proteja el interés del lesionado ante determinadas lesiones de «sus bienes» y no, en cambio, cuando se trate de la protección de intereses distintos a los del posible lesionado¹⁶⁵. Es decir, la no prohibición de aquellas conductas que puedan favorecer la autolesión o autopuesta en peligro, sólo puede ser legitimada por la falta de interés en dicha prohibición por parte de la eventual víctima, siempre y cuando, el tipo penal correspondiente esté orientado a la protección individual. Es decir, a la protección de los bienes individuales de la eventual víctima tales como la vida, la salud, etc.¹⁶⁶.

En razón de ello, sería inadecuado -por ejemplo- declarar impune, de acuerdo a las disposiciones de la Ley de Drogas, a aquellas personas que entregan estas sustancias a los consumidores¹⁶⁷, haciéndose referencia al desinterés de la posible víctima puesto que la prohibición de venta y entrega de estupefacientes no se debe a un beneficio en pro de la conservación de la salud del consumidor, sino obedece a un interés general de evitación de los problemas ligados con las adicciones¹⁶⁸.

3.9. Conclusiones

Se evidencia que la autopuesta en peligro autorresponsable de la víctima con la correspondiente impunidad del tercero actuante, se muestra tan solo como el reverso de la atipicidad de la acción de éste. Y esta falta de tipicidad es consecuencia de una

¹⁶⁴Frisch, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. p. 132. Así también Jakobs, Günther. op. cit. p. 36.

¹⁶⁵Frisch, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. p. 133.

¹⁶⁶Ibid.

¹⁶⁷Por ejemplo por el delito del Art. 4º de la Ley N° 20.000 “Que sustituye la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”.

¹⁶⁸Frisch, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. p. 134.

ponderación de intereses entre la libertad de actuación de terceros y la protección de bienes de la eventual víctima: mientras no se identifique un interés (preferente) en la prohibición de determinadas conductas de terceros, no se podrá fundamentar una prohibición típica de dichas conductas¹⁶⁹.

A partir de estas consideraciones en torno a las causas por las que no debe hablarse de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado pueden extraerse, paralelamente, sus límites y, junto con ellos, los casos en los que la conducta del tercero sí deban verse como la creación desaprobada de un riesgo, constituyéndose en excepciones a la regla general enunciada¹⁷⁰. Estas particularidades serán analizadas, a continuación, con el propósito de verificar si podrían o no resultar aplicables al caso objeto de esta investigación.

¹⁶⁹Ibid.

¹⁷⁰Ibid. p. 75.

4. Excepciones a la regla enunciada

4.1. Planteamiento

Para la validez de la regla señalada en el capítulo anterior en cuanto al hecho de no considerar creaciones de riesgos jurídicamente desaprobadas aquellas conductas favorecedoras o posibilitadoras de autolesiones o autopuestas en peligro por parte de la víctima, resulta determinante que la acción de autolesión o autopuesta en peligro, llevada a cabo por la víctima, sea realizada en forma responsable. Es decir, será decisivo el que la víctima, en el caso en concreto, sea capaz de tomar una decisión razonable respecto al menoscabo de sus bienes jurídicos¹⁷¹. A partir de esta circunstancia, a la que se le podría designar como el presupuesto o garantía normativa de la regla enunciada, pueden extraerse los dos grupos de casos que constituyen sus excepciones: casos en los que la decisión es tomada por una persona no responsable (infra 4.2), y casos en los que la víctima, debido a causas situacionales, no puede decidir de manera razonable (infra 4.3)¹⁷². Estas excepciones se presentan en atención a que, en ciertas condiciones, si se presentan intereses fundados en la no realización de conductas facilitadoras o posibilitadoras de terceros y, por ende, en su prohibición típica¹⁷³.

4.2. Casos donde la decisión la toma una persona no responsable

El primer grupo de excepciones a la regla enunciada puede inferirse a partir del presupuesto tácito del fundamento de la ponderación de intereses pues solo puede hablarse, razonablemente, de «la falta de un interés» en la prohibición o no realización de determinadas conductas de terceros (y la autoprotección preferida de la posible víctima), respecto de personas que, generalmente y conforme a sus capacidades tanto intelectuales como volitivas, estén en condiciones de decidir a favor de una conducta

¹⁷¹Ibid, p. 136.

¹⁷²Ibid.

¹⁷³Ibid.

libre de peligro¹⁷⁴. Es decir, personas que se vean habitualmente (y no por casualidad), como capaces de tomar decisiones autoresponsables en relación a sus propios bienes. En consecuencia, cuando este no sea el caso, prevalecerá un interés general en la omisión de conductas mediante las cuales puedan originarse situaciones de riesgo que estas personas, debido a sus deficiencias, no puedan dominar sin peligro¹⁷⁵. Por consiguiente, a personas incapaces no se les puede entregar objetos cuya peligrosidad no sea sin más perceptible o cuyo dominio sin peligro no les sea posible¹⁷⁶. Por ello, la conducta contraria se traduce como la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Así entonces la excepción encuentra su sustento, nuevamente, en la razón material o presupuesto de toda prohibición típica ya apuntada: la ponderación de intereses. En este caso, del mantenimiento de la integridad de los bienes de la persona no responsable, por un lado, y del interés de actuación del tercero por el otro¹⁷⁷. A partir de esta ponderación, se observa que resulta necesaria y adecuada la prohibición de conductas que puedan conducir a autolesiones o autopuestas en peligro de personas no responsables puesto que frente al interés de conservación de bienes tales como la integridad física o, inclusive, la propia vida, resulta, claramente, desplazado el interés de la libertad de actuación del tercero¹⁷⁸.

4.2.1. Indicios de la acción de autolesión o autopuesta en peligro ajena

Un aspecto que no debe perderse de vista vinculado a la noción de creación de riesgo¹⁷⁹ y que fue descrito en el capítulo anterior es que, para poder considerar a las conductas facilitadoras o promovedoras de autolesiones o autopuestas en peligro ajenas, como creación de riesgos jurídicamente desaprobados es necesario que,

¹⁷⁴Ibid.

¹⁷⁵Ibid. En este sentido también Cancio Meliá, Manuel. op. cit. p. 286; Feijóo, Bernardo op. cit. p. 348; Roxin, Claus. *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida*. p. 5.

¹⁷⁶Frisch, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. p. 136.

¹⁷⁷Ibid.

¹⁷⁸Ibid.

¹⁷⁹Al riesgo de producción de un resultado se lo había definido como aquel estado en el que aparezca, conforme al conocimiento general empírico y desde una perspectiva *ex ante*, como posible o incluso probable la producción de tal resultado, véase supra 3.5.

desde una perspectiva *ex ante* relevante para el autor, la conducta subsiguiente protagonizada por la víctima «no responsable» sea reconocible por el actuante¹⁸⁰. Es decir, deben existir indicios concretos o específicos respecto a que la persona no responsable, probable o previsiblemente, realizará acciones que terminen menoscabando sus bienes¹⁸¹.

Ahora bien, existen otros escenarios posibles: ¿qué pasaría si existiesen claros indicios respecto a que una persona a la que sí se le considere responsable termine menoscabando sus bienes? Bajo estas circunstancias: ¿tampoco cabría desaprobación la conducta que favorezca tal menoscabo? La regla enunciada, aun bajo estas circunstancias, debe mantenerse¹⁸². No cabe desaprobación jurídicamente estas conductas porque una solución contraria -como ya se señaló- afectaría la libertad de actuación al propio sujeto a proteger y dejaría sin significado a la capacidad de decisión que se le reconoce como una persona responsable¹⁸³. Por lo demás, la regla resulta necesaria y adecuada especialmente allí donde se trate de posibles autolesiones o autopuestas en peligro respecto a bienes disponibles de la víctima (propiedad, libertad, etc.)¹⁸⁴.

En otro orden de ideas, las circunstancias parecieran cambiar en aquellas situaciones en las que –de acuerdo a indicios propios del caso- resulte probable que la persona responsable ponga en peligro o lesione ya no un bien disponible, sino uno no disponible. Es decir, que sea posible que la víctima realice acciones temerarias que pongan en peligro su vida. En estos casos pareciera ser necesario prohibir tales conductas favorecedoras o posibilitadoras de terceros en aras de la protección del bien de más alto rango para la víctima¹⁸⁵. No obstante, lo que nuevamente desaconseja desaprobación tales conductas es la exigencia de adecuación: si se trata de personas con plena capacidad de decisión, no puede fundamentarse una eventual restricción de la

¹⁸⁰Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 173

¹⁸¹Ibid. Toda vez que la falta de responsabilidad de la víctima resulte manifiesta. Respecto a los casos en que no sea así y los indicios se refieran a la falta de responsabilidad, véase a continuación infra 4.2.2

¹⁸²Ibid, p. 174.

¹⁸³Ibid.

¹⁸⁴Ibid.

¹⁸⁵Ibid.

libertad de actuación de terceros para proteger a la víctima de las consecuencias de «sus propias» acciones peligrosas¹⁸⁶. Esto acarrearía, además, la restricción de la libertad de desarrollo de personalidad de la víctima¹⁸⁷.

Por último, si ni siquiera resulta perceptible u observable una búsqueda del desarrollo de personalidad en la acción llevada a cabo, de forma temeraria, por la víctima responsable, es decir, allí donde la conducta del tercero, directamente, promueva el suicidio de una víctima responsable ¿tampoco cabría prohibir esta conducta favorecedora?¹⁸⁸ La respuesta, nuevamente, se mantiene. La exigencia de adecuación se opone a desaprobando tales conductas: no puede considerarse a una persona como responsable y, al mismo tiempo, establecer normas que, de algún modo, pongan en duda su capacidad de decidir de manera responsable¹⁸⁹. Esto sugiere, por otro lado, que no todo suicidio puede interpretarse, *per se*, como un acto realizado por una persona no responsable. Dicho de otro modo: aun cuando el suicidio pudiese describirse como un acto insensato también puede representar la expresión de una decisión adoptada de manera responsable¹⁹⁰.

Debido a estas consideraciones, aun cuando los indicios del caso apunten a que una persona a la que se le considera responsable decida suicidarse, no cabe desaprobando aquella conducta que lo posibilite o favorezca¹⁹¹. Por el contrario, y como ya se fundamentó, la desaprobación de tales conductas posibilitadoras o favorecedoras de suicidios, se consideran adecuadas y necesarias allí donde se trata de una persona no responsable quien realiza la acción¹⁹².

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 175.

¹⁸⁸ Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación de resultado*. p. 175.

¹⁸⁹ Feijóo, Bernardo. *op. cit.* p. 385.

¹⁹⁰ Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación de resultado*. *loc. cit.*

¹⁹¹ Siempre y cuando el ordenamiento jurídico-penal no prevea un tipo penal independiente que castigue la cooperación o auxilio al suicidio, como sucede con la legislación alemana. No así en legislaciones como la chilena o la española que sí prevén un tipo propio que abarcan estas conductas, por lo cual sí podrán desaprobarse.

¹⁹² Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 176.

4.2.2. Indicios de la falta de responsabilidad de la víctima

El panorama, llegado este punto, pareciese haber quedado, relativamente, claro: en principio, las conductas que posibilitan o favorecen una autolesión o autopuesta en peligro de la víctima no son riesgos que puedan desaprobarse jurídicamente, salvo en los casos en que la víctima sea una persona no capaz de decidir, razonablemente, respecto a sus bienes.

Sin embargo, en muchas ocasiones, no le resultará fácil al tercero, desde una perspectiva *ex ante*, llevar a cabo una estimación certera en cuanto a la responsabilidad del otro. En efecto, y aun cuando esté claro lo que deba entenderse como responsabilidad de la víctima¹⁹³, en muchos casos no será sencillo, para el tercero, determinar si la persona que tiene al frente, es o no un sujeto responsable con capacidad para decidir sobre sus bienes¹⁹⁴.

En tal caso, cuando no se pueda descartar, sin más, una falta de responsabilidad de la eventual víctima, surgen nuevas interrogantes: ¿sería aconsejable partir de una creación de riesgo típico por parte del tercero? ¿O debe partirse de la creación de riesgo típico sólo cuando haya indicios concretos respecto a que la persona no sea responsable? Según Frisch¹⁹⁵, ante estos casos dudosos, resulta preferible prohibir las conductas de terceros que pudiesen facilitar posteriores autolesiones o autopuestas en peligro. Este postulado se apoya, nuevamente, en la ponderación de los intereses en juego, donde resulta aconsejable realizar un recorte en la libertad de actuación de los terceros o, incluso, en el de la propia víctima cuando exista «la posibilidad» de que las personas resulten ser no responsables y como consecuencia, puedan provocar menoscabos en sus bienes que pudiesen resultar graves e irreparables¹⁹⁶.

Ahora bien, la mera posibilidad general (no afirmada por indicios concretos) de que la persona no resulte capaz de decidir acerca de sus bienes: ¿resultaría suficiente

¹⁹³Véase al respecto infra 5.

¹⁹⁴Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. p. 177.

¹⁹⁵Ibid, p. 178.

¹⁹⁶Ibid.

para fundamentar la prohibición de la conducta del tercero? Máxime cuando, como es notorio, los delitos de resultado implican una graduación alta de las penas, resultando posible, además, el castigo por tentativa en caso de una conducta dolosa¹⁹⁷. En caso de llegar a una respuesta afirmativa, se podría incurrir en ampliaciones de punibilidad casi insoportables en los delitos de resultado. Por ejemplo: una persona que actuare en vista de tan solo el riesgo general (no confirmado por indicios) de que la persona quien tiene frente no sea capaz, resultaría responsable, casi siempre, por tentativa al solo conocer la posibilidad fundamentadora de la tipicidad¹⁹⁸. Esto último, no parece ser tolerable pues la graduación, relativamente alta, de los delitos de resultado y la punibilidad de la tentativa sólo pueden aplicarse en aquellos casos con un potencial de peligro en concreto¹⁹⁹.

En consecuencia, parece adecuado desaprobar jurídicamente sólo aquellas conductas que faciliten o favorezcan una autolesión o autopuesta en peligro a personas que, en atención a las circunstancias del caso, probablemente o previsiblemente no sean capaces de decidir sobre sus bienes²⁰⁰. Para ello, se requiere la existencia de indicios concretos que revelen la falta de responsabilidad de la eventual víctima que sean, o pudieran ser, apreciables por el tercero al momento en que se producen los hechos. Indicios tales como: falta de comprensión frente a su decisión y sus consecuencias, claros trastornos emocionales, etc.²⁰¹

4.3. Casos donde la víctima situacionalmente no puede decidir de manera razonable

Un segundo grupo de excepciones respecto a la regla de no desaprobar aquellas conductas que posibilitan o facilitan autolesiones o autopuestas en peligro de una víctima, se presenta en aquellos casos en que la víctima, pese a que tiene la capacidad de decidir de manera responsable, por «determinadas situaciones» no

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Ibid. p. 179.

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Ibid, p. 180. Cancio Meliá, op. cit. p. 365. también afirma que para castigar al tercero será necesario la existencia de indicios concretos sobre la falta de responsabilidad de la víctima.

puede hacerlo²⁰². Así, en primer lugar, se encuentran aquellas situaciones en que un tercero coacciona o engaña a la víctima para que ésta lleve a cabo una conducta dañina en contra de sí misma²⁰³. Estas circunstancias constituyen casos típicos de autoría mediata. En estos hechos, no existe «interés legítimo» alguno en la realización o no prohibición de estas conductas toda vez que las mismas están dirigidas sólo a dañar a la víctima. Entonces, de acuerdo al criterio material de ponderación de intereses, la conducta ha de ser desaprobada²⁰⁴.

En segundo lugar, cuando la potencial víctima responsable sí posea un «interés fundado» en la realización de acciones por parte de terceros (que no estén dirigidas solo a dañar a la víctima), únicamente podrá decidirse a ello cuando las conductas previas de los terceros (entrega de productos, informaciones, etc.) cumplan con ciertas condiciones de seguridad u ofrezcan información detallada sobre factores de riesgo que pudiesen poner en riesgo a la potencial víctima al hacer uso de estos productos, informaciones, etc²⁰⁵. En otras palabras, pueden presentarse casos en los que la víctima, pese a estar en condiciones de decidir habitualmente de manera autorresponsable, desconozca circunstancias relevantes para la toma racional de decisiones. Ejemplo de ello: cuando desconoce la especial peligrosidad de un objeto o producto que le es entregado o de información que le es proporcionada²⁰⁶.

En casos como estos, la persona que actúa subsiguientemente sobre la base de una determinada conducta de un tercero, suele estar interesada en que esa conducta se omita cuando la conducta propia posterior no esté libre de peligros o carezca de información detallada sobre posibles factores de riesgos asociados a una determinada actuación suya que no sean, sin más, evidentes²⁰⁷. En efecto, las personas esperan adquirir productos o prestaciones que no representen un riesgo si son empleados correctamente y es, precisamente, sobre la base de esta premisa que

²⁰²Frisch, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 137.

²⁰³Ibid.

²⁰⁴Ibid.

²⁰⁵Ibid.

²⁰⁶Ibid.

²⁰⁷Ibid. Así también Cancio Meliá, op. cit. p. 320.

los adquieren²⁰⁸. Y en el caso que no se puedan excluir todos los riesgos que surjan de la utilización normal de la prestación o el producto, los interesados esperan ser informados, en detalle, acerca de estas amenazas de manera que puedan orientar su conducta para así evitarlos o reducirlos²⁰⁹.

Este interés, por parte del eventual afectado, de garantizar una conducta propia posterior libre de peligros o de contar con la información sobre posibles riesgos, está fundado cuando ese interés o expectativa sea usual o normal y el tercero haya actuado sin ponerlo en duda²¹⁰. En efecto, también detrás de esto se encuentra el fundamento para considerar a estas acciones como jurídicamente desaprobadas. A saber: en un modelo de fidelidad de los individuos a la norma, basado en la idea de una convivencia ordenada, resulta indispensable preservar la confianza de que otros no inducirán o posibilitarán determinadas acciones o conductas cuando los terceros perciban que el sujeto que llevará a cabo determinado comportamiento, ignora la peligrosidad o lesividad de su actuar²¹¹. Del mismo modo, la protección ejercida por el Estado mediante la prohibición típica, es necesaria toda vez que una posible renuncia a ello elevaría la desconfianza de todos, colocando en tela de juicio lo que uno podría dar por supuesto, incluso, podría dar lugar a la meticulosidad de todas las conductas²¹². Piénsese en este sentido de qué manera se afectaría el tránsito vehicular si los distintos participantes deben permanecer atentos, permanentemente, a las conductas o acciones de terceras personas que podrían generar riesgos para sus bienes²¹³.

Por otra parte, el hecho de que la responsabilidad de evitar peligros recaiga en la persona que realiza la prestación o entrega de objetos y/o informaciones, tiene que ver con que, por lo general, solo estos portadores de roles están al tanto de los aspectos que podrían constituirse en factores de riesgo y/o están obligados a recabar la información necesaria en razón de la libertad de actuación que ejercen al realizar

²⁰⁸ CONTRERAS Chaimovich, Lautaro. La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada. *Política Criminal*. Vol. 10 (19): 266-296, julio 2015, p. 274.

²⁰⁹ Ibid.

²¹⁰ Frisch, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. p. 137; Cancio Meliá, op. cit. p. 320.

²¹¹ Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación de resultado*, p. 231.

²¹² Ibid. p. 232.

²¹³ Contreras, Lautaro. op. cit. p. 274.

tales acciones²¹⁴. En consecuencia, cuando estos portadores de roles desconozcan los riesgos, no podrá eximirse a la víctima del cuidado de sus bienes. Es decir, se deberá atender al principio de responsabilidad propia del individuo responsable²¹⁵.

De este modo, crea un riesgo jurídicamente desaprobado en el sentido de los delitos de lesiones o de homicidio, aquella persona que proporcione objetos o prestaciones que no cumplan con las condiciones necesarias para realizar una conducta propia posterior libre de peligro durante el uso habitual o conforme al contrato, o no informe acerca de esos factores de peligro durante la utilización de dichos objetos o prestaciones²¹⁶. Desde una perspectiva sistemática-material, estos casos de desaprobación de conductas, dado el carácter responsable de la víctima, han de interpretarse, más bien, como casos de falta de responsabilidad de la víctima debido a error²¹⁷. Este planteamiento se fundamenta, en razón de que la víctima, al no percatarse de la posibilidad de que se produzcan ciertos daños en sus bienes a partir de su actuar, habrá errado acerca del peligro de su acción²¹⁸.

4.4. Límites a la desaprobación de conductas facilitadoras o posibilitadoras

De los fundamentos o razones para considerar como creaciones de riesgos desaprobados a estos dos grupos de casos descritos, pueden extraerse, nuevamente, algunos límites. En primer lugar, corresponde al tercero: 1) omitir acciones mediante las cuales personas incapaces puedan autolesionarse o colocarse en situación de peligro; 2) cumplir con las condiciones de seguridad al efectuar prestaciones, entrega de productos y/o informaciones a personas responsables o, en su defecto, advertirles sobre posibles riesgos que pudiesen presentarse al hacer un uso apropiado de estos productos o informaciones; en tanto y en cuanto, su conducta se presente «por su sentido» como ocasionar o posibilitar una autolesión o autopuesta en peligro de la

²¹⁴Frisch, Wolfgang. *Estudios sobre imputación objetiva*, p. 80.

²¹⁵Ibid. Así también Feijóo, Bernardo. op. cit. p. 368.

²¹⁶Frisch, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 137. En este sentido también Feijóo, Bernardo. op. cit. p. 359 y sgtes; Jakobs, Günther. op. cit. p. 34; Kindhäuser, Urs. *Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso*. p. 61; Roxin, Claus. *Derecho penal parte general*. Tomo I, p. 391 y sgtes, 402.

²¹⁷Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 274.

²¹⁸Ibid.

víctima²¹⁹. Dicho de otro modo, no tiene cabida una desaprobación de creación de un riesgo en aquellos casos en que la conducta del tercero no se corresponde, en lo absoluto, con el sentido específico de favorecer o posibilitar la conducta de autolesión o autopuesta en peligro de la víctima²²⁰. Frisch ilustra esta relación de sentido, al citar dos ejemplos: el caso de un sujeto que, al caer en cuenta de que otro lo persigue, se adentra en un terreno conocido, consciente de que esta acción podría resultar peligrosa para el perseguidor; o aquel sujeto que hace entrega a otro de sustancias (ej. pinturas) que no representan, en principio, problema alguno siempre y cuando sean empleadas correctamente, pero existe la posibilidad de que el receptor las utilice, inadecuadamente, colocándose así en situación de peligro²²¹.

Como estas conductas no están dirigidas, por su sentido, a posibilitar o favorecer posibles autolesiones o autopuestas en peligro en la víctima, no existe motivo para desaprobar jurídicamente estas conductas. De manera que, se descarta la responsabilidad por un posible delito de resultado (en el caso que éste finalmente se produzca)²²². Ahora bien, cabe destacar que existen casos en los que, a pesar de la ausencia de relación de sentido ya descrita, si deben ser considerados, por otros motivos, como creación de riesgos desaprobados aquellas conductas que ocasionan o posibilitan la autopuesta en peligro. Ejemplo de ello: ciertos casos de persecución de delincuentes por parte de la policía²²³. En estas situaciones, el fundamento material para desaprobar jurídicamente la conducta del tercero no radica en el hecho de ocasionar una conducta peligrosa de parte de quien conoce la naturaleza riesgosa de la situación en detrimento de quien no la conoce, más bien, se desapueba jurídicamente la conducta por haber generado una situación que, en razón de las pautas del ordenamiento jurídico, no deja al otro ninguna otra opción que la de ejecutar la acción peligrosa y por ese motivo requiere de protección²²⁴.

²¹⁹Ibid, p. 232.

²²⁰Ibid, p. 234.

²²¹Ibid.

²²²Ibid.

²²³Ibid, p. 235.

²²⁴Ibid. Véase más al respecto en Roxin, Claus. *Derecho Penal: parte general*. Tomo I. p. 392.

4.5. Conclusiones

Son dos los supuestos que constituyen excepciones al principio según el cual el tercero no crea un riesgo jurídicamente desaprobado al promover o facilitar autolesiones o autopuestas en peligro de la víctima. El primero se refiere a aquella persona que facilita o promueve autolesiones o autopuestas en peligro en personas que no sean capaces de decidir, razonablemente, acerca de sus bienes. Para que esto ocurra será necesario que al tercero le resulte previsible, desde una perspectiva *ex ante*, el hecho de que la víctima en cuestión sea incapaz de razonar, adecuadamente, acerca de sus bienes; y además, que dicha persona no responsable se dispondrá a realizar acciones que puedan menoscabar sus bienes.

En segundo lugar, el tercero creará un riesgo jurídicamente desaprobado en situaciones en las que la víctima, pese a estar capacitada habitualmente para decidir razonablemente respecto a sus bienes, no pueda adoptar, en determinadas circunstancias, una decisión responsable. Esto tendrá lugar cuando, en primera instancia, el tercero coaccione o engañe a la víctima con el propósito de que ésta emprenda acciones que terminen menoscabando sus bienes. En segunda instancia, cuando el tercero haga entrega de objetos, informaciones o prestaciones que puedan dañar o lesionar a la víctima y, además, no haya realizado advertencia alguna para advertirla de tales peligros.

El denominado caso « La Pistola de Servicio», elegido para esta investigación, parece enmarcarse dentro del primer grupo de excepciones toda vez que, de acuerdo a los antecedentes, la mujer padecía un estado depresivo²²⁵ que incluso ya la había llevado a cometer un intento de suicidio previo. Además, era bien sabido que su estado emocional empeoraba cuando consumía bebidas alcohólicas. Hecho que, precisamente, aconteció la noche del suceso.

²²⁵Una verificación más exhaustiva del estado en que se encontraba la mujer se realizará en el capítulo siguiente, luego de haber establecido qué debe entenderse por responsabilidad de la víctima.

Debido a estas circunstancias, podría inferirse que la mujer, posiblemente, se encontraba incapacitada para la toma razonada y responsable de decisiones, incapacitándola para evitar acciones que pudiesen ir en menoscabo de sus bienes. No obstante, para establecer si, efectivamente, la mujer se encontraba en una situación tal que pudiese considerársele como no responsable y, por lo tanto, urgida de protección mediante prohibición típica, habrá que determinar, primeramente, qué debe entenderse por «responsabilidad de la víctima» en autolesiones o autopuestas en peligro. En el siguiente capítulo, se analizarán los principales criterios propuestos por la doctrina jurídico-penal a los fines de establecer los parámetros de determinación de responsabilidad de una víctima. Luego de observar cuál de estos criterios resulte el más apropiado, se establecerá si la mujer, al momento del hecho, actuó de forma no responsable frente al cuidado de sus bienes. De esta manera, también se podrá establecer si el policía creó o no un riesgo jurídicamente desaprobado.

5. La determinación de la responsabilidad de la víctima

5.1. Planteamiento del problema y principio de solución

Se ha evidenciado que, para calificar una conducta facilitadora o posibilitadora de una autolesión o autopuesta en peligro ajena como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, es necesario tener en cuenta la capacidad de la víctima para la toma de decisiones razonables. En principio, las conductas favorecedoras o posibilitadoras no constituyen una creación de riesgo típico, salvo en aquellos casos en los que la víctima resulte ser una persona incapaz –habitualmente o por causas situacionales- de decidir, correctamente, acerca de posibles lesiones de sus bienes.

En este sentido, los antecedentes del caso «La pistola de Servicio» revelan que la mujer se encontraba en una situación emocional tal que resultaría dudoso afirmar que contaba con capacidad plena de decisión. De este modo, la determinación de los límites conceptuales de la responsabilidad de una víctima, se erige como el problema central de la desaprobación o no del riesgo creado por el policía. Por consiguiente, resulta determinante establecer los criterios que permitan concluir si la mujer, al momento de realizar la acción que acabó con su vida, era capaz de decidir, razonablemente, acerca de menoscabos en sus bienes jurídicos. Esta tarea no resulta sencilla, pues los códigos penales carecen de una definición puntual en torno a cuándo una víctima deba ser considerada como no responsable²²⁶. Frente a este vacío conceptual, la solución, necesariamente, pasa por la revisión de enunciados en otros contextos. En virtud de esto, resulta conveniente reiterar acerca del problema material que subyace tras esta determinación de responsabilidad de la víctima: el conflicto de intereses entre libertad de actuación y protección de bienes²²⁷.

En razón de ello, el criterio de determinación al cual se opte deberá incluir, inevitablemente, consideraciones de necesidad y adecuación: si, en vista de las consecuencias que pueda acarrear una posible solución (límites en la libertad de

²²⁶Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. p. 181.

²²⁷Ibid.

actuación del tercero o gravámenes de protección en la eventual víctima), pareciese necesario y adecuado, conceder la tarea de protección de bienes ante posibles menoscabos por un actuar propio a la víctima o, si por el contrario, debiera hacerse partícipe de tal protección a los terceros mediante prohibición de conductas que pudiesen posibilitar o promover tales menoscabos de bienes²²⁸. Estas son las razones por las que parece acertada la tesis propuesta por Frisch²²⁹, quien indica que, al elegir el criterio de determinación, necesariamente, ha de buscarse un concepto «funcional» en cuanto a la responsabilidad de la víctima; que tenga en cuenta la cuestión de si resulta necesaria y adecuada la protección de ella mediante prohibición típica.

En este sentido, en el debate de la doctrina alemana acerca de cuál debe ser el criterio correcto para tal determinación de responsabilidad de la víctima pueden encontrarse dos perspectivas distintas²³⁰. Por un lado, se recurre a la regulación legal de la responsabilidad penal por lesiones a terceros contenidas en las reglas de inimputabilidad de §§ 19, 20 y 35 del StGB (Art. 10 N° 1, 2 y 11 del C.P.). La otra postura, atiende al criterio de la capacidad de entendimiento de la víctima para decidir sobre el alcance de su actuar orientados en los principios desarrollados por la doctrina del consentimiento. Ambos enfoques serán analizados a continuación.

5.2. Criterio de las reglas de inimputabilidad

Dentro de esta perspectiva, se sostiene que deberá desaprobarse aquella conducta que favorezca o posibilite una autolesión o autopuesta en peligro de la víctima cuando ésta sea un sujeto no responsable en el sentido de la responsabilidad penal por lesiones a terceros²³¹. Es decir, se estima que el criterio para determinar la responsabilidad de la víctima puede obtenerse mediante una aplicación analógica de las reglas de inimputabilidad, establecidas en el ordenamiento jurídico-penal en los §§

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Ibid.

²³⁰ Cancio Meliá. op. cit. p. 357. Feijóo, Bernardo. op. cit. p. 349.

²³¹ Cancio Meliá. op. cit. p. 359. Así también Roxin, Claus. *Festschrift f. Dreher*. p. 343, citado por Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. p. 183, nota n° 50.

19, 20 y 35 del StGB²³². De esta manera, la víctima no será considerada responsable y, por tanto, urgida de protección a través de las prohibiciones típicas, en los siguientes casos²³³: 1) cuando al momento de la comisión del hecho, aún no ha alcanzado los catorce años de edad del § 19 del StGB y § 3 de la Ley de Tribunal de Menores de Alemania (Art. 10 N° 2 del C.P. y Art. 3 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente de Chile); 2) cuando al momento de la comisión del hecho sea incapaz por una perturbación síquica patológica, por perturbación profunda de la conciencia o por debilidad mental o por otra alteración síquica grave de «comprender lo injusto del hecho o actuar de acuerdo con esa comprensión» del § 20 del StGB (Art. 10 N° 1 del C.P.). Y, finalmente, 3) cuando sufra una presión equiparable con alguno de los supuestos del estado de necesidad exculpante. Es decir, situaciones de apremio o constreñimiento del § 35 del StGB (Art. 10 N° 11 del C.P.).

El principal argumento esgrimido por los partidarios del criterio de inimputabilidad es que a través de la aplicación de éste, se alcanza una mayor seguridad jurídica toda vez que ya están definidas, en el ordenamiento jurídico-penal, las reglas para la responsabilidad penal²³⁴. Además, existiría un paralelismo entre la decisión plasmada en la ley y la problemática analizada pues en ambos casos, se trataría, finalmente, de la responsabilidad sobre la propia conducta. A partir de este último motivo, se desprende el segundo argumento esgrimido el cual propone que, gracias a este paralelismo, se alcanzarían «con mayor facilidad» los resultados esperados puesto que solo resultaría necesaria una aplicación analógica de estas reglas, pues las mismas se encuentran con perfiles casi claros²³⁵.

Un tercer argumento a favor reside en el hecho de que debería buscarse una coherencia interna al momento de determinar la responsabilidad de personas que dañan o ponen en peligro a terceros o a sí mismas. Esta última premisa es defendida

²³²Según Frisch esta era la postura antes dominante en la doctrina alemana. Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. p. 181 con ulteriores indicaciones bibliográficas.

²³³Ibid.

²³⁴Cancio Meliá, op. cit. p. 360.

²³⁵Así Roxin, Claus. *Festschrift f. Dreher*. p. 345 ss., citado en Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. p. 184, nota N° 54.

por Feijóo²³⁶ quien considera que no debe existir una valoración distinta entre conductas que representen consecuencias para terceros o para uno mismo. Este autor afirma que las estructuras de imputación, en ambos casos, deberían, en la medida de lo posible, ser idénticas²³⁷. De igual forma, se plantea que al optar por la solución de inimputabilidad resultaría factible insertar el planteamiento de acuerdo con las líneas maestras de la doctrina de la autoría mediata (que inevitablemente viene en consideración al hablar de falta de responsabilidad)²³⁸. Siendo así, se podría tomar como punto de referencia toda la discusión desarrollada en este ámbito para la construcción de la solución.

Otro argumento en beneficio de las reglas de inimputabilidad lo proporciona Cancio Meliá al afirmar que el punto de partida para la delimitación del ámbito de responsabilidad de la víctima y el tercero está en reconocer una responsabilidad preferente al titular de los bienes²³⁹. En atención a esto, habría que tomar como referencia su «caracterización» como responsable y no el «ejercicio» de la autonomía, tal y como lo defiende la solución del consentimiento²⁴⁰.

Para finalizar con este apartado, se critica a la teoría contraria (la del consentimiento) pues la misma, en procura de una solución, traería consigo una ampliación desproporcionada de la punibilidad²⁴¹. La razón de esto es que al emplear dicha teoría se incluirían, como realizaciones típicas, supuestos en los que una persona pueda ser calificada como «semi imputable» en concordancia con lo establecido por el § 21 del StGB²⁴². Algunos ejemplos de estos supuestos son: presiones motivacionales; estados depresivos que distorsionen la decisión de la víctima; posibles errores de la víctima; situaciones todas que, dentro del marco de

²³⁶Feijóo, Bernardo. op. cit. p. 349 y ss.

²³⁷Ibid.

²³⁸Cancio Meliá, M. op. cit. p. 351.

²³⁹Ibid, p. 360.

²⁴⁰Ibid.

²⁴¹Así Jakobs, Günther. AT 21/98, citado en Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. p. 191, nota N° 71.

²⁴²El § 21 del StGB, de la capacidad de culpabilidad reducida, establece: “Si la capacidad del autor por las razones señaladas en el § 20 *está considerablemente reducida* en la comisión del hecho o para comprender lo injusto del hecho o para actuar de acuerdo con esa comprensión, entonces la pena puede ser disminuida conforme al § 49 inciso 1”. Sin cursiva en el original.

solución de las reglas de inimputabilidad no se verían incluidas al no alcanzar el umbral requerido por sus supuestos²⁴³.

En este sentido, Feijóo es muy crítico al alegar que personas que se encuentren en alguna de las situaciones por las cuales quepa calificarlas como semi imputables, no se les puede considerar como «no responsables» y, por ende, necesitadas de protección en el sentido del tipo de homicidio o lesiones²⁴⁴. Su posición gira, fundamentalmente, en torno a la disposición de inducción y cooperación al suicidio contenida en el Art. 143 del Código Penal Español.

En el apartado 4º de esta disposición, se atenúa la responsabilidad penal de aquella persona que coopera con el suicidio de otra, cuando esta cooperación haya sido solicitada en forma expresa, seria e inequívoca por el suicida²⁴⁵. En consecuencia, como el tipo atenuado de esta disposición se produce cuando la cooperación es solicitada en forma «expresa, seria e inequívoca», Feijóo interpreta que el tipo base se verificará cuando la cooperación no haya sido solicitada de esta forma²⁴⁶.

Esta última circunstancia es lo que, exactamente, ocurre con las personas que podrían ser calificarlas como semi imputables (por ejemplo, personas que padecen estados de pánico, depresión, ansiedad, entre otros desequilibrios emocionales). Esas situaciones en las que se encuentren, impedirán a dichas personas a que soliciten la cooperación en forma expresa, sería e inequívoca²⁴⁷. En razón de ello, Feijóo interpreta que aquel que cooperase con el suicidio de una persona que se encuentre en un estado de vulnerabilidad tal que pueda considerársele como semi imputable pero que, al mismo tiempo, resulte improcedente negar la responsabilidad, debe ser castigado

²⁴³ Así Jakobs, Günther. AT 21/98, citado en Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. p. 191, nota Nº 71.

²⁴⁴ Feijóo, Bernardo. op. cit. p. 352.

²⁴⁵ El apartado 4º del Art. 143 del Código Penal español establece: “El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición *expresa, seria e inequívoca* de éste...” Sin cursiva en el original.

²⁴⁶ Feijóo, Bernardo. op. cit. p. 352. El apartado 1º del Art. 143 del Código Penal español establece: «1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años».

²⁴⁷ Ibid.

por el tipo penal base de cooperación al suicidio contenido en el Art. 143 del C.P. Español²⁴⁸.

Sobre estos casos de autodaños o autopuestas en peligro por parte de personas que, por encontrarse con una reducción considerable de su capacidad de decisión, puedan ser calificadas como «semi imputables» en el sentido del § 21 del StGB, Roxin propone que el castigo al tercero que facilita o posibilita tales autodaños o autopuestas en peligro, dependerá de si la víctima tiene disminuida su capacidad de «inhibición» o su capacidad de «intelección»²⁴⁹. Así, este autor plantea que en aquellas situaciones en las que la víctima presente una disminución sólo de su capacidad de inhibición, el cooperador ha de quedar impune pues aunque en esa situación le sea difícil a la víctima tomar una decisión, ésta seguirá siendo, finalmente, dueña de sus propias decisiones²⁵⁰. Contrariamente, en aquellas situaciones en las que la víctima presente una disminución de su capacidad de intelección que impida la toma de consciencia en cuanto a los riesgos que acarrea su decisión, las conductas de terceros que faciliten o hagan posible la realización de autolesiones o autopuestas en peligro sí deberán ser castigadas²⁵¹.

5.3. Criterio de las reglas del consentimiento

El otro sector de la doctrina jurídico-penal propone acudir al criterio de capacidad de entendimiento de la víctima para decidir sobre el alcance de su actuar²⁵². Este criterio se basa en los principios desarrollados por la doctrina del consentimiento. Bajo este enfoque, la responsabilidad de la víctima ha de comprobarse con base a los requisitos exigidos para otorgar validez al consentimiento²⁵³. Por consiguiente, se consideraría necesitada de protección a aquella persona que, en el momento de

²⁴⁸Ibid.

²⁴⁹Roxin, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 391.

²⁵⁰Ibid.

²⁵¹Ibid.

²⁵²Según Frisch, esta postura ha ido teniendo una creciente aceptación en la doctrina. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. p. 183. con ulteriores indicaciones bibliográficas. Por su parte Cancio Meliá señala que resulta difícil establecer cuál de las dos posturas resulta la mayoritaria, pero que podría afirmarse que ha ido aumentando la aceptación por la solución del consentimiento. Cancio Meliá, M. op. cit. p. 357.

²⁵³Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. p. 186.

colocarse en situación de peligro, lesionarse, incluso intentar quitarse la vida, presente alguna de las siguientes condiciones: 1) no dispone del necesario discernimiento para enjuiciar el alcance de su actuación; 2) se encuentra en error sobre la dimensión de esa actuación; 3) ha sido presionada a consentir bajo coacción o engaño (de modo relevante)²⁵⁴.

Conforme a su planteamiento de atender, necesariamente, a un concepto funcional de la responsabilidad, Frisch considera preferible en general²⁵⁵ la solución del consentimiento²⁵⁶. Para sustentar esta postura realiza, primeramente, una revisión crítica de los argumentos empleados por la solución contraria. En primer lugar, asevera que la premisa que sostiene que la solución de las reglas de inimputabilidad ofrecería una «mayor seguridad jurídica» sería válida solo en una primera instancia porque lo que establece el ordenamiento jurídico, en este sentido, son reglas para la responsabilidad penal²⁵⁷. Mientras que en este contexto de discusión, no se debate sobre un problema de responsabilidad penal de aquel que se ha lesionado o colocado en situación de peligro a sí mismo toda vez que estas situaciones resultan atípicas. De lo que sí se trata, realmente, es de poder establecer en qué ocasiones el facilitar o posibilitar un riesgo de autolesión o autopuesta en peligro de la víctima, en vista del interés de protección de bienes, ha de ser desaprobada jurídicamente y, por tanto, restringida la libertad de actuación del tercero²⁵⁸. De tal modo que, el punto de partida para la búsqueda de la solución ha de sustentarse en las consideraciones relativas a la desaprobación o no de conductas de terceros²⁵⁹. Esta última aseveración también es defendida por Cancio Meliá, quien, a pesar de favorecer la solución contraria, señala que no debería olvidarse que, en este ámbito, el Derecho penal no contempla el análisis en cuanto a si debe responsabilizarse penalmente al titular del bien jurídico, sino al tercero actuante²⁶⁰.

²⁵⁴Ibid.

²⁵⁵Sólo en general, puesto que está sujeto a las limitaciones señaladas en el capítulo anterior, supra 4.4.

²⁵⁶Ibid, p. 184.

²⁵⁷Ibid.

²⁵⁸Ibid.

²⁵⁹Ibid, p. 185, nota nº 58.

²⁶⁰Cancio Meliá, M. op. cit. p 356.

En relación al argumento de Roxin, en torno a la «facilidad y claridad» de las reglas de inimputabilidad, Frisch señala que se trata de un fundamento más bien de naturaleza secundaria puesto que, ante todo, debe prevalecer lo correcto de una solución antes que la claridad o facilidad de la misma²⁶¹. Además, añade que el proceso de aplicación de las reglas de inimputabilidad, en realidad, no es tan claro como parece pues presenta problemas al momento de concretar y verificar sus supuestos. Un ejemplo de ello es la delimitación de anomalías psíquicas graves descritas en el marco del § 20 del StGB²⁶². En este mismo sentido, Frisch afirma que los requisitos del consentimiento, en realidad, no son tan difusos como se los presenta, más bien, se encuentran perfilados y relativamente claros²⁶³.

En referencia al argumento que sostiene que el ordenamiento jurídico debiera tener una «coherencia interna» a la hora de determinar la responsabilidad en situaciones como las conductas en estudio en esta investigación y una lesión o puesta en peligro a terceros, Frisch apunta que la necesidad de «coherencia interna» no constituye una contradicción en la medida en que se entienda que se trata de dos problemas distintos y que, por tanto, se requieren soluciones diferentes²⁶⁴. Se pone en evidencia, nuevamente, que el propósito, en este caso, no es hacer responsable penalmente a la víctima por su conducta. Más bien, se trata de establecer si necesita o no de protección en sus bienes mediante una prohibición típica.

Por otro lado, resulta inevitable que al hablar de falta de responsabilidad surja la figura de la autoría mediata y que, efectivamente, podría tomarse como punto de referencia las discusiones sostenidas dentro de las líneas maestras en ese ámbito. Sin embargo, estas contribuciones no pueden ser más que un elemento de orientación para la búsqueda de la solución²⁶⁵ porque lo que se pretende es establecer el motivo para la desaprobación de la creación de un riesgo, y esta fundamentación también debe mantenerse en los casos de la figura de la autoría mediata²⁶⁶. Además, la

²⁶¹Frisch, W. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. p. 184.

²⁶²Ibid. nota nº 56.

²⁶³Ibid.

²⁶⁴Ibid, p. 190.

²⁶⁵Ibid, p. 185, nota nº 59.

²⁶⁶Así también Cancio Meliá, M. op. cit. p. 351

solución que se elija debiera funcionar tanto para conductas posibilitadoras o favorecedoras realizadas en forma dolosa, como también para aquellas realizadas de manera imprudente y, como es sabido, es discutida la posibilidad de apreciar una autoría mediata en los delitos imprudentes²⁶⁷.

Luego de criticar los argumentos de la solución de la inimputabilidad, Frisch fundamenta a favor del criterio del consentimiento señalando que, al establecerse que el consentimiento inherente a la vulneración de un determinado bien jurídico es inválido cuando se lleve a cabo por una persona que no cuente con la capacidad necesaria para consentir, o en aquellas situaciones en las que la persona se encuentre coaccionada de un modo tal que esa presión invalide su consentimiento, no se hace sino destacar que la persona que se encuentre en alguna de estas situaciones requiere de protección por parte del Derecho y que las conductas contrarias han de quedar desaprobadas²⁶⁸. En este sentido, el autor admite que en el ámbito de las conductas en estudio importa la necesidad y adecuación de la protección penal frente a conductas que favorecen una autolesión o autopuesta en peligro «propia». Y, en el ámbito del consentimiento, importa la necesidad y adecuación de la protección penal a personas frente a conductas «ajenas» que lo dañan o ponen en peligro²⁶⁹. Sin embargo, advierte que la diferencia en cuanto a «quién finalmente» realiza la acción de daño o puesta en peligro resulta irrelevante, siempre y cuando esta situación haya sido condicionada por una concurrencia de las conductas de la víctima y del tercero²⁷⁰.

²⁶⁷ Esto si se parte de un concepto subjetivo del dominio del hecho como base de una autoría mediata, incompatible con los delitos imprudentes. Ibid, nota nº 426.

²⁶⁸ Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*, p. 186.

²⁶⁹ Ibid.

²⁷⁰ En el mismo sentido, Cancio Meliá, op. cit. p. 350, afirmando que lo decisivo no es cómo se reparte la ejecución entre la víctima y el autor, sino la «valoración normativa» de la situación, toda vez que el daño quede en el marco de lo conjuntamente organizado por autor y víctima. En sentido contrario Roxin, quien sí propone realizar una diferenciación atendiendo a quien finalmente realiza la acción. Así, se tratará de una heteropuesta en peligro consentida si es el tercero quien realiza la última acción, en cambio se tratará de una cooperación a una autopuesta en peligro si es la víctima quien realiza la última acción. Una vez diferenciado ello, señala que, a igual conocimiento del riesgo de la situación, deberá castigarse sólo los casos de heteropuesta en peligro y no así a los de autopuesta en peligro, salvo supuestos en los que estas últimas puedan equipararse a la heteropuesta en peligro consentida. Véase más al respecto y los requisitos para tal propuesta de equiparación en Roxin, Claus. *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida*. p. 7 y sgtes.

Lo realmente importante es que la solución del consentimiento trae consigo una valoración de carácter general acerca de cuándo una persona se encuentra necesitada de protección por parte del Derecho. Es decir, de cuándo a una persona no pueda considerársele como un sujeto capaz de proteger suficientemente sus bienes²⁷¹.

Es, en esta última premisa donde reside el fundamento principal para considerar apropiada la solución del consentimiento. Resulta conveniente, adecuar, trasladar o equiparar la valoración de «necesidad de protección» de personas que se encuentran en alguna de las situaciones anteriormente señaladas por las cuales el consentimiento resultaría inválido a los casos en los que un tercero facilita o posibilita una autolesión o autopuesta en peligro a personas que se encuentren en alguna de estas mismas situaciones²⁷². A favor de esta verificación, se suma el hecho de que en la mayoría de los casos resultará un hecho casual el que, finalmente, la lesión sea promovida por la conducta del tercero consentida por la víctima o bien, a través de la conducta de la propia víctima favorecida o posibilitada por la conducta del tercero²⁷³.

En relación a esto último, Frisch plantea que, en ciertos procesos, no se podrá efectuar una delimitación seria y clara acerca de quién, finalmente, realiza la acción de lesión o puesta en peligro. Un ejemplo de esta afirmación es el «caso del barquero»²⁷⁴, en el que resulta difícil determinar quién, en definitiva, realiza la acción de puesta en peligro²⁷⁵. En virtud de ello, el carácter fortuito y la falta de una limitación clara entre ambos supuestos también llevan a considerar adecuada la aplicación de las mismas reglas²⁷⁶.

²⁷¹Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. p. 187.

²⁷²Ibid. p. 188.

²⁷³Ibid.

²⁷⁴Colección oficial de Sentencias del Tribunal Supremo del Imperio alemán en causas penales RGSt) 57, 172. En este caso un barquero, ante la insistencia de dos viajeros y a pesar de haberles advertido del peligro que suponía para su empresa tanto el tiempo tormentoso como la profundidad de las aguas, accedió a cruzar el río Memel con ellos a bordo. La barca zozobró y los viajeros se ahogaron. Roxin, Claus. *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro*. p. 5.

²⁷⁵Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. p. 188.

²⁷⁶Ibid.

5.4. Trascendencia práctica de la solución del consentimiento

Optar por la solución del consentimiento, en contraposición a la solución de la responsabilidad penal por menoscabos a terceros, adquiere relevancia, en primer lugar, en relación a aquellas deficiencias habituales «psíquicas» o «intelectuales» que, si bien limitan en una medida relevante la capacidad de decisión de la víctima, no alcanzan el umbral requerido por el § 20 del StGB²⁷⁷ de las reglas de inimputabilidad²⁷⁸. Así, deficiencias psíquicas o intelectuales que limitan en una medida relevante la capacidad de decisión, habrán de apreciarse cuando la víctima presentare un estado que permita calificarla como semi imputable en el sentido del § 21 del StGB (no vinculado exclusivamente a los datos biológicos dados por supuesto por este precepto), es decir, cuando la capacidad de la víctima esté «considerablemente reducida» para comprender lo injusto del hecho o para actuar de acuerdo con esa comprensión²⁷⁹.

En segundo lugar, la solución del consentimiento adquiere relevancia en relación a aquellas situaciones de apremio o constreñimiento que, si bien son idóneas para llevar a una persona a una autolesión o autopuesta en peligro de la víctima según enseña la experiencia, no alcanzan el umbral requerido por el estado de necesidad exculpante (§35 del StGB)²⁸⁰. En este sentido, situaciones de apremio o constreñimiento que limiten, de forma relevante, la capacidad de decisión de la víctima, habrán de apreciarse cuando estas situaciones alcancen el umbral requerido por el delito de coacciones (§ 240 del StGB)²⁸¹.

²⁷⁷El § 20 del StGB, de la incapacidad de culpabilidad por perturbaciones psíquicas, establece: Actúa sin culpabilidad quien en la comisión de un hecho es incapaz por una perturbación síquica patológica, por perturbación profunda de la conciencia o por debilidad mental o por otra alteración síquica grave de comprender lo injusto del hecho o actuar de acuerdo con esa comprensión.

²⁷⁸Ibid. p. 189.

²⁷⁹Ibid, p. 190.

²⁸⁰Ibid.

²⁸¹Ibid.

5.5. ¿Ampliación inadecuada de la punibilidad a través del criterio del consentimiento?

Anteriormente se había señalado que uno de los argumentos defendido por los partidarios del criterio de la inimputabilidad residía en el hecho de que al optar por el criterio del consentimiento, se generaría una ampliación desproporcionada o inadecuada de la punibilidad. En este sentido, se ha observado que al emplear el criterio del consentimiento, se verían abarcadas situaciones en las que se pudiese considerar a la víctima no capaz para consentir y, por tanto, necesitada de protección pero que, sin embargo, no serían tenidas en cuenta conforme a las reglas de inimputabilidad.

De esta manera, se alega una ampliación inadecuada de la punibilidad, primeramente, en relación a los estados psíquicos que pudieran ser encuadrable dentro de los supuestos de semi imputabilidad del § 21 del StGB²⁸². De este modo, se indica que se verían incluidas en los delitos contra la vida situaciones tales como la entrega de estupefacientes a drogadictos o la participación en el suicidio, haciéndose con ello caso omiso a la decisión adoptada por el legislador alemán de no castigar la participación en el suicidio²⁸³. En este sentido, Frisch advierte que la supuesta ampliación de la punibilidad que conllevaría la inclusión de los estados psíquicos que pudieran ser encuadrables dentro del supuesto de semi imputabilidad del § 21 del StGB en relación a la solución alternativa de incluir, exclusivamente, los estados psíquicos circunscritos en la inimputabilidad del § 20 del StGB, es menor de lo que se supone²⁸⁴. Esta premisa obedece a que será necesario la comprobación de «indicios concretos» acerca de la existencia de estos estados psíquicos que provoquen una disminución considerable de la capacidad de decisión en la víctima y que, pudiesen

²⁸²Ibid, p. 191.

²⁸³Ibid. Esta crítica solo sería válida para la legislación alemana, puesto que en otras legislaciones sí se tipifica en forma especial el auxilio al suicidio. Así el Art. 393 del C.P. de auxilio al suicidio o el Art. 143 del C.P. español de inducción y cooperación al suicidio. Sin embargo, no debe perderse de vista que también es necesario en estos ordenamientos distinguir los supuestos de falta de responsabilidad de la víctima porque faltando ello, igualmente conducirá a un castigo por homicidio.

²⁸⁴Ibid.

estar enmarcados en el umbral del § 21 del StGB. Es decir, deberán verificarse indicios que permitan al tercero, justo al momento de accionar su conducta, observar e identificar la presencia de una disminución considerable de la capacidad de decisión en la víctima²⁸⁵.

De esta manera, en los casos en que se presentasen claros indicios que revelen una limitación importante de la capacidad de decisión de la víctima, razón por la cual pareciese razonable aplicar el supuesto de semi imputabilidad, no podría descartarse, desde la perspectiva del actuante, el hecho de que la víctima presente un estado tal como para poder calificarla ya de inimputable conforme al § 20 del StGB²⁸⁶. Visto de este modo, se daría una ampliación de la punibilidad solo en aquellos casos en que el tercero perciba que la víctima presenta limitaciones considerables para la toma racional de decisiones pero también pudiese descartar que la víctima se encuentre en un estado como el descrito por el § 20 del StGB²⁸⁷. Esto se dará solo de forma excepcional, cuando el tercero conozca, con precisión, la deficiencia del otro. Colocar en tela de juicio la necesidad de protección de la víctima atendiendo a la presencia de estos casos excepcionales no parece satisfactorio²⁸⁸.

Por su parte, Cancio Meliá también sugiere que lo más adecuado sería negar la calificación de responsables a los semi imputables²⁸⁹. La razón para tal sugerencia es que si bien es cierto que el semi imputable, en un supuesto de lesión a un tercero, sigue siendo responsable aunque en menor medida, en el contexto específico del caso objeto de este estudio habría que decidir entre una respuesta afirmativa o negativa²⁹⁰. Dicho de otro modo, no se tomaría en cuenta la consideración intermedia que suele caracterizar a los supuestos de semi imputabilidad en situaciones de lesiones a terceros. Así, al afirmar que la base para delimitar la responsabilidad entre la víctima y el tercero requiere de la asignación de la responsabilidad preferente al titular de los bienes, concluye que cualquier disminución, en ese *status*, conducirá a la exclusión de

²⁸⁵Ibid.

²⁸⁶Por ejemplo indicios de estados de embriaguez o depresiones que sugieran una limitación notable de la capacidad de decisión.

²⁸⁷Ibid.

²⁸⁸Ibid, nota nº 77.

²⁸⁹Cancio Meliá, M. op. cit. p. 361.

²⁹⁰Ibid.

su carácter responsable²⁹¹. Asimismo, señala que si en la víctima se evidencia un estado que permita poder calificársele como semi imputable, desde la perspectiva del actuante, no podrá descartarse la posibilidad de que la persona pueda ser considerada, completamente, inimputable²⁹².

Así, considerando los requisitos sumamente exigentes demandados por la doctrina y jurisprudencia alemana²⁹³ para estimar a los drogadictos como sujetos con «una limitación relevante» de su capacidad de decisión, tales como: el consumo de drogas durante un prolongado periodo de tiempo provocando en la persona trastornos graves de la personalidad o en los casos de diagnósticos de síndrome grave de abstinencia, sólo se incluirán en los delitos contra la vida, aquellas situaciones en las que se presenten indicios concretos en esta dirección²⁹⁴. Lo mismo sucede en el ámbito de la participación en el suicidio pues, por lo general, solo existirá la posibilidad teórica de que la víctima presente una limitación considerable de su capacidad de decisión y que, en consecuencia, pudiese valerse de la conducta del tercero para, finalmente, quitarse la vida. Ante la ausencia de indicios concretos en esta dirección, no es posible hablar de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado en el sentido del delito de homicidio²⁹⁵.

Desde otra perspectiva, resulta incierto que la solución del consentimiento conlleve a una ampliación inadecuada de la punibilidad en situaciones de autodaños o autopuestas en peligro llevadas a cabo por la víctima bajo engaño o coacción en una medida relevante.²⁹⁶ Esta premisa, se fundamenta en la dificultad para comprender el hecho de que se considere inadecuada la protección de bienes de alto rango como la integridad física o la vida, ambas protegidas por el ordenamiento jurídico en todas las

²⁹¹ Ibid.

²⁹² Ibid.

²⁹³ Frisch, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. p. 192 con ulteriores indicaciones bibliográficas.

²⁹⁴ Ibid.

²⁹⁵ Ibid.

²⁹⁶ Ibid.

direcciones²⁹⁷. Máxime cuando, por ejemplo, en situaciones de engaño en una medida relevante, se protege al patrimonio con el tipo de estafa²⁹⁸.

5.6. Toma de postura

Para la determinación de los límites conceptuales de la responsabilidad de la víctima, se estima apropiada la propuesta de Frisch de atender a un concepto funcional de la responsabilidad de la víctima, considerando si la misma requiere o no de protección mediante prohibición típica. En tal sentido, resulta en general preferible, acogerse a la solución del consentimiento pues en ésta, al establecerse en qué ocasiones un consentimiento resulta inválido, conlleva una valoración de carácter general acerca de cuándo deba estimarse a una persona como necesitada de protección penal mediante los correspondientes delitos de resultado.

Mas, a partir de este concepto funcional resulta necesario y adecuado admitir la falta de responsabilidad de la víctima ya ahí donde, debido a causas habituales o situacionales, la víctima no pueda ser considerada responsable por lesiones a otros, es decir, a personas que se encuentren en alguno de los supuestos de los §§ 19, 20 y 35 del StGB. En estos casos, se concluye que la víctima también demandaba protección penal.

Llegado este punto es donde adquiere trascendencia práctica el criterio del consentimiento pues resulta igualmente necesario y adecuado proteger mediante prohibición típica a aquellas personas que se encuentren en una situación en la que un posible acto de consentimiento, por parte de ellas mismas, se consideraría inválido. Es decir, resulta necesario y adecuado proteger a la víctima cuando ella: 1) posea una limitación considerable de su capacidad de decisión; 2) no discierna sobre la dimensión de su actuación; 3) sea presionada por engaño o coacción en una medida relevante.

Ahora bien, en ciertas legislaciones en las que se castigue, expresamente, el auxilio o cooperación al suicidio, y en las cuales pueda interpretarse que se incluya el

²⁹⁷Ibid.

²⁹⁸Ibid.

supuesto de cooperación al suicidio a personas que se encuentren con una «capacidad limitada» de decisión; tendría que discutirse si la protección penal de estas personas debería formalizarse en el sentido del tipo penal de homicidio o en el sentido del tipo penal de cooperación al suicidio. Esto, porque puede considerarse un argumento de peso aquel formulado por Feijóo respecto a que el C.P. Español contempla el castigo por cooperación al suicidio de personas «semi imputables» y que, por lo tanto, no cabe castigar por homicidio en estas situaciones. Sin embargo, estas discusiones quedan circunscriptas, exclusivamente, a disposiciones que incluyan este supuesto y no a ordenamientos jurídicos como el alemán en el que no se prevé el tipo de auxilio al suicidio. Otro ejemplo remite al ordenamiento chileno que, pese a prever un tipo de auxilio al suicidio, no incluye el supuesto de cooperación a personas semi imputables y, además, exige un comportamiento doloso del «auxiliador».

5.7. Determinación de la capacidad de la mujer del caso «La Pistola de Servicio» para disponer sobre sus propios bienes jurídicos

De acuerdo con la postura asumida, solo resta comprobar si, efectivamente, la situación contextual así como las acciones emprendidas por la mujer involucrada en el caso denominado «La Pistola de Servicio», se correspondan con alguna de las, ya mencionadas, caracterizaciones en las que una víctima requiera de protección penal. Para tal efecto, habrá que analizar si, al revisar los antecedentes del caso objeto de estudio, se aprecian indicios concretos que permitan inferir que la mujer no era plenamente capaz para decidir acerca de sus bienes y que esta condición limitante era –o podía ser- reconocible por el policía. Por consiguiente, se realiza un análisis de los hechos probados en la sentencia. Observaciones en las que se destacan las siguientes circunstancias: 1) la mujer se encontraba en un estado depresivo; 2) el estado depresivo, se incrementaba cuando consumía bebidas alcohólicas; 3) la noche en la que se suscitó el evento, la mujer consumió bebidas alcohólicas, en compañía del policía, 4) la mujer ya había intentado, tiempo atrás, suicidarse; 5) la mujer y el policía mantenían una relación sentimental, razón por la cual el policía estaba en conocimiento de los antecedentes de la mujer.

Durante el análisis de estas circunstancias pudo apreciarse que la mujer padecía un estado depresivo que, incluso, se incrementó, el día del suceso producto de la ingesta de bebidas alcohólicas. Conforme a todos estos antecedentes, se sostiene que el estado emocional y/o las circunstancias de la mujer pueden ser, perfectamente, enmarcadas dentro del supuesto de capacidad reducida del § 21 del StGB. Es decir, fueron esas circunstancias o estado emocional de M las que la incapacitaron «en forma considerable» imposibilitándola para comprender el hecho y, por ende, para actuar en concordancia con esa comprensión. Se concluye, por lo tanto, que la mujer, la noche del incidente, no era responsable porque se encontraba incapacitada para ejercer un adecuado cuidado y/o protección de sus bienes. Adicionalmente, se deduce que esta limitación o reducción de sus capacidades era -o pudo ser- reconocida por el policía.

5.8. Comprobación del requisito de creación de un riesgo desaprobado en el caso «La Pistola de Servicio»

A los fines de comprobar que el policía creó un riesgo jurídicamente desaprobado, habrá que analizar si se presentaron indicios concretos que permitían inferir que la mujer atentaría contra su vida y que estas señales pudieron ser reconocidas por el policía. Además de las circunstancias ya descritas, resulta, igualmente, importante el hecho de que el arma involucrada en el suceso era la utilizada por el policía, durante su servicio, razón por la cual se infiere que el funcionario sabía que estaba cargada. Todos estos escenarios permiten inferir que era altamente factible que se produjeran los hechos en los que perdió la vida M y que, además, estuvo al alcance de P haber previsto estas circunstancias predisponentes²⁹⁹.

Sólo resta verificar si pueden aplicarse algunos de los límites a la desaprobación de creación de riesgos, planteados en el capítulo anterior (supra 4.4). Entiéndase: en primer lugar, que la conducta del tercero «por su sentido» esté dirigida

²⁹⁹Con todos los indicios del caso, se estima que el policía podía –al menos- haber previsto el curso de los acontecimientos. La cuestión de si, efectivamente, se representó la probabilidad de realización del resultado o podía haberse representado tal desenlace, permitirá determinar si el policía actuó con dolo o imprudencia. Dicho aspecto será analizado a continuación, infra 5.9.

a posibilitar o favorecer una autolesión o autopuesta en peligro. Lo que se traduce en que aun cuando, en el ámbito de la solución del consentimiento, pueda considerarse a una víctima como no responsable y, por consiguiente, necesitada de protección, no podrá desaprobarse típicamente la conducta del tercero a menos que «por su sentido» sea calificada como posibilitadora o favorecedora de autolesiones o autopuesta en peligro de la víctima³⁰⁰. Pues bien, se concluye que una conducta consistente en el hecho de dejar un arma de fuego cargada al alcance de una persona no responsable está dirigida «por su sentido» a posibilitar una autolesión, al margen de si esa conducta posibilitadora o favorecedora haya sido ejecutada en forma dolosa o imprudente. En segundo lugar, aun cuando algunas conductas determinadas «por su sentido» estén dirigidas a posibilitar o favorecer una autolesión o autopuesta en peligro ajena, sólo podrá desaprobarse jurídicamente estas conductas en aquellos casos en los que el tercero sea el que haya «creado» la situación, o al menos haya incrementado el peligro para que esto suceda³⁰¹. En el caso «La Pistola de Servicio» ya ha quedado evidenciada la relación de causalidad entre la conducta del autor y el resultado, reafirmando, de este modo, que el policía fue el que creó la situación de riesgo, razón por la cual queda desestimado este supuesto de limitación.

Frente a todas estas consideraciones, se concluye que el policía creó un riesgo que es considerado desaprobado por el ordenamiento jurídico, un riesgo típico en el sentido del delito de homicidio. Por consiguiente, se ha comprobado el segundo requisito exigido por la teoría de la imputación objetiva del resultado. Sin embargo, a los fines de imputar la realización del resultado a la conducta del policía, hará falta la comprobación del último requisito: el de la realización del riesgo en el resultado, tema que se desarrollará en el último capítulo de esta investigación documental. Antes, se dilucidará sobre la siguiente disyuntiva: el riesgo creado por el policía fue realizado en forma dolosa o imprudente.

³⁰⁰Ibid, p. 241.

³⁰¹Ibid, p. 243.

5.9 ¿Comportamiento doloso o imprudente del policía?

Para responder esta interrogante, se requiere determinar, primeramente, si el policía habría advertido el riesgo vinculado con su conducta. En otras palabras, si había advertido la falta de responsabilidad de la mujer y que la misma, facilitada o posibilitada por su conducta, probablemente podía autodañarse³⁰². En apartados anteriores, se apuntó que el desequilibrio psicológico de la mujer era un factor reconocible por el policía.

Resta determinar si el policía, al colocar el arma de fuego cargada sobre el tablero del carro, se representó o pudo haberse representado que, su conducta, probablemente posibilitaría o causaría la muerte de la mujer. Así, en el caso de que estuviese plenamente consciente acerca del posible riesgo de su conducta y que, al realizarlo, creaba una situación de incertidumbre para la mujer y no obstante ello, actuó, el policía se habrá comportado en forma dolosa (dolo eventual)³⁰³. Por otra parte, si se representó el posible riesgo de su conducta, pero no era consciente de estar creando una situación de incertidumbre para la mujer, porque confiaba en que el resultado no se realizaría, habrá actuado con culpa consciente³⁰⁴. Ya finalmente, en el caso en que siquiera se haya representado que su conducta posibilitaría la muerte de la mujer, pero podía y debía prever dicho resultado, habrá actuado con culpa inconsciente³⁰⁵.

³⁰²Ibid. p. 244.

³⁰³FRISCH, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*. 1983. pp. 120 y s., 208 y ss. citado en CONTRERAS Chaimovich, Lautaro. Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones. *Política criminal*. Vol. 13 (25): 387-444, julio 2018. p. 390. De este modo, la distinción entre dolo eventual y culpa consciente se realiza desde un punto de vista cognitivista, determinándose si el autor estuvo consciente de crear, a través de su comportamiento, una situación de incertidumbre para el bien jurídico. Una persona crea una situación de incertidumbre para el bien jurídico cuando no pueda descartarse, desde una perspectiva *ex ante*, que el bien jurídico resultará lesionado como probable consecuencia de su comportamiento. Contreras, Lautaro. *Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas*. p. 426.

³⁰⁴Ibid. La confianza de que no se producirá el resultado debe estar apoyada en una mínima base racional. Es decir, los elementos en que se basa, deben tener la aptitud suficiente para posibilitar tal confianza. Bustos, Juan. op. cit. p. 59

³⁰⁵Bustos, Juan. op. cit. p. 57.

A partir de estos criterios, se debe determinar si el policía fue consciente o se representó que, al colocar su arma cargada sobre el tablero del vehículo, probablemente posibilitaría la muerte de la mujer. Esto es, que su conducta probablemente posibilitaría que la mujer agarrase el arma de fuego y se disparase. En este sentido, resulta importante destacar la siguiente circunstancia: el tablero del vehículo era el «lugar habitual» donde el policía colocaba su arma al subirse al vehículo, tal y como lo revelan los antecedentes. Puede inferirse con ello que el acusado no colocó el arma, en ese lugar, sólo la noche del suceso, con la intención que la mujer la tuviese al alcance y pudiese tomarla con el propósito de, finalmente, dispararse. De tal modo, y a falta de otros datos probatorios que permitan sostener, más allá de toda duda razonable, que la finalidad del policía era causar la muerte de la mujer, se concluye que el policía no se representó que al realizar su conducta era probable que posibilitaría la muerte de la mujer.

En consecuencia, se coincide con la calificación del tribunal respecto a que la conducta del policía fue imprudente y no dolosa. Luego, dado la no representación del resultado por parte del policía, se trató de una imprudencia inconsciente. Es decir, al haberse percatado del estado psicológico de su acompañante, pudo haber previsto el resultado y, por ello, debió haber adoptado las medidas de cuidado exigidas por el Derecho. Ejemplo de estas posibles acciones o conductas: descargar el arma o haberla colocado en algún lugar donde resultase inaccesible para la mujer.

6. Requisito de la realización del riesgo desaprobado en el resultado

6.1. Nociones preliminares

De acuerdo a los postulados de la teoría de la imputación objetiva del resultado, el último requisito necesario para realizar la imputación de un resultado típico a la conducta del autor, es que el resultado sea una consecuencia específica del riesgo desaprobado creado por el autor³⁰⁶. Esta última disposición presupone la comprobación de los dos requerimientos anteriores: el de la relación causal entre la conducta del autor y el resultado, y el de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado³⁰⁷.

En términos sencillos, el requerimiento de realización del riesgo en el resultado constituye otro filtro normativo propuesto por la teoría de la imputación objetiva, mediante el cual quedan excluidos de la imputación del resultado casos adicionales a los ya descartados por el requisito de creación de un riesgo desaprobado³⁰⁸. Los casos excluidos, gracias a este requisito, se presentan, mayoritariamente, en el contexto de los delitos imprudentes y son, principalmente, dos: aquellos casos en el que el resultado, igualmente, se hubiese producido mediante un comportamiento alternativo conforme a derecho por parte del autor (infra 7.1); y aquellos en los que el resultado se produce no como una consecuencia del riesgo desaprobado creado por el autor, sino más bien como una consecuencia de un riesgo tolerado concomitante a éste (infra 7.2)³⁰⁹. A continuación, se analizarán estos dos supuestos. Posteriormente, se verificará si resultan o no aplicables al caso objeto de estudio y así, finalmente, se determinará si resulta correcto imputar la muerte de la mujer al policía en el caso objeto de esta investigación.

³⁰⁶Kindhäuser, Urs. *Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso*. p. 65; Mir Puig, Santiago. op. cit. p. 62; Roxin, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 373 y ss.

³⁰⁷Frisch, Wolfgang. *Tipo Penal e Imputación Objetiva*. p. 51.

³⁰⁸Ibid.

³⁰⁹Ibid, p. 52.

6.2. Producción del resultado también en caso de darse un comportamiento alternativo conforme a derecho

El primer grupo de casos excluidos por la exigencia de la realización del riesgo en el resultado, se refiere a aquellos supuestos en que una persona –actuando de forma negligente- provoca el resultado de modo causal creando con ello un riesgo jurídicamente desaprobado. No obstante, se determina posteriormente que el resultado, igualmente, se habría producido si el actuante hubiere observado las medidas de cuidado exigidas por el Derecho para el caso en concreto³¹⁰. A modo de ejemplo: un automovilista, al circular por la vía a una velocidad mayor a la permitida colisiona a un transeúnte que cruza la calle, de forma repentina y por un paso no habilitado para estos fines. Pese a que el conductor había advertido la presencia del transeúnte e intenta frenar para evitar el accidente, éste, finalmente, se produce y el transeúnte fallece. Posteriormente, las pericias determinan que el resultado hubiese sido el mismo en el caso de que el automovilista circulase a la velocidad permitida en esta zona³¹¹.

Se observa que el resultado final se habría producido, igualmente, aun cuando el automovilista se hubiese comportado conforme a Derecho, por lo que, de acuerdo a la teoría la imputación objetiva del resultado, faltará la realización en el resultado del riesgo jurídicamente desaprobado creado por el autor³¹². Dicho de otro modo, el resultado se habría producido, solamente, como consecuencia de un riesgo residual (del ámbito del tráfico citado en el ejemplo), razón por la cual, la actuación en forma desaprobada del autor carece de significado normativo para el resultado³¹³.

En el ámbito de los delitos imprudentes, en los cuales la punibilidad depende de la imputación del resultado, la no verificación de esta última exigencia contemplada por la teoría de la imputación objetiva del resultado, trae como consecuencia la impunidad

³¹⁰Mir Puig, Santiago. op. cit. p. 307.

³¹¹Roxin, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 376.

³¹²Frisch, Wolfgang. *La imputación objetiva del resultado*, p. 89.

³¹³Ibid.

del autor³¹⁴. Ello, aun cuando se haya comprobado que el autor actuó en forma jurídicamente desaprobada al crear el riesgo³¹⁵.

6.3. Producción del resultado a consecuencia de riesgos tolerados concomitantes al riesgo desaprobado creado por el autor

Las situaciones en las que el resultado se produce aun en los casos en que el autor se haya comportado conforme a Derecho, constituyen solo uno de los grupos de casos mediante el cual, la teoría de la imputación objetiva pretende, filtrar o excluir de la imputación del resultado con el requisito de la realización del riesgo en el resultado³¹⁶. También se excluyen, a causa de este requisito, aquellos casos en que el resultado es ocasionado no a consecuencia del riesgo desaprobado creado por el autor, sino a partir de un riesgo tolerado concomitante a éste³¹⁷.

Esto, porque puede ocurrir que el autor cree tanto riesgos desaprobados como riesgos tolerados en una misma conducta. Visto así, ciertos riesgos considerados desaprobados pueden requerir la adopción de medidas que conlleven igualmente riesgos, pero riesgos que son ponderados como tolerados por el ordenamiento jurídico-penal³¹⁸. El típico ejemplo es aquel caso en que, a consecuencia de un accidente provocado en forma desaprobada, se requiera, necesariamente, del traslado de la víctima al hospital en ambulancia. Durante el traslado, la ambulancia sufre un percance y la víctima termina muriendo³¹⁹. En casos como este, no puede aducirse en contra de la imputación del resultado que éste igualmente se hubiera producido si el autor hubiera actuado conforme a derecho, puesto que sin el primer accidente culpable, no hubiera existido motivo para el traslado del lesionado en ambulancia³²⁰.

³¹⁴Roxin, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. p. 376.

³¹⁵Sin embargo, ello no obsta a que sí puedan presentarse sanciones en el ámbito administrativo, por ejemplo por el exceso de velocidad.

³¹⁶Frisch, Wolfgang. *La imputación objetiva del resultado*. p. 90.

³¹⁷Ibid.

³¹⁸Ibid. p. 91.

³¹⁹Ibid.

³²⁰Ibid.

Lo que podría argumentarse en estos casos es, más bien, que el riesgo de sufrir un accidente durante un viaje en vehículo es un riesgo residual o tolerado por el ordenamiento³²¹. Esta última valoración en nada cambia por el hecho de que la acción detonante o desencadenante sea desaprobada. La valoración tampoco es modificada por el hecho de que la acción inicial entrañase una conducta prohibida sin excepción por el ordenamiento³²². Ejemplo de ello: un sujeto dispara a otro. Como consecuencia, la víctima es internada en un hospital donde, finalmente muere pero no a causa del disparo, sino que la muerte sobreviene como consecuencia de una infección gripal contraída en el hospital. Obsérvese en este caso que el resultado, tampoco, se produjo a partir de un riesgo en que la acción esté desaprobada, más bien el resultado fue producto de un riesgo general provocado por la misma acción³²³.

6.4. Otros casos discutidos en el marco del requisito de la realización del riesgo

El requisito de la realización del riesgo en el resultado presenta, al margen de estos dos casos que -podría estimarse- se resuelven de modo sencillo, otros procesos que sí suscitan dificultades. Dentro de estos aspectos problemáticos, destacan, mayormente, dos supuestos: en primer lugar, aquel en que no se tiene certeza sobre si el resultado se habría producido aun cuando el autor haya realizado un comportamiento alternativo conforme a Derecho. Es decir, no está claro, ni puede esclarecerse, el hecho de que el resultado igualmente hubiere tenido lugar aun cuando el autor hubiera actuado conforme a Derecho³²⁴.

En segundo lugar, se hallan aquellos casos en que, a raíz de una lesión provocada por el autor, se requiera de intervención médica, tratamiento durante el cual el médico comete un error que también tiene incidencia en el resultado³²⁵. No obstante, resulta importante destacar que ninguno de estos supuestos es aplicable al caso objeto de este estudio, razón por la cual no se profundizará en ellos.

³²¹Ibid.

³²²Ibid, p. 92; Roxin, Claus. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. p. 373.

³²³Frisch, Wolfgang. *La imputación objetiva del resultado*. p. 92.

³²⁴Mir Puig, Santiago. op. cit. p. 307; Roxin, Claus. *Derecho penal: parte general*. p. 379.

³²⁵Ibid, p. 400 y sgtes.

6.5. Resultados

El requisito de realización del riesgo en el resultado es el último solicitado por los postulados de la teoría de la imputación objetiva del resultado para la imputación de un resultado típico al autor. Presupone la comprobación de la provocación causal del resultado generada por la conducta del autor, y que esta conducta haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado. Mediante este requisito, quedan excluidos de la imputación del resultado, principalmente, dos conjuntos de casos. En primer lugar, aquellos en que el resultado se habría producido aun cuando el autor actué conforme a Derecho. En el caso «La Pistola de Servicio», se ha determinado que el policía creó un riesgo jurídicamente desaprobado al colocar, negligentemente, su arma cargada sobre el tablero, incumpliendo, a través de esta acción, las exigencias de cuidado exhortadas por el ordenamiento, atendiendo a la no responsabilidad de la mujer.

Al realizar la representación hipotética de un actuar por parte del policía conforme a Derecho, es decir, que éste hubiese colocado el arma «descargada» o «fuera del alcance» de la mujer, se observa que el resultado no se hubiese producido. En este sentido, tampoco hay duda acerca de si la muerte de la mujer podía o no haberse producido a partir de un comportamiento alternativo conforme a derecho por parte del policía, puesto que sin el acceso al arma, la mujer en «ningún caso» hubiese ejecutado el disparo que acabó con su vida.

En segundo lugar, al aplicar este último requisito de la imputación objetiva quedan excluidos de la imputación del resultado aquellos casos en que el resultado se produce no como una consecuencia del riesgo desaprobado creado por el autor, sino como resultado de un riesgo tolerado concomitante a ese riesgo. En el caso objeto de esta investigación, se observa que el resultado se origina, específicamente, como consecuencia del riesgo desaprobado creado por el autor y no como una secuela de algún otro, razón por la cual también se descarta este supuesto de exclusión.

En virtud de estas consideraciones, se concluye que se ha verificado, en el caso «La Pistola de Servicio», la exigencia de la realización del riesgo en el resultado, cumpliéndose así con todas las exigencias emplazadas por la teoría de la imputación

objetiva del resultado. A modo de resumen: el policía provocó, causalmente, el resultado a partir de su conducta. Asimismo creó un riesgo jurídicamente desaprobado en el sentido del tipo del homicidio. Finalmente, el resultado se produjo, precisamente, como consecuencia del riesgo creado por el autor. En razón de estas consideraciones, se establece que se ha visto realizado el tipo objetivo del tipo del homicidio imprudente del § 222 del StGB (Art. 391 N° 2 en relación con el Art. 490 número 1 del C.P.).

CONCLUSIONES

A- El comportamiento del policía en el caso de «La Pistola de Servicio» fue de acción y no de omisión. Se pudo llegar a esta aseveración mediante la aplicación del criterio de la causalidad según el cual un comportamiento es comisivo si se comprueba la relación causal entre el comportamiento y el resultado. Caso contrario, el comportamiento es omisivo si falta esta relación causal. Como en el caso sujeto a esta investigación quedó, claramente, definida la relación de causalidad entre el comportamiento del policía y el resultado, se concluye que su conducta fue de acción o comisivo.

B- El sistema unitario de autor o extensivo-causal es el adecuado para el ámbito de los delitos imprudentes en el ordenamiento jurídico-penal alemán. Fundamentalmente, en razón del dolo requerido para la participación. La consecuencia de ello es la imposibilidad de hablar de formas de intervención en el ámbito de los delitos imprudentes y, por ende, la dificultad de fundamentar, a través del «argumento de la participación», una posible exclusión de imputación de un comportamiento que fue causal para el resultado. Por consiguiente, se concluye que el argumento esgrimido por el BGH para absolver al acusado en el caso «La Pistola de Servicio» no fue correcto.

C- Se analizó, mediante la aplicación de los criterios de la teoría de la imputación objetiva del resultado, una posible responsabilidad del policía a título de autor por la muerte de la mujer. El primer requisito requerido por esta teoría es la comprobación de la relación causal entre el comportamiento del autor y el resultado. Esta causalidad pudo comprobarse, a partir de los postulados de la teoría de la equivalencia de las condiciones según la cual la causalidad se determina a través de una supresión mental hipotética del comportamiento del autor: si con ello desaparece también el resultado, el comportamiento es causal; si, por el contrario, el resultado subsiste, falta la relación causal. Al aplicar estos preceptos al caso «La Pistola de Servicio», se observó que suprimiendo mentalmente la conducta del policía, consistente en haber colocado su arma cargada encima del tablero del vehículo, el

resultado también desaparece, porque al no haber acceso al arma, la mujer no hubiese realizado el disparo que acabó con su vida. Por esta razón, se concluye que el comportamiento del policía sí fue causal para el resultado.

D- Para comprobar el segundo requisito de la teoría de la imputación objetiva, se acudió a la clasificación tripartita de grupo de casos elaborada por Frisch la cual permite decidir, a través de consideraciones normativas, si ciertos riesgos creados deben ser desaprobados jurídicamente. De estas consideraciones normativas resulta que, en casos en los que el menoscabo para la víctima se produce a partir del actuar intercesor autónomo de la propia víctima, por regla general, las conductas de terceros que facilitan o promueven tales autolesiones crean sólo riesgos tolerados. Esta decisión se debe a una ponderación de intereses entre la libertad de actuación de terceros y la protección de bienes de la eventual víctima: cuando no resulte posible identificar un interés (preferente) en la prohibición de determinadas conductas de terceros, no será factible argumentar una prohibición típica de dichas conductas.

E- A partir de estas consideraciones acerca de las causas por las que no puede hablarse de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, se extraen, simultáneamente, sus límites y con ello aquellos casos en los que la conducta del tercero sí deben verse como la creación desaprobada de un riesgo, constituyéndose así en excepciones a la regla general enunciada. El primer grupo de excepciones, se deriva del presupuesto tácito del fundamento de la ponderación de intereses, ya que solo puede hablarse, razonablemente, de «la falta de un interés» en la prohibición de determinadas conductas de terceros respecto a personas que, conforme a sus capacidades tanto intelectuales como volitivas, generalmente están en situación de decidirse a favor de una conducta libre de peligros. En principio, el caso específico objeto de este estudio se circunscribe dentro de esta excepción toda vez que los antecedentes del caso advierten acerca de la vulnerabilidad emocional de la mujer producto de un estado depresivo y de su incapacidad para decidir, razonablemente, respecto a menoscabos sobre sus bienes.

F- Para establecer que, efectivamente, la mujer se encontraba en una situación en la que debía ser considerada como una persona no responsable y que, por lo tanto,

resulte aplicable la excepción a la regla enunciada, se debió determinar, primeramente, qué debe entenderse por «responsabilidad de la víctima» en autolesiones o autopuestas en peligro. Para tal fin, se estimó apropiado atender a un «concepto funcional» de la responsabilidad de la víctima; considerando, sobre todo, la necesidad de protección de la víctima mediante prohibición típica. En este sentido, resultó más apropiado acogerse a la solución del consentimiento pues al establecerse en qué ocasiones un consentimiento resulta inválido, se realiza una valoración de carácter general acerca de las circunstancias en las que una persona pueda requerir protección penal mediante los correspondientes delitos de resultado. En razón del concepto funcional asumido, resulta, igualmente, adecuado y necesario admitir la falta de responsabilidad de la víctima ya ahí donde, debido a causas habituales o situacionales, ésta no pueda ser considerada responsable por lesiones a otros. No obstante, y aquí adquiere trascendencia práctica el criterio del consentimiento, también resulta necesario y adecuado proteger, mediante prohibición típica, a personas que se encuentren en una situación tal que un posible consentimiento suyo resultaría inválido. Entiéndase: 1) que posean una limitación considerable de su capacidad de decisión; 2) que se encuentren en error en lo relativo a la dimensión de su actuación; 3) que hayan sido presionadas por engaño o coacción en una medida relevante. Después de un análisis de todas las circunstancias del caso en lo que respecta al estado de la mujer, se concluye que la misma se encontraba incapacitada «en forma considerable» para comprender el hecho o para actuar de acuerdo a esa comprensión. Por consiguiente, y de acuerdo al criterio del consentimiento, la mujer no puede ser considerada responsable.

G- A los fines de determinar que el policía creó un riesgo jurídicamente desaprobado, se analizó, finalmente, si existieron indicios concretos que permitían inferir que la mujer perpetraría un hecho como el acontecido. En este aspecto, se concluyó que, dadas las circunstancias del caso, era probable que la mujer pudiese ejecutar una acción como la que, finalmente, ocurrió y que este evento pudo ser previsto por el policía. En razón de ello, se concluye que el policía sí creó un riesgo desaprobado por el ordenamiento jurídico. Un riesgo típico en el sentido del delito de homicidio.

H- La creación de riesgo, por parte del policía, fue realizada de manera imprudente sin representación. En este sentido, se presenta una coincidencia con la calificación realizada por el BGH. Ello se concluyó luego del análisis de las circunstancias del caso objeto de estudio, que indicaban que el policía siquiera se representó que su acción, finalmente, llevaría a provocar la muerte de la mujer. No obstante ello, estando consciente de los desequilibrios emocionales de su acompañante, pudo y debió haberse representado que su conducta llevaría a causar el resultado y, con ello, haber tomado las medidas necesarias a fin de resguardar el arma de fuego, evitándose así la posibilidad de acceso a la misma por parte de la mujer.

I- El último requisito exigido por la teoría de la imputación objetiva es el de la realización del riesgo en el resultado, mediante el cual quedan excluidos de la imputación del resultado –principalmente- dos conjuntos de casos. En primer lugar, aquellos en el que el resultado se habría producido aun cuando el autor se comporte conforme a derecho. Y, en segundo lugar, casos en los que el resultado, finalmente, se producen no como consecuencia del riesgo desaprobado creado por el autor, sino a partir de un riesgo tolerado concomitante a ese riesgo. Se observó que ninguno de estos dos supuestos de exclusión resultó aplicable al caso «La Pistola de Servicio», razón por la cual queda confirmado este último requisito.

J- De esta manera se han comprobado todos los requisitos postulados por la teoría de la imputación objetiva del resultado en el caso «La Pistola de Servicio»: el policía provocó, causalmente, el resultado a través de su conducta. Con dicha conducta creó un riesgo jurídicamente desaprobado en el sentido del tipo del homicidio. Finalmente, el resultado se produjo, precisamente, a partir del riesgo desaprobado creado por el autor. Por ende, se considera que se ha visto realizado el tipo objetivo del delito de homicidio imprudente. En virtud de que no se logró apreciar la concurrencia de posibles causas de justificación, como tampoco causas de exculpación ni inculpabilidad, se concluye finalmente que el BGH debió haber castigado al policía por la muerte de la mujer por el delito del homicidio imprudente contemplado en el § 222 del StGB (Art. 391 N° 2 en relación con el Art. 490 número 1 del C.P.).

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS CITADOS

BUSTOS Ramírez, Juan. *El delito culposo*. 1º edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

CANCIO Meliá, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. 2ª edición. Barcelona, J.M. Bosch, 2001.

FEIJÓO, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia*. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2001.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducido por Cuello Contreras & Serrano González de Murillo. Madrid, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.

FRISCH, Wolfgang. *Estudios sobre Imputación Objetiva*. Santiago de Chile, Abeledo-Perrot y THOMSON REUTERS, 2012.

FRISCH, Wolfgang. *La Imputación Objetiva del Resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*. Traducido por Coca, Ivo. Barcelona, Atelier, 2015.

FRISCH, Wolfgang. *Tipo Penal e Imputación Objetiva*. Traducido por Bacigalupo, Enrique. Madrid, Colex, 1995.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos de la imputación objetiva del comportamiento*. En su: *La imputación objetiva en derecho penal*. Buenos Aires, Ad-Hoc, 1996.

KINDHÄUSER, Urs. *Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso*. En: *Cuestiones actuales del Derecho penal general y patrimonial (I Jornada de Derecho Penal, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura)*. Piura, 29 de octubre de 2004.

MIR Puig, Santiago. *Derecho penal: Parte general*. 10ª Ed. Montevideo-Buenos Aires. Editorial B de f; Julio César Faira-Editor, 2016.

NOVOA Monreal, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires, Depalma, 1984.

PUPPE, Ingeborg. *La Imputación Objetiva*. Traducido por García, Percy. Granada, Comares, 2001.

ROXIN, Claus. *Acerca del fundamento penal de la participación*. En su: *Dogmática penal y política criminal*. Lima, Idemsa, pp. 371-400. p. 398.

ROXIN, Claus. *Derecho penal parte general*. Tomo I y II. Trad. 2da ed. alemana por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997.

SILVA Sánchez, Jesús María. *El delito de omisión: Concepto y sistema*. 2da. Edición. 4ª reimpresión. Montevideo-Buenos Aires. Editorial B de f; Julio César Faira-Editor, 2017.

ARTÍCULOS DE REVISTA CITADOS

CONTRERAS Chaimovich, Lautaro. La responsabilidad penal del fabricante por la infracción de sus deberes de vigilancia, advertencia y retirada. *Política Criminal*. Vol. 10 (19): 266-296, julio 2015.

CONTRERAS Chaimovich, Lautaro. Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones. *Política criminal*. Vol. 13 (25): 387-444, julio 2018.

HORVITZ Lennon, María Inés. Autoría y participación en el Delito Imprudente. *Revista de Estudios de la Justicia* (10): 143-155, 2007.

KINDHÄUSER, Urs. Infracción de Deber y Autoría- Una crítica a la Teoría del Dominio del Hecho. *Revista de Estudios de la Justicia* (14): 41-52, 2011.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. La “determinación objetiva del hecho”, observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 42, (3): 889-914, 1989.

REYES Alvarado, Yesid. Fundamentos teóricos de la imputación objetiva. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 45, Fasc/Mes 3: 933-968, 1992.

ROSO Canadillas, Raquel. Los criterios de autoría en el delito imprudente. *Derecho Penal y Criminología*. Vol. 25 (75): 227-244, 2004.

ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. *InDret: Revista para el análisis del derecho*. Nº 1: 26 págs., 2013.

LEYES CITADAS

Código Penal Alemán (*Strafgesetzbuch*), 32a., edición, Deutscher Taschenbuch Verlag, C. H. Beck, Munich, 1998. Traducido por Claudia López Díaz Universidad externado de Colombia, 1999.

Código Penal Chileno. Santiago, Chile, 12 noviembre de 1874.

Código Penal Español-Ley Orgánica 10/1995. Boletín Oficial del Estado N° 281, Madrid, España, 24 de noviembre de 1995.

Ley de Tribunales de Menores-Alemania [*Jugendgerichtsgesetz* (JGG)], de 11 de diciembre de 1974 (BGBl.I S. 3427).

Ley N° 20.000, que sustituye la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Santiago, Chile, 16 de Febrero de 2.005.

Ley N° 20.084; que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Santiago, Chile, 07 de diciembre de 2005.

JURISPRUDENCIA CITADA

Colección oficial de Sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en causas penales 24, 342.

Colección oficial de Sentencias del Tribunal Supremo del Imperio alemán en causas penales RGSt) 57, 172.