

Algunas consideraciones sobre el riesgo permitido en el Derecho penal

José Antonio Caro John*

Resumen. – El presente trabajo emplea como criterio el riesgo permitido utilizado en el ámbito de la imputación objetiva. El análisis de este escrito, además de ser dogmático, incluye jurisprudencia a fin de llevar a la práctica las hipótesis señaladas.

Abstract. - This paper uses as a criterion the permissible risk used in the field of objective imputation. The analysis of this paper, in addition to being dogmatic, includes jurisprudence in order to put into practice the hypotheses indicated.

Palabras clave. – Derecho penal – Riesgo permitido – Rol – Deber – Imputación.

Key words. - Criminal law - Permitted risk - Role - Duty – Imputation.

* Profesor de Derecho penal en la Universidad del Pacífico.

I. El paso del dogma causal al riesgo permitido

Es real que durante mucho tiempo se entendió que la tipicidad de una conducta se establecía en la comprobación del nexo causal entre acción y resultado¹. La fenomenología externa del suceso se convertía en la razón de imputación, de manera que el resultado causal era equiparado con el resultado típico. La imputación al tipo objetivo dependía de la fuerza fenomenológica de causación que la conducta del sujeto producía en el mundo exterior. Un ejemplo práctico de este esquema de interpretación se encuentra el famoso “caso del burdel”², donde el regentador de un burdel clandestino fue condenado como autor del delito de proxenetismo, y junto a él también fue hallado responsable como cómplice un vendedor de vino. A juicio del tribunal que condenó al vendedor, el vino que repartió incrementó la visita de parroquianos al burdel. Los jueces estuvieron convencidos de que “la actividad de reparto del vendedor de vino se encontró en estrecha relación con la actividad proxeneta del dueño del burdel”, teniéndose en cuenta además que el funcionamiento clandestino del local era una actividad “conocida” por el vendedor de vino. El fundamento del castigo de la complicidad se basó en la mera comprobación del nexo causal existente entre la conducta de favorecimiento al hecho mediante la venta de vino y el resultado beneficioso para el autor.

En la línea de pensamiento de una imputación típica como en el caso del burdel la solución se encuentra en la comprobación de la fenomenología causal externa de la acción unida al conocimiento psíquico del actuante sobre dicha fenomenología. Así, la relevancia penal de la conducta se define acorde a la fórmula “causalidad + dolo = responsabilidad”³, esquema que tuvo su máximo apogeo en la dogmática jurídico-penal en el último tercio del siglo XIX bajo el influjo de la teoría de la equivalencia de las condiciones en el Derecho penal, notándose su presencia posteriormente con matices diferentes en el sistema clásico y luego en el sistema neoclásico⁴.

¹ Cfr. VON LISZT, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21ª/22ª ed., Berlin/Leipzig, 1919, § 28; BELING, Ernst, *Grundzüge des Strafrechts*, 2ª ed., Tübingen 1902, p. 38; RADBRUCH, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin 1904 (aquí citado según la recopilación de su obra completa por Arthur Kaufmann, en veinte tomos hasta 2003, y publicada con el título Gesamtausgabe, tomo 7, Strafrecht I, volumen coordinado por Monika Frommel, Heidelberg 1995) pp. 118 ss. Una magnífica exposición de la teoría del *nexo causal* que muestra su contenido y “desarrollo tan impetuoso como sujeto a cambios” puede verse en MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, t. I., traducción y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda, Ediciones Ariel, Barcelona 1962, pp. 220-228.

² Sentencia del Tribunal del Imperio alemán de 14 de junio de 1906, véase RGSt 39, pp. 44 ss. No es difícil vislumbrar que en el trasfondo de la valoración estuvo el esquema mental de la fórmula *conditio sine qua non*; es decir, si el vendedor no hubiese repartido vino al burdel, la concurrencia de parroquianos no se habría incrementado, y el negocio tampoco se habría convertido en tan próspero. Por tanto, el vino favoreció el funcionamiento exitoso del negocio clandestino. La imputación al tipo objetivo dependió únicamente de constatar la pura fenomenología naturalista de los hechos. A lo constatado empíricamente se añadió el conocimiento psíquico del vendedor al considerarse que su obrar fue doloso porque el vendedor supo en todo tiempo que el burdel era clandestino.

³ Radical en su crítica contra dicha fórmula es LESCH, Heiko Harmut, “Beihilfe zur Steuerhinterziehung durch Mitarbeiter von Geldinstituten in Form des Kapitaltransfers ins Ausland”, en JR 2001, p. 384.

⁴ Véase la magnífica exposición de los rasgos generales de la evolución en el objeto y método de estas corrientes dogmáticas en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal*

Pero esta perspectiva de comprensión de la imputación jurídico-penal cambió drásticamente con el fenómeno contemporáneo de la normativización de la de la tipicidad, y, en general de las categorías jurídico-penales, fenómeno sobre el que Roxin hace medio siglo en 1970 anticipó visionariamente como la dirección ineludible a seguir: “La verdadera cuestión jurídica fundamental no radica en averiguar si se dan determinadas circunstancias, sino en la fijación de los criterios según los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona. El cambio de perspectiva de la causalidad a la imputación evidencia que ya en la teoría de la acción el centro de gravedad se desplaza de lo óntico al ámbito normativo: si se le puede imputar a un hombre un resultado como obra suya depende desde un principio de los criterios de enjuiciamiento a los que sometamos los datos empíricos”.

Desde una perspectiva normativo funcional reflejada en su descollante producción científica, JAKOBS en 1983 sentenció de manera decisiva en la 1ra. edición de su Tratado que “la dogmática penal ontologista se quiebra, y ello más radicalmente de lo que nunca se ha constatado conscientemente. No sólo los conceptos de culpabilidad y acción (y muchos otros situados a inferior nivel de abstracción), a los que la dogmática penal ha atribuido siempre expresamente una esencia o —más descoloridamente— una estructura (lógica-objetiva, prejurídica), se convierten en conceptos de los que no cabe decir sencillamente nada sin tener en cuenta la misión del Derecho penal, sino que incluso el concepto de sujeto al que se le imputa se manifiesta como un concepto funcional”.

La perspectiva de análisis es normativa porque lo determinante para establecer el carácter típico de la conducta es su significado de antinormatividad en un contexto social concreto y no en el mero fenómeno causal producido por la conducta. Si bien la causalidad está presente en la facticidad de los hechos, constituyendo el punto de partida del análisis, especialmente en los delitos de comisión activa, sin embargo — como enfatiza Robles Planas— “no puede erigirse en el definiens [o concepto definidor] del injusto de la acción”.

No obstante, cuando se creía que el modelo de atribución de responsabilidad basado en el dogma causal parecía estar superado gracias a la contundencia argumentativa del pensamiento normativista, que tiene en la imputación objetiva a su teoría más representativa, no deja de sorprender que existan todavía algunos casos en la práctica penal que muestran la presencia del dogma causal en la resolución de los casos penales, como si en pleno siglo XXI la agonizante perspectiva naturalista se resistiera a abandonar el enterrado mundo del Derecho penal decimonónico. A título de ejemplo veamos algunos de esos casos.

contemporáneo, José María Bosch Editor, Barcelona 1992, pp. 48 ss., así como la 2ª ed. ampliada y actualizada por la editora BdeF de Buenos Aires en 2010, con la adición a este capítulo en las pp. 280 y ss. donde destaca que la “dogmática normativista” marca sin duda el rasgo distintivo de las investigaciones monográficas en la actualidad.

i. Caso de la cocinera⁵

Una mujer fue condenada a 13 años de pena privativa de la libertad por el delito de promoción y favorecimiento al tráfico ilícito de drogas agravado en condición de integrante de una organización criminal (arts. 296 y 297.6 CP). La imputación fue haber ejercido el oficio de cocinera, desde cuya posición al alimentar a su marido y los empleados de éste, todos ellos integrantes de una organización criminal dedicada al narcotráfico, favoreció el funcionamiento de la organización. La Corte Suprema de Justicia al momento de confirmar la condena de los demás, absolvió a la cocinera, con el siguiente fundamento:

“(…) se desprende de la acusación fiscal y de la sentencia de conclusión anticipada que la imputación que pesa contra ella es por haber proveído alimentación a sus coprocesados que se encargaban de preparar la droga; sin embargo, dicha imputación no encuadra dentro del tipo penal, constituyendo una conducta atípica, que ni siquiera puede considerarse a título de cómplice, pues con su conducta no ayudó a la fabricación de la droga, únicamente alimentaba a dichas personas, no pudiéndola sancionar por los conocimientos especiales que posea; en este sentido, se advierte que la conducta desplegada por la encausada está revestida de neutralidad, operando en el presente caso la prohibición de regreso, la cual sirve como filtro para determinar la delictuosidad de una conducta en los casos de intervención plural de personas en un hecho, ya que si la misma ha sido practicada en el marco de un oficio cotidiano, una profesión o una actividad estandarizada, no puede hacer decaer el efecto de garantía y de protección que lleva aparejada el ejercicio del rol, en consecuencia corresponde absolver a la procesada de los cargos que pesan en su contra”⁶.

En este caso, mediante un razonamiento completamente opuesto al del dogma causal arraigado en la sentencia condenatoria de la instancia previa, la Corte Suprema sostuvo que la conducta de proveer alimentación a los coimputados concuerda con el estereotipo de lo que atañe desempeñar cotidianamente a quien se dedica a las labores de cocina. Siendo esto así, no tiene sentido condenar a una persona cuando su actuar no desborda los límites del estándar de conducta adecuado a un rol socialmente estereotipado, pues en ese caso no hay rebasamiento de prohibición penal alguna. La solución fue correcta, puesto que cocinar y dar de comer a unos delincuentes representa en su facticidad únicamente pura causación fenomenológica que en modo alguno contiene el sentido normativo de una participación punible. Hay una ajenidad normativa del obrar acorde a un rol socialmente estereotipado de la cocinera respecto

⁵ Este caso se hizo conocido luego de que la Corte Suprema el 14 de septiembre de 2012 (R.N. 3078-2011-Puno. Ponente VILLA STEIN) absolviera a una mujer de la imputación por el delito de tráfico ilícito de drogas en organización criminal. La sentencia impugnada fue dictada primeramente por la Sala Penal Liquidadora de Puno en el Exp. 01039-2009, de fecha 22 de julio de 2011, en cuyo Considerando Sexto (Hechos imputados) concretó la imputación contra la sentenciada del modo siguiente: “los procesados V.M.L.L. [esposo de la cocinera] y R.M.C [empleado del primero] dirigían el proceso de elaboración de la droga ilícita y la procesada J.C.C. [cocinera] proveía de alimentación para los demás procesados”.

⁶ Fundamento 3.6 (subrayado agregado).

de la comunidad delictiva u organización criminal dedicada al narcotráfico conformada por su marido.

ii. Caso de los vasitos de tecnopor⁷

Al gerente general de una empresa de ferrocarril que transporta turistas desde Ollantaytambo hacia Machu Picchu se le imputó la autoría del delito de contaminación ambiental (art. 304, 1er. párrafo CP), luego de haberse encontrado en la línea férrea residuos sólidos consistentes en vasitos de tecnopor que fueron arrojados por los usuarios de los trenes. Para la fiscalía estos residuos sólidos causaron impactos ambientales significativos en la zona, y al ostentar el gerente general el dominio gerencial de la empresa debe responder penalmente por el resultado.

Claramente existió una fijación naturalista –propia del dogma causal– en la imputación de cargos realizado por la fiscalía, pues tan solo en base al puro resultado se postuló la responsabilidad penal del directivo de la empresa, obviándose por completo que el juicio de relevancia típica de una conducta consiste más bien en una adscripción antinormatividad a partir de las regulaciones existentes que delimitan la libertad de actuación o el ámbito de competencias del agente. Más aún, si estamos ante un segmento social altamente regulado, como en efecto es el sector medioambiental, la fiscalía debió verificar primero si existía alguna norma concreta en el campo extrapenal que la conducta del gerente general pudo haber rebasado; sólo después de haber realizado ese juicio de valoración, y al confrontarla con los elementos del tipo penal, hubiese estado en condiciones de adscribir o negar la relevancia típica a la conducta imputada.

La Sala Penal Superior de Cusco, contradiciendo la imputación fiscal, confirmó asertivamente la absolucón con base en una perspectiva normativa completamente distante de la pura fenomenología causal del resultado:

“5.6.- Durante el desarrollo del presente proceso, este Tribunal advierte que el titular de la acción penal pública no ha acreditado en forma suficiente que el acusado [...], en su condición de gerente general [...] haya usado a terceras personas para contaminar el medio ambiente en la ruta ferroviaria Ollantaytambo – Machu Picchu – Ollantaytambo. Al haberse omitido por el señor Fiscal la actuación de medio probatorio que acredite las funciones específicas del referido procesado. El artículo 27° del Código Penal prevé la punibilidad de la actuación en nombre de persona jurídica, señalando que el que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo del delito, es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la

⁷ Caso resuelto por la Segunda Sala Penal del Apelaciones de Cusco, en el Exp. 1450-2014, sentencia de vista de 12 de julio de 2018.

penalidad de este tipo no concurren con él pero sí en la representada. Como señala el A Quo, este tipo de punibilidad prevé la condición del actuar por otro. Teniéndose también en cuenta que la distribución de funciones en la estructura empresarial supone que los representantes legales no realicen acciones en sentido estricto y que su función básicamente es la de representación y liderazgo. Por lo tanto no se acreditó en juicio que el imputado [...] sea responsable de la comisión del hecho imputado. Añadiendo a ello que al ser la empresa [...], una de gran envergadura, tal y como lo ha sostenido el imputado, existen áreas específicas de trabajo que se encargan de temas concretos, los cuales no siempre en su totalidad llegan a ser de pleno conocimiento del gerente general, en vista de que ello significaría para esta persona una sobrecarga de trabajo; dominando el principio de la distribución de funciones y el principio de confianza”.

No es suficiente mencionar la existencia del deber general de evitar impactos ambientales como resultado asociado al ejercicio de actividades de la empresa, porque si la empresa contaba con una organización normativa con reparto de competencias y funciones debió identificarse el deber concreto con cuya infracción podría haberse atribuido una relevancia típica al comportamiento omisivo del gerente general. Si bien éste tiene un deber de vigilar, supervisar, controlar el correcto funcionamiento de la política ambiental al interior de la empresa, el cumplimiento de ese deber opera mediante actos de delegación o transferencia de competencias. Quien delega se libera así de la administración directa del riesgo y confía válidamente en que el delegado administrará correctamente la competencia delegada.

II. Establecimiento del riesgo permitido como categoría nuclear de la tipicidad

La dimensión conceptual de la imputación objetiva se plasma en institutos dogmáticos, útiles para su cabal comprensión y aplicación práctica. Estos institutos dogmáticos son: a) el riesgo permitido, b) el principio de confianza, c) la prohibición de regreso, y d) la imputación a la víctima.

El presente estudio se limita al tratamiento del riesgo permitido como el ámbito de interacción social donde se delimita normativamente los contornos de la libertad de acción de la persona en la sociedad. No todo riesgo creado debe ser desaprobado jurídicamente, porque la sociedad en determinados contextos está dispuesta a tolerar la creación de determinados riesgos por considerarlos necesarios para el desarrollo de los contactos sociales. Por ejemplo, ninguna corte de justicia se atrevería a juzgar a un ciudadano por la compra de un automóvil de último modelo porque al conducirlo va a crear un riesgo de muerte o de lesión para las personas que a pie también toman parte en el tráfico rodado. La circulación de vehículos motorizados por el centro de las ciudades muestra sin lugar a duda un riesgo para los bienes del entorno social, mucho más cuando se desplazan con altas velocidades. Pero, no por ello se prohíbe la compra-venta de automóviles.

Incluso el empleo y consumo de algunos productos plantea cierto abuso, como la energía eléctrica, el internet, o el alcohol, pero mientras la sociedad con su modernización y cada vez más elevado grado de tecnificación necesita de esos bienes o servicios para funcionar, no podrá renunciar a los mismos, sino tendrá que aprender a convivir con el abuso de esos bienes, por formar parte del riesgo permitido. Hoy nadie está dispuesto a volver a comunicarse con señales de humo, ni a desplazarse en carruajes ni a vestirse con taparrabos.

Lo importante a resaltar es que no está prohibido jurídicamente practicar conductas per se riesgosas. Sería absurdo -además de imposible- que el ordenamiento jurídico prohibiera toda situación riesgosa para librar a las personas de todos los peligros posibles. Por muy alta que parezca la peligrosidad de algunas acciones, pero mientras responda a “una configuración vital que está tolerada de modo general”, está cubierta por el riesgo permitido. Nadie está obligado a desaparecer los riesgos que acompañen a su actividad, mucho menos está obligado a reducirlos a cero, como se ve de una mejor manera en el ámbito de las empresas. El deber jurídico es de mantener los riesgos controlados, dentro de los estándares y límites permitidos, más no a desaparecerlos.

i. El paso de la adecuación al riesgo permitido

El dogma causal se emparenta con la teoría de la lesión de un bien jurídico entendido en sentido naturalista como destrucción de un bien en su existencia natural. Welzel contradijo este punto de vista desde sus primeros trabajos, considerándola una interpretación equivocada de la “realidad social del Derecho”⁸, pues en la sociedad sólo hay bienes jurídicos en la medida que “desempeñan una función”⁹ y una visión estática de ellos equipararía la realidad con un “mundo museal muerto”¹⁰. Para Welzel en la vida cotidiana todas las personas están expuestas de modo permanente a sufrir una lesión o puesta en peligro de sus bienes jurídicos, sin embargo, el Derecho penal no está presente de manera permanente como guardián de dichos bienes, ya que el Derecho penal pertenece al “mundo del sentido, del significado”¹¹ y no al de la naturaleza. En esta línea de argumentación hoy JAKOBS añade que al Derecho penal no le atañe, por ejemplo, castigar al asesino por simplemente haber destruido una vida humana que, “per se no es más que un mero hecho natural”, sino por haberse rebelado contra la norma que “convierte al sistema psicofísico ‘ser humano’ en un ser humano que no debe ser matado sin razón”¹².

Así, hay situaciones donde determinados peligros, incluso daños causales, no generan el interés de intervención del Derecho penal, pese a existir un bien jurídico lesionado en su esencia natural. Esos peligros no activan el interés de persecución del Derecho penal

⁸ WELZEL, Hans, “Studien zum System des Strafrechts”, en IDEM, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Walter de Gruyter, Berlín 1975, p. 140.

⁹ *Idem*.

¹⁰ *Ibid.*, p. 141.

¹¹ *Ibid.*, p. 142.

¹² JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Editorial Civitas, Madrid 1996, p. 25, nota al pie 10.

precisamente, como dice Welzel, por haber sido producidas por una conducta socialmente adecuada¹³. Este es el caso, por ejemplo, de quien tiene relaciones sexuales con una mujer con tuberculosis con la intención de que fallezca en el parto, al no poder resistirlo por tener la salud resquebrajada; también el caso del sobrino que para heredar la herencia de su tío rico lo alienta a usar el transporte público con la esperanza de que fallezca en un accidente¹⁴. De producirse un resultado lesivo, los comportamientos de ambos agentes son “socialmente adecuados y no realizan ningún tipo penal de homicidio”¹⁵. En el juicio de valoración no tienen cabida la causalidad ni el dolo, sino únicamente el significado “socialmente adecuado de la conducta que de ninguna manera es un modelo de conducta, sino un comportamiento realizado en el marco de la libertad social de la acción”¹⁶.

En la adecuación social se anudan el Derecho penal y la sociedad, a partir de lo cual el concepto dogmático del delito despliega su sentido como imputación de antinormatividad resultante de los contactos sociales y no de las lesiones naturalísticas generadas por dichos contactos. Evidentemente, las consideraciones valorativas aportadas por la adecuación social para la determinación de la relevancia o irrelevancia penal de la conducta son diametralmente opuestas al del dogma causal y de todo punto de vista parecido. La teoría de la adecuación social es correcta en este sentido; sin embargo, por sí sola, sin un estándar normativo dentro de su configuración, adolece de una “evidente vaguedad”¹⁷ en la resolución jurídica de los problemas generados por las conductas estimadas como socialmente habituales que son practicadas para favorecer la comisión de un delito.

Es por ello que el riesgo permitido, como instituto dogmático de la imputación objetiva del comportamiento, viene a superar los problemas no resueltos por la adecuación social. Con base en una solución normativa, el riesgo permitido emprende la determinación de la relevancia típica de una conducta a partir de la demarcación de los límites del ámbito de competencia del agente abarcado necesariamente por una norma extrapenal. El quid de la cuestión en la determinación del carácter típico de una conducta está entonces en esclarecer si la misma reúne el significado de un obrar conforme a un rol social y normativamente estereotipado de la persona vinculado a un contexto social concreto, o si más bien lo extralimitó dando lugar a la configuración de un riesgo prohibido. Es por ello que estamos ante una teoría de la conducta típica con

¹³ WELZEL, Hans, “Studien zum System des Strafrechts”, cit. pp. 142 ss.; el mismo, *Das deutsche Strafrecht*, 11a ed., Walter de Gruyter, Berlín 1969, pp. 55 ss.

¹⁴ Ambos ejemplos están en WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 11a ed., Walter de Gruyter, Berlín 1969, p. 56. Pero el caso del sobrino que convence a su tío a tomar el tren con la intención de que éste fallezca en un accidente ferroviario, lo cual sucede en la práctica, ya había sido tratado por Welzel en 1939 en su grandiosa obra “Studien zum System des Strafrechts”, escribiendo al respecto “este ejemplo no tiene nada que ver con ni con la causalidad ni con el dolo, sino con el significado social de la acción, al que hemos denominado adecuación social”, véase IDEM, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, cit., p. 142.

¹⁵ WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 56.

¹⁶ Idem.

¹⁷ FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C.F. Müller, Heidelberg 1988, p. 237.

una explicación normativa concreta y no genérica como en su momento lo mostró la teoría de la adecuación social.

La pregunta es si el legislador debería prohibir los riesgos permitidos y qué ganaría la sociedad con esta medida. La respuesta es evidente: El Derecho penal es un orden secundario del ordenamiento jurídico que interviene como ultima ratio sólo después de que la conducta haya rebasado los límites de lo tolerado o permitido en el orden primario contenido en las normas extrapenales¹⁸, de manera que si dicho orden tolera ciertas conductas que contengan un peligro abstracto, o conductas una idoneidad potencial establecida estadísticamente para lesionar los objetos penalmente protegidos, le es vedado al Derecho penal declararlos como pasibles de sanción penal. He allí que por esta razón al legislador le es imposible prohibir estos riesgos porque la prohibición colisionaría precisamente y de manera frontal con “el riesgo general de la vida”¹⁹, cuyo campo de operación forma parte de la indiscutible libertad de acción de que gozan todas las personas dentro de la sociedad de un Estado de libertades y que la Constitución garantiza a todo ciudadano en el art. 2, inc.1, con el reconocimiento de su derecho al “libre desarrollo y bienestar”. Queda entonces entregado al propio ámbito de organización del ciudadano la gestión de su esfera de libertad personal cuando participa de la interacción en sociedad.

El legislador no puede ni debe ser invasivo sobre cómo la persona ha de organizar y adoptar los mecanismos de precaución y cuidado ante los riesgos mínimos que presupone la convivencia en una sociedad de libertades; por esta razón no está prohibido per se jurídicamente practicar las conductas antes descritas, por riesgosas y peligrosas que puedan ser, en la medida que están abarcadas concretamente por el riesgo permitido²⁰. Sería absurdo, además de imposible, que el legislador prohibiera toda actividad y prestación de servicios peligrosas con el objetivo de proteger a las personas frente a todos los riesgos posibles. Por muy alta que parezca la peligrosidad de algunas acciones, mientras responda a “una configuración vital que está tolerada de modo general”²¹, está cubierta por el riesgo permitido. Y respondiendo a la pregunta de qué ganaría la sociedad con la permisión de estos riesgos, pues gana modernidad, tecnología y comodidad para sus integrantes de convivir con un estilo de vida sin taparrabos ni con señales de humo para comunicarse. La supresión radical de todos estos riesgos sólo sometería a la sociedad a un subdesarrollo que nadie estaría dispuesto a aceptar. No hay alternativa, parte del ejercicio del derecho a la autodeterminación consiste en que las personas convivan con estos riesgos dentro de la sociedad.

¹⁸ Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima 2002, p. 198.

¹⁹ JAKOBS, Günther, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Walter de Gruyter, Berlín 1972, p. 92.

²⁰ Fundamental al respecto, LESCH, Heiko *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Köln et.al. 1999, pp. 263 ss.; FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg 1988, pp. 72 ss.

²¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, p. 72.

Es importante resaltar que el vocablo riesgo permitido en modo alguno se refiere a un ámbito de permisiones en el sentido de una causa de justificación. Toda causa de justificación requiere de un contexto excepcional, o de una situación de necesidad para su configuración, como en el caso de la legítima defensa, o en el del estado de necesidad justificante. Todo lo contrario, el riesgo permitido se desenvuelve en un contexto normal o habitual de la interacción social que no necesita ser justificado por no realizar tipo penal alguno²². Su ubicación sistemática en un sentido dogmático corresponde al tipo objetivo. El riesgo permitido está cubierto por el estado normal de vigencia de normas en la sociedad, mejor dicho, por situaciones que la sociedad tolera por considerarlas adecuadas a su configuración normativa de manera consustancial. Si tuviera que considerarse el riesgo permitido como una causa de justificación, entonces tendría que reconocerse que todas las acciones riesgosas pertenecientes a los riesgos generales de la vida son acciones típicas, pero justificadas, lo que claramente es un contrasentido. En modo alguno habría diferencia entre una conducta riesgosa general y una conducta típica porque toda actividad y prestación de servicios riesgosas serían típicas; tampoco podría diferenciarse entre un ilícito administrativo y un ilícito penal, cuando sabemos que los ilícitos administrativos encierran una antinormatividad para el segmento social concreto –por ejemplo, un ilícito tributario, otro medioambiental o aduanero–, pero no por ello califican directa ni automáticamente como conductas delictivas: quien deja de pagar los impuestos que establecen las leyes, pero sin emplear cualquier artificio, engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, actúa obviamente de manera riesgosa, e incurre en un ilícito tributario, pero no por ello realiza una conducta típica del delito de defraudación tributaria (art. 1, D. Leg. 813 – Ley penal tributaria). Igualmente, quien elude el control aduanero ingresando mercancías del extranjero que superan el valor de cuatro unidades impositivas tributaria solamente incurre en un ilícito aduanero, no obstante que dicho obrar encierra una peligrosidad para ese sector social, pero, de ninguna manera, realiza una conducta típica de contrabando (art. 1, Ley 28008 – Ley de los delitos aduaneros); tampoco comete delito de contaminación ambiental quien, a pesar de actuar de manera riesgosa realizando emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, no supera los límites máximos permisibles establecido en los reglamentos y las leyes de la materia (art. 304 CP).

Por lo mismo, si tuviésemos que admitir que el estudio del riesgo permitido es en la antijuricidad, como un supuesto más de una causa de justificación, tendríamos que aceptar que todas las actividades riesgosas acabadas de describir, que en sí mismas a lo sumo podrían ser calificadas como un ilícito administrativo, serían acciones típicas pero justificadas. Es decir, un completo absurdo. Indiscutiblemente todas estas conductas encierran un peligro para el sector social concernido, pero en la medida que no superan los estándares de comportamiento que el Derecho penal desapueba, son atípicos; reúnen el significado de un obrar enmarcado dentro del riesgo permitido.

²² Cfr. JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 46.

En la línea de lo expuesto, la jurisprudencia penal nacional aporta que:

“en la sociedad se producen, a cada instante, contactos sociales, de los cuales se derivan básicamente dos tipos de riesgos: el primero es el riesgo permitido, entendiéndose a éste como concreción de la adecuación social, riesgo que necesariamente deberá ser tolerado por las personas que conforman la sociedad (...). Por ejemplo, si la humanidad inventó el auto es para darse a sí misma mayor facilidad en el tráfico y traslado de un lugar a otro, sin embargo, esa invención trae riesgos, como por ejemplo que se produzcan accidentes tales como choques, volcaduras, etc., pero son riesgos que necesariamente, hasta cierta medida, (siempre y cuando la norma penal lo permita y no se transgreda) son tolerados por la sociedad por el beneficio derivado. El segundo es el riesgo no permitido, entendiéndose a éste como transgresión del rol (...). La creación de un riesgo no permitido se desarrolla cuando una persona no cumple lo estipulado por su rol”²³.

Claramente, el razonamiento judicial plasma la realidad socio-normativa que acompaña a todo riesgo, pues, como tal, el riesgo es consustancial a todo contacto social, pero su tratamiento normativo es realizado de manera diferenciada por el ordenamiento jurídico. Esto hace posible diferenciar normativamente entre riesgos permitidos y riesgos prohibidos

ii. Riesgo permitido como un obrar acorde al rol de la persona

Si el hecho típico reúne el sentido de quebrantamiento de un rol quiere decir que la imputación es el reverso del cumplimiento del rol. El ejercicio del rol personal determina que el sujeto debe cumplir la expectativa social, y, por tanto, ser respetuoso con la norma. El reverso, esto es, la infracción de la norma o lesión de un deber determina el apartamiento del rol por parte del sujeto, y por ello la defraudación de la expectativa social. La imputación penal representa así la desviación antinormativa de la correspondiente expectativa social que obliga al titular de cada rol.

Esta cuestión es reconocida en la práctica judicial del modo siguiente:

“(...) el punto inicial del análisis de las conductas a fin de establecer si devienen en penalmente relevantes, es la determinación del rol desempeñado por el agente en el contexto de la acción; así el concepto de rol está referido a “un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables” (cfr. JAKOBS, Günther, La imputación objetiva en Derecho penal, trad. Manuel CANCIO MELIÁ, Grijley, Lima, 1998, p. 21) de modo que el quebrantamiento de los límites que nos impone dicho rol, es aquello que objetivamente se imputa a su portador”²⁴

²³ Exp. N° 1219-04 (Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres), de fecha 01 de septiembre de 2006, Considerando Quinto.

²⁴ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 4166-99-Lima, de fecha 07 de marzo de 2000 (ponente GONZÁLES LÓPEZ), Considerando Único. Véase asimismo el Exp. N° 142-06, de fecha 2 de abril de 2007, 3ra. Sala Penal Superior con Reos Libres: “El encausado se ha limitado a desarrollar su conducta

“(…) Los tipos penales prohíben (ya sea por comisión o por omisión) la producción de resultados lesivos para los bienes jurídicos, por lo que castiga todo comportamiento que tiene un sentido lesivo o que favorezca la producción de ese resultado; que, sin embargo, en una sociedad altamente complejizada cada uno de sus miembros portan roles, tales como rol de policía, profesor, juez, constructor, chofer, etcétera, y en la medida en que los portadores de dichos roles se mantengan en ella sus conductas no pueden configurar un favorecimiento a la comisión de los delitos; que, en estos supuestos, nos encontramos ante conductas neutrales o cotidianas, las cuales mientras se mantengan dentro de su rol no tendrán relevancia penal”²⁵.

“(…) El acto médico no se puede penalizar, pues no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber del médico el prestarlo; asimismo tampoco se puede criminalizar la omisión de denuncia de un médico de las conductas delictivas de sus pacientes conocidas por él en base a la información que obtengan en el ejercicio de su profesión; que, por tanto, el acto médico constituye -como afirma un sector de la doctrina penalista nacional- una causal genérica de atipicidad: la sola intervención profesional de un médico, que incluye guardar secreto de lo que conozca por ese acto, no puede ser considerado típica, en la medida en que en esos casos existe una obligación específica de actuar o de callar, de suerte que no se trata de un permiso -justificación- sino de un deber, no genérico, sino puntual bajo sanción al médico que lo incumple”²⁶.

El rol sintetiza un conjunto de expectativas dirigidas al titular de una determinada posición en la sociedad²⁷. En términos jurídico-penales, el rol fija una posición jurídica, una posición de deber, un estatus jurídico, una titularidad de derechos y deberes, un ámbito de competencia personal del que todo interactivo es portador dentro de la sociedad, y de cuya adecuada administración depende el funcionamiento normativo de la sociedad.

Hay dos tipos de roles el rol general de persona, que aporta el fundamento de la responsabilidad por la lesión de los límites generales de la libertad. Ningún actor social puede sustraerse a este rol porque constituye la posición de deber más general que cumplir para poder hablar de una sociedad en funcionamiento. Este rol está

conforme a los parámetros de su rol de transportista de carga – chofer, existía en él la expectativa normativa de que su empleador había tramitado correctamente las tarjetas de propiedad falsas; en consecuencia, no se puede imputar objetivamente el delito de falsedad documental impropia al encausado, más aún, si no se ha acreditado que el encausado haya tenido conocimiento de la falsedad de las tarjetas de propiedad, lo que conllevaría a la inaplicación del filtro referido”. La cita ha sido tomada de CARO JOHN, José Antonio, *Diccionario de jurisprudencia penal*, cit. p. 309.

²⁵ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3893-2009-Amazonas (ponente SANTA MARÍA MORILLO), de fecha 22 de octubre de 2010, considerando tercero.

²⁶ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 1062-2004-Lima, de 22 de diciembre de 2004 (ponente SAN MARTÍN CASTRO), considerando séptimo -declarado precedente vinculante en la parte in fine de misma ejecutoria-, en SAN MARTÍN CASTRO, César, *Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de ejecutorias de la Corte Suprema*, Palestra, Lima 2006, p. 134.

²⁷ Cfr. DAHRENDORF, Ralf, *Homo Sociologicus. Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle*, 15ª ed., Opladen 1977, pp. 32 y ss.; LUHMANN, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3ª ed., Opladen 1987, pp. 86 ss.

configurado sobre la base de una relación jurídica “negativa”, del *neminem laede*, que fija la expectativa de conducta más general en la sociedad: “no dañes a los demás”, y que el filósofo Hegel lo resume magistralmente en su sentencia “sé persona y respeta a los demás como personas”²⁸. El ser persona y respetar a los demás como personas, es la garantía fundamental para una interacción basada en expectativas de comportamientos sustraídos al inabarcable mundo individual de los actores sociales, por lo que para SÁNCHEZ-VERA el mandato jurídico:

“ (...) sé una persona’ obliga a superar toda individualidad. Los otros no son ‘respetados’ en su carácter de individuos, sino precisamente en su carácter de personas. Se trata, pues, del concepto ‘persona’ como concepto fundamental del ‘Derecho abstracto’ o, lo que es lo mismo, en la evitación de conflictos en toda interacción humana. La persona es superación de toda especialidad; ella posibilita, pues, contactos anónimos (...). El individuo se convierte en persona de una forma dialéctica, por cuanto su singularidad se ve superada por un concepto que él contiene, el de persona. La persona no es sólo un sujeto individual, sino un sujeto universal. De otra forma no sería posible la comunicación social; las expectativas serían defraudadas con demasiada frecuencia”²⁹.

Por esta razón, el cumplimiento de este rol general garantiza la vigencia de una relación social entre personas, donde los interactuantes sociales tienen el deber general de estructurar su libertad de acción respetando a los demás, tratándolos como iguales, es decir, como personas titulares de derechos y deberes.

También está el rol especial, que concretiza el rol general en el segmento parcial de la sociedad donde la persona desarrolla su personalidad con la obligación específica de comportarse según las reglas de un status especial. Es el caso, por ejemplo, del funcionario público, de los padres respecto a sus hijos, de los cónyuges entre sí. El titular de este rol, en virtud del status especial, tiene el deber de fomentar y proteger una concreta esfera de derechos por encontrarse vinculado a ella por un “ámbito común”³⁰.

La jurisprudencia nacional entiende a este respecto que el quebrantamiento del rol especial no da lugar a “un delito de dominio, o delito común, donde el infractor quebranta su rol general de ciudadano, con el correspondiente deber negativo de *neminem laede* o de no lesionar a los demás en sus derechos en un sentido general, sino un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así

²⁸ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, edición a cargo de Johannes Hoffmeister que incluye las anotaciones del propio Hegel en sus manuscritos de Filosofía del Derecho, Berlin 1821, § 36, reedición de la Editorial de Felix Meiner, Hamburg 1955.

²⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, “Algunas referencias de historia de las ideas, como base de la protección de expectativas por el Derecho penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, N° 71, 2002, p. 413 s.

³⁰ JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima 1998, p.67.

obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en responsabilidad penal de corte institucional”³¹.

De otra parte, el rol reúne tres características inherentes a su configuración, a saber:

- a. El rol trasciende al individuo, facilitando contactos sociales anónimos. Es decir, en el mundo social, en el ejemplo del policía, a él se le identifica por el papel que ostenta y no por su individualidad. Que en su mundo privado él sea un apostador es irrelevante, puesto que lo único válido y de interés para la sociedad es que él cumpla su deber a cabalidad, dando protección y seguridad a las personas, sin usar su posición de poder para abusar y cometer atropellos sobre los derechos de las personas.
- b. El rol delimita los ámbitos de competencia personales que caracterizan la posición del actuante en los contactos sociales; así es posible distinguir fácilmente los deberes y derechos. Por ejemplo: las funciones que conciernen a las gerencias de una municipalidad son diferentes. No es asunto del gerente financiero lo que compete al gerente legal, ni al gerente de servicios a la ciudad, ni a las distintas subgerencias. Esta delimitación de ámbitos de competencia reduce la complejidad del enmarañado de funciones, de manera que no todos los funcionarios ediles son competentes de todas las funciones, cada uno de ellos puede ser identificado puntualmente en la posición que le corresponde desarrollar dentro de ese mundo social.
- c. El rol establece una garantía para su titular de que no se le exija conocer más allá de lo que debe saber dentro de los límites de su ámbito de competencia personal. Significa que los conocimientos psíquicos o conocimientos excedentes al rol son irrelevantes para el Derecho penal. A este respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoce que “el conocimiento exigido no es el del experto sino por el contrario de un conocimiento estandarizado socialmente y dentro de un contexto que no implique un riesgo no permitido o altamente criminógeno”³².

El rol se configura de esta manera como un concepto sustraído a la individualidad del ser humano porque las expectativas normativas no se vinculan a individuos, sino a personas que actúen en algún status, sea general o especial. Si las expectativas tuvieran que referirse a la individualidad, sería imposible reducir la complejidad social, sobre todo en las sociedades de nuestro tiempo, caracterizadas por su elevado nivel de anonimización de los contactos sociales. La individualidad es demasiado amplia y compleja, comprende todos los sentimientos, pensamientos, motivaciones

³¹ Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 636-2008-Lima, de 01 de junio de 2008 (ponente RODRÍGUEZ TINEO), Considerando Tercero. En idéntico sentido, véase también el R.N. N° 1335-2009, de 10 de agosto de 2010 (ponente RODRÍGUEZ TINEO), Considerando Tercero.

³² Este es el conocido “caso hoja de coca”, R.N. N° 552-2004-Puno, de fecha 25 de noviembre de 2004, Considerando Tercero. Véase el texto de la ejecutoria en CASTILLO ALVA, José Luis, *Jurisprudencia penal 1. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República*, Grijley, Lima 2006, p. 501.

individuales, con los que no se puede entablar una comunicación estandarizada en la sociedad.

La individualidad es para el Derecho penal mera subjetividad, es decir, irrelevante por completo para sustentar una imputación. La práctica jurisprudencial lo reconoce así: “(...) la mera subjetividad no puede ser sancionada sin haber sido exteriorizada, por lo que la absolución dictada (...) se encuentra acorde a Ley”³³. Frente a la individualidad los roles señalan sólo una parte del mundo de las representaciones del ser humano, en sí mismas inabarcables. El rol es la tarjeta de presentación, la “etiqueta en la solapa”³⁴ del sujeto dentro de la sociedad que lo habilita como actor social y posibilita su identificación como persona en una determinada posición de deber, con una clara delimitación de su esfera de libertad de actuación jurídicamente garantizada. Esa tarjeta indica a su vez lo que se espera del titular del rol en su posición de deber, llámese funcionario público, empresario, médico, etc. Imaginemos nomás qué pasaría si el administrador de una Municipalidad al desempeñar sus funciones involucra las funciones propias del cargo con su vida privada. No es difícil imaginar que pronto fracasará como administrador dentro de la estructura edil porque sencillamente la función pública no opera de esa manera.

Que el rol se sustraiga al individuo explica también que las posiciones sean intercambiables y exigibles de cumplir únicamente en el sector social donde ejerce su fuerza comunicativa. Por ejemplo: el juez penal es lo que es en ese papel únicamente mientras desarrolla su actividad en el horario de despacho judicial, debiendo cumplir expectativas normativas atribuidas al ejercicio de ese cargo. Sin duda en un plano formal no deja de ser juez en la noche cuando va al cine acompañado de su novia a disfrutar de una película romántica, pero en un plano funcional está privado de ejercitar el cargo en dicho lugar porque su rol ya no desempeña fuerza comunicativa alguna. Si casualmente en ese lugar se encuentra con un procesado que ese mismo día por la mañana debió concurrir a una audiencia pública de lectura de sentencia, acto al que el procesado no asistió maliciosamente, y, por muy empeñado que se encuentre el juez para leérsela allí mismo, por tener todavía la sentencia lista en su maletín, con la lectura y el sonar de la campana allí en el cine sólo haría el ridículo, pues la función judicial que se le reconoce sólo tiene validez propiamente circunscrita a un horario del despacho judicial. La condición de titular de un rol habilita a la persona que la ostenta a ejercerla únicamente en el segmento social normativamente reconocido por el ordenamiento jurídico, así el juez en el despacho judicial, el catedrático en la universidad, el futbolista

³³ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 3893-2009, Amazonas, de fecha 22 de octubre de 2010 (ponente SANTA MARÍA MORILLO), Considerando Cuarto.

³⁴ Este es el símil al que recurre POLAINO-ORTS para explicar que el rol social define los contornos de lo que se ha de esperar que haga o deje de hacer una persona en una actividad determinada. El rol se muestra como una “etiqueta en la solapa” con la función de comunicar a los demás —y, desde luego, a uno mismo— qué es lo que se debe hacer o no hacer en una determinada posición dentro del contexto de interacción social. Los roles se encargan de fijar el estatus de la persona en el mundo social, y permite proyectar socialmente qué es lo propio y qué es lo ajeno en la delimitación de las esferas de competencia. Véase al respecto, POLAINO-ORTS, Miguel, “Imputación objetiva: esencia y significado”, en KINDHÄUSER/POLAINO ORTS/CORCINO BARRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2009, pp. 20 ss.

en un estadio, el piloto en un avión. El titular del rol sólo es reconocido como tal si se comporta de acuerdo con los deberes y derechos inherentes a esa posición de deber en el segmento de la sociedad donde el rol reluce en su fuerza comunicativa. La correcta administración de roles por parte de todos los actores sociales permite el funcionamiento del sistema social, así como el mantenimiento del ordenamiento jurídico.

El obrar correctamente en el marco de un rol equivale a estar protegido por un paraguas frente a la lluvia de las imputaciones. El espacio en seco procurado por el paraguas garantiza al portador del rol una zona de libertad con la absoluta seguridad de nunca responder por las consecuencias que pudieran surgir de la administración correcta de esa libertad. El comportamiento que reúna semejantes características se ubica así dentro del riesgo permitido con el significado normativo de estar cubierto por una zona libre de responsabilidad jurídico-penal³⁵. Ergo, sólo la infracción de los deberes pertenecientes a la posición jurídica, o posición de deber, que fija un rol, fundamenta una responsabilidad penal.

Un ejemplo extraído de la jurisprudencia penal donde se plasma lo acabado de decir se encuentra en el “caso del transportista”:

“(…) el punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada al inculpado R.A.Q. radica en el análisis de la imputación objetiva, porque es precisamente en el ámbito de la imputación objetiva donde se determina si la conducta supera o no el riesgo permitido, siendo a este respecto decisivo la interpretación del contexto social donde se desarrolló la acción conforme a los deberes inherentes al rol del agente, con independencia de si su actuación fue hecha mediante acción u omisión, y también muy al margen de los datos psíquicos que puede tener en su mente y la causalidad natural acontecida; es de este modo que el análisis del rol social del agente cobra un protagonismo esencial porque el rol canaliza el haz de derechos y deberes concretos reconocidos a la persona en el sector social parcial donde desempeña su actividad, por lo que una conducta es imputable objetivamente sólo cuando quebranta los deberes pertenecientes a su rol social, cual es lo mismo que la superación del riesgo permitido”³⁶.

iii. Superación del riesgo permitido

El riesgo permitido es superado en el Derecho penal cuando la conducta rebasa los límites del rol de la persona que son demarcadas por una norma extrapenal. Dentro de estos límites la persona ejercita su libertad de acción, o el ámbito de competencia, siempre vinculado a un contexto socio-normativo determinado. En el caso particular de la delimitación de los ámbitos de competencia mediante una norma extrapenal, el sentido típico de la conducta dependerá de la interpretación de la norma extrapenal

³⁵ Cfr. LESCH, Heiko, “Strafbare Beteiligung durch ‘berufstypisches’ Verhalten?”, en JA 2001, p. 988.

³⁶ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 776-2006-Ayacucho, de 23 de julio de 2007 (ponente RODRÍGUEZ TINEO), Considerando Cuarto.

en el contexto normativo del sector parcial donde ejerce su fuerza comunicativa como expresión de una vigencia real de las expectativas del contexto socio-normativo. El sentido de los tipos penales se determina en función del contexto normativo que aporta el orden primario, de manera que lo que en el orden primario está permitido nunca podrá ser típico³⁷. Es importante relieves que el orden primario aporta el sentido o significado normativo definidor de la relevancia típica de la conducta, pero no crea delitos ni penas por exigencia imperativa del principio de legalidad, en cuya virtud sólo mediante una ley penal pueden ser creados los supuestos hipotéticos de las conductas que rebasan los límites del riesgo permitido, y, junto a ellas, las sanciones penales respectivas.

Las normas delimitadoras del riesgo se clasifican en cuatro grupos: a) En primer lugar está la norma general, del propio Código penal. b) En segundo lugar se encuentran las normas especiales, a las que se llega mediante una remisión extrapenal, por ejemplo: la ley medioambiental, la ley tributaria, la ley de tránsito. Aquí se ubica también el Manual de Organización y Funciones (MOF) y el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), que delimitan los ámbitos de competencia funcional de las personas que ostentan un estatus especial con la obligación de administrar el segmento que les concierne de función pública, como es el caso de los funcionarios y servidores públicos. c) En tercer lugar se ubican las normas de la *lex artis*, que concretan los límites de la libertad de actuación de los profesionales, plasmándose por lo general en protocolos y normas deontológicas de los colegios profesionales. d) En último lugar están las normas del estándar de conducta, que resultan de la práctica reiterada y permanente de los oficios dentro de la sociedad en cuyo estereotipo se plasman los ámbitos de competencia de determinadas actividades. En la medida que nuestro Código penal acoge como una causal de atipicidad el obrar en el ejercicio legítimo de un “oficio”, entonces las valoraciones socio-normativas existentes en el trasfondo de algunas actividades, como del taxista, albañil, panadero, cocinera, entre otros, tienen reconocimiento jurídico con una potencia excluyente de la imputación objetiva. Al último grupo pertenecen también los riesgos permitidos por legitimación histórica³⁸, pues el ámbito de competencia de la persona de este sector social no puede ser entendido sin una referencia a su configuración social, pero reconocida por el ordenamiento jurídico. Precisamente aquí radica la diferencia con la teoría de la adecuación social; si bien el parecido con la misma es evidente, no obstante no es el puro valor ético-social de la conducta el factor de legitimación, sino la valoración jurídica de la conducta que mediante su práctica reiterada y permanente en la sociedad establece un estándar de expectativas que el Derecho reconoce como pauta de

³⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Límites del tipo objetivo en los delitos económicos”, *Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, T. II., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2018, p. 161.

³⁸ Así denominado por JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2a. ed., Walter de Gruyter, Berlin-New York 1991, número marginal 7/36. Véase al respecto LESCH, Heiko, *Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision*, Carl Heymanns Verlag, Köln et al. 1999, p. 230; ampliamente MARAVER GÓMEZ, Mario, “Riesgo permitido por legitimación histórica”, en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (Coord.), *El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, t. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, pp. 209 ss.

conducta exigible penalmente. Formulado con elegante precisión por Maraver Gómez: “La conducta siempre debe valorarse desde un punto de vista jurídico teniendo en cuenta las valoraciones que configuran la sociedad”³⁹.

Un ejemplo que ilustra la forma de cómo llevar a cabo el juicio de superación del riesgo permitido puede verse en la modalidad básica del homicidio culposo, regulado en el primer párrafo del art. 111 CP, con el siguiente tenor: “El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.” El tipo penal en este caso sintetiza en su configuración como pauta de conducta la expectativa social de que nadie prive el derecho a vivir de los demás de una manera imprudente, bajo la conminación de una sanción penal. No obstante, estando diseñada la expectativa de este modo, ella alude únicamente al esperar genérico de una forma de conducta que para ser efectiva necesitará de concreción acorde a la regulación del segmento social concreto para no quedar reducido a una mera descripción in abstracto de una conducta típica.

Precisamente, como ejemplo de concreción de la expectativa general pueden darse tres situaciones que ilustran cómo la expectativa de conducta contenida en el art. 111 CP puede ser quebrantada—ergo, superada o desaprobada— de manera distinta según el contexto social donde es practicada la acción: a) Si la muerte ocurre por culpa en una carretera como consecuencia de un atropello vehicular, la ley de tránsito servirá de referente normativo al cual acudir para determinar los contornos del ámbito de competencia que en dicho contexto social el chofer rebasó con su acción riesgosa. b) Pero, si la muerte ocasionada por culpa acontece en el quirófano de una clínica, entonces corresponderá a los protocolos de la *lex artis* la delimitación de los criterios determinantes para esclarecer si la operación quirúrgica se mantuvo dentro de los límites del riesgo permitido o si lo transgredió. c) Si, en cambio, la muerte se produce por culpa en el sector de la construcción, como consecuencia de la caída de un albañil del quinto piso de un edificio sometido a obras, serán las normas de seguridad de la construcción y de seguridad en el trabajo las que aportarán las pautas de valoración para establecer si el resultado le será imputable objetivamente al empleador que no observó correctamente las medidas de seguridad y prevención en el trabajo, o si más bien la muerte no superó riesgo permitido alguno, o si, todo lo contrario, es imputable al ámbito preferente de competencia de la propia víctima.

El ejemplo anterior muestra cómo el riesgo permitido personifica los límites concretos de la libertad de actuación del ciudadano según el segmento parcial de la sociedad—contexto social— donde ejercita su acción. Entonces es necesario identificar en el caso particular cuál es la fuente normativa que delimita de manera clara los ámbitos de competencia—el rol— de la persona para decidir si la conducta supera el riesgo permitido alcanzando el nivel de lo típico o no.

³⁹ MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Thomson Reuters, Madrid 2009, pp. 357-358.

A esto se refiere la jurisprudencia penal de la Corte Suprema cuando precisa el concepto poniendo el énfasis en lo siguiente: “(...) el análisis del rol social del agente cobra un protagonismo esencial porque el rol canaliza el haz de derechos y deberes concretos reconocidos a la persona en el sector social parcial donde desempeña su actividad, por lo que una conducta es imputable objetivamente sólo cuando quebranta los deberes pertenecientes a su rol social, cual es lo mismo que la superación del riesgo permitido”⁴⁰.

En el campo de los delitos contra la función pública la determinación de los contornos del riesgo permitido definirá los límites de la libertad de actuación del funcionario público. Con independencia de las particularidades del tipo penal, siempre que se trate de una conducta imputable a un funcionario público, la determinación de los límites del riesgo permitido tomará en cuenta necesariamente el estatus y competencias del funcionario delimitadas por la normatividad del sector. Si la posición que ocupa en la estructura jerárquica de la empresa estatal, por ejemplo SEDAPAL, es la de Gerente General, para delimitar con precisión los ámbitos de competencia se deberá recurrir a las normas reglamentarias que se encargan de definir la organización y responsabilidades de este segmento en la estructura empresarial, sirviendo a este respecto el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), la Ley y el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, los Memorandos, Informes Técnicos, etc. La normatividad especial extrapenal permitirá diferenciar al mismo tiempo los diversos niveles de competencias de las demás gerencias, de los jefes de equipos, jefes de proyectos, etc.

En esencia, los contornos del riesgo permitido vienen a ser lo mismo que los límites normativos del rol de la persona en la sociedad. Habrá una superación de los límites del riesgo permitido cuando la conducta exceda los límites del rol que desempeña la persona dentro de un segmento parcial concreto de la sociedad. Como hemos visto, esos límites están contenidos en normas de naturaleza extrapenal, haciendo posible que la imputación jurídico-penal se comprenda en la interacción del Derecho penal y la sociedad.

iv. El fenómeno de las compensaciones

Se entiende por compensación a la prestación que realiza el actuante que ha superado el riesgo permitido con el objetivo de descargar o liberarse de la imputación generada por su comportamiento. En la medida que la prestación es realizada después que la conducta cruzó las fronteras de lo permitido, las compensaciones son irrelevantes en el Derecho penal, no surten efecto alguno para descargar la imputación. Esto es así porque lo que el Derecho ha establecido como estándar a través de una norma excluye toda compensación que pudiera darse mediante prácticas individuales y sociales⁴¹.

⁴⁰ Cfr. la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 776-2006-Ayacucho, de 23 de julio de 2007 (ponente RODRÍGUEZ TINEO), Considerando Cuarto.

⁴¹ En este sentido, JAKOBS, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*, cit., p. 51: “En lo que se refiere a lo que el Derecho establece como standards, esto es, a las normas contra las puestas en

Toda norma penal fija un estándar de conducta en base al cual se determina la relevancia o irrelevancia penal de un hecho. Existiendo un estándar de conducta, no le es permitido al ciudadano decidir por cuenta propia cuándo su conducta reviste interés o no para el Derecho penal, toda vez que no le es permitido disponer de aquello que es competencia exclusiva del Ordenamiento Jurídico. Esta idea representa a su vez una garantía para el ciudadano, de que sólo le es exigible cumplir jurídicamente aquello que forma parte del estándar de conducta. Lo que no pertenece al estándar de conducta es la fenomenología, que sólo brinda elementos de información de cómo se configura una situación en su aspecto causal o psicológico. Hacer depender la solución de un problema sólo de la fenomenología conduce a planteamientos descontextualizados.

Las normas fijan pautas de conductas estandarizadas y rigen para la generalidad independientemente de las compensaciones individuales que aporte el infractor. El comportamiento declarado prohibido jurídicamente engloba la valoración normativa de rebasar el ámbito del riesgo permitido, por lo que no es válido el argumento en contrario, en el sentido de que no rebasa el riesgo permitido la conducta riesgosa prohibida, pero controlada, en virtud de las capacidades físicas o prácticas experimentadas. Ninguna compensación es atendible porque la regulación creada por el Derecho no pierde su vigencia institucionalizada por desuso, ni por habilidades ni capacidades especiales de corte individual, ni por prácticas sociales.

Un caso de la jurisprudencia penal, pertinente para ilustrar el contenido de la figura de las compensaciones en el Derecho penal, se encuentra en el conocido caso de los quince millones. La Sala Penal Especial de la Corte Suprema condenó⁴² al Ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori como autor de los delitos contra la Administración Pública –peculado doloso por apropiación y contra la Fe Pública –falsedad ideológica– en agravio del Estado, en virtud de lo cual le impuso 7 años y 6 meses de pena privativa de la libertad, y fijó en 3 millones de nuevos soles la reparación civil a favor del Estado. La sentencia fue impugnada, dando lugar a que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema confirmando la sentencia recurrida en todos sus extremos⁴³, con lo cual la condena impuesta adquirió la condición de cosa juzgada.

Los hechos imputados por el Ministerio Público y aceptados por el imputado en virtud de la conformidad procesal son los siguientes⁴⁴:

“A. En el marco de la propalación del video denominado “Kouri–Montesinos”, que tuvo lugar el catorce de septiembre de dos mil, y luego de que el acusado Alberto Fujimori Fujimori el día dieciséis de septiembre de ese año anunció la desactivación del SIN, se produjeron las negociaciones correspondientes, bajo la conducción del referido acusado, para apartar a [Vladimiro] Montesinos Torres del cargo que ejercía, que incluyeron la entrega de quince millones de dólares

peligro abstractas, estas normas excluyen de manera radical del ámbito de lo socialmente adecuado un determinado tipo de comportamiento; de ahí haya que evitar puestas en peligro abstractas”.

⁴² Exp. N° AV-23-2001, sentencia de 20.07.2009.

⁴³ R.N. N° AV. 23-2001-09, sentencia de 18.07.2011.

⁴⁴ Los hechos conformados son tomados en su integridad de manera literal de la sentencia recaída en el Exp. N° AV-23-2001, de 20.07.2009, párrafo 43. Lo resaltado se corresponde con el texto original.

americanos del erario público por sus servicios a favor del régimen, todo lo cual se concretó finalmente.

B. Para la obtención de los fondos públicos, que debían ser proporcionados a Montesinos Torres, a instancias y con conocimiento del imputado Fujimori Fujimori, se realizaron diversos trámites, requerimientos y procedimientos administrativos, que incluyó la expedición del Decreto de Urgencia número 081-2000, del diecinueve de septiembre de dos mil, que autorizaba al Pliego 026 Ministerio de Defensa a utilizar recursos financieros correspondientes a la fuente de financiamiento de Recursos Ordinarios hasta por la suma de sesenta nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles, con cargo a regularizar la acción al cierre del Ejercicio Presupuestario dos mil. Es de destacar, al respecto, una comunicación –oficio número 2041, corriente a fojas cuatrocientos cincuenta y tres–, a la que se le consignó como fecha veinticinco de agosto de dos mil, cursada por el presidente del CCFFAA, general EP Villanueva Ruesta, por órdenes del acusado Fujimori Fujimori, dirigida al ministro de Economía y Finanzas, doctor Boloña Behr; comunicación que a su vez repitió el ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz –oficio número 11296–MD–H/3, de esa misma fecha, de fojas cuatrocientos doce–, mediante las que se solicitó una ampliación presupuestal por el importe de sesenta y nueve millones quinientos noventa y siete mil ochocientos diez nuevos soles.

C. En las comunicaciones del Sector Defensa se sostenía, falsamente, que ese monto era necesario por razones de seguridad nacional, para concretar el Plan de Operaciones “Soberanía” y, de este modo, evitar el ingreso a territorio peruano de las FARC, a través de la frontera con Colombia. Sobre esa base se expidió el Decreto de Urgencia número 081-2000, del diecinueve de septiembre de dos mil, firmado por el presidente del Consejo de Ministros, el ministro de Defensa y el ministro de Economía y Finanzas, y rubricado por el acusado Fujimori Fujimori como Presidente de la República. Esa norma determinó el requerimiento del ministro de Defensa –oficio número 11338 MD/3, del veintidós de septiembre de dos mil– dirigido al ministro de Economía y Finanzas solicitando el importe de cincuenta y dos millones quinientos mil soles con cargo a la cantidad indicada en dicho Decreto de Urgencia; requerimiento que fue atendido por el Sector Economía y Finanzas.

D. El cheque del Banco de la Nación por la suma requerida en moneda nacional tiene fecha veintidós de septiembre de dos mil. Ese mismo día el Banco de la Nación adquirió la cantidad de quince millones de dólares americanos, con intervención del general EP Munte Schwarz, jefe de la OGA del MINDEF. El citado oficial general en horas de la noche del indicado día, en la sede del SIN, hizo entrega del dinero a Montesinos Torres. A su vez, el referido día veintidós de septiembre de dos mil Montesinos Torres alcanzó el dinero a James Stone Cohen para que lo saque del país y lo deposite en una de las cuentas que tenía en el exterior.

E. Posteriormente, el dos de noviembre de dos mil, el acusado Fujimori Fujimori convocó a Palacio de Gobierno a los Ministros Bergamino Cruz y Boloña Behr y al Vice Ministro de Hacienda Jalilie Awapara. En presencia de ellos –y con la asistencia de su cuñado y Embajador del Perú en Japón Aritomi Shinto– hizo entrega al primero de quince millones de dólares –que se encontraban en cuatro maletas–, cantidad que convertida en moneda nacional revertió al Tesoro Público al día siguiente en mérito a una gestión administrativa ante el Banco de la Nación realizada por el general EP Munte Schwarz, jefe de la OGA del MINDEF, a instancias del ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz –quien cursó el oficio número 11379 MD/3, del tres de noviembre de dos mil, dirigido al ministro de Economía y Finanzas, que señalaba que el CCFFAA ha revaluado la situación que obligó a solicitar los conceptos estipulados en el oficio 11338 ME/3, del veintidós de septiembre, y, por tanto, cumple con revertir esa cantidad al Tesoro Público–

F. El dinero en cuestión no era el mismo que se solicitó al Ministerio de Economía y Finanzas el día veintidós de septiembre de dos mil –esto es, cuarenta y un días antes–, se retiró del Banco de la Nación y se entregó a Montesinos Torres –no se trataba de los mismos billetes–. Cabe puntualizar, atento a lo señalado por el Fiscal en la estación de exposición oral de la acusación y de los cargos –artículo 243^o.1 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 959, del diecisiete de agosto de dos mil cuatro– (i) que el veintitrés de septiembre de dos mil Montesinos Torres se fugó a Panamá, pero retornó al Perú el veintitrés de octubre de ese mismo año; (ii) que, sin embargo, el veintiocho de octubre de dos mil se detectaron tres cuentas en Suiza a nombre de Montesinos Torres; (iii) que al día siguiente Montesinos Torres fugó del país y un día después se conoció de las tres cuentas que tenía en Suiza y que fueron intervenidas por las autoridades de ese país –el uno de noviembre se comunicó telefónicamente al Perú de ese hallazgo y el dos de noviembre se cursó la comunicación oficial al Perú–; y (iv) que ese mismo día dos de noviembre, en horas de la noche, el acusado entregó al ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz, otros quince millones de dólares, cantidad que fue revertida al Tesoro Público.

G. Es de significar que en la acusación reformulada se hizo mención que se reproducía, en lo pertinente, la primera acusación emitida antes de la decisión de la Corte Suprema de Chile –último párrafo del folio quince de la acusación reformulada de fojas siete mil trescientos setenta y tres–. En el segundo párrafo del folio treinta y ocho de la primera acusación –corriente a fojas cuatro mil seiscientos cuarenta y nueve– se anotó lo siguiente: “...no estando demás señalar, que el dinero que semanas después entregó Fujimori Fujimori a Bergamino Cruz en Palacio de Gobierno, se trata de otros billetes, ya que el dinero que recibió Montesinos Torres en el SIN, lo entregó al traficante de armas James Stone”. Este párrafo, unido al conjunto de la postulación fiscal, permite advertir que la fuente del dinero en cuestión –el que el acusado Fujimori Fujimori

entregó a Bergamino Cruz en Palacio de Gobierno el día dos de noviembre de dos mil– es otra, es distinta, a la que partió del Tesoro Público en la primera ocasión sobre la base del Decreto de Urgencia número 081–2000, del diecinueve de septiembre de dos mil.”

El problema generado sobre las compensaciones, si bien con otra terminología, fue planteado inteligentemente por la defensa del Alberto Fujimori Fujimori, al sostener que “no puede declararse culpable al imputado Fujimori Fujimori porque se restituyeron los fondos públicos ascendientes a quince millones de dólares, lo que alternativamente produjo los siguientes efectos jurídicos: exclusión de la antijuricidad material por ausencia de lesión del bien jurídico, o arrepentimiento activo o reparación del daño con carácter exoneratorio”⁴⁵.

Siendo esto así, prosigue, “no se puede entender que el delito de peculado se consumó, la apropiación no llegó al estado de consumación porque no se afectó el bien jurídico: patrimonio público funcional, traducido en la debida ejecución del gasto público, en la afectación del servicio público. La antijuricidad material requiere no una mera infracción del deber del cargo, sino la afectación del correcto funcionamiento de la Administración con la lesión del servicio público, lo que no ha ocurrido”⁴⁶.

En contra de este argumento, el Ministerio Público señaló que:

“los billetes en dólares proporcionados a Montesinos Torres en la noche del veintidós de septiembre de dos mil, de quince millones de dólares, son diferentes a los que el ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, el dos de noviembre de dos mil, entregó en Palacio de Gobierno al entonces ministro de Defensa, general EP Bergamino Cruz, para ser devueltos al tesoro público”⁴⁷

“(…) ‘se trata de otros billetes, ya que el dinero que recibió Montesinos Torres en el SIN, lo entregó al traficante de armas James Stone’ (...) la fuente del dinero en cuestión –el que el acusado Fujimori Fujimori entregó a Bergamino Cruz en Palacio de Gobierno el día dos de noviembre de dos mil– es otra, es distinta, a la que partió del Tesoro Público en la primera ocasión sobre la base del Decreto de Urgencia número 081–2000, del diecinueve de septiembre de dos mil”⁴⁸.

La Corte Suprema sobre la problemática en cuestión resolvió lo siguiente:

“[A]: Sobre la restitución de fondos, “lo expuesto por la defensa no puede ser aceptado para la decisión del caso, ya que adolece de varias incoherencias e inconsistencias dogmáticas. En primer lugar, porque la regulación de causales de exclusión de antijuricidad material en la legislación nacional sólo contempla el caso del delito imposible o tentativa inidónea previsto en el artículo 17° del

⁴⁵ Exp. N° AV-23-2001, párrafo 38 [“Parte Primera. Capítulo III. Posición de la defensa”].

⁴⁶ *Ibid.*, párrafo 39.E

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 34.J [“Parte Primera. Capítulo II. §4. La acusación acumulada y reformulada o adecuada”].

⁴⁸ Exp. N° AV-23-2001, párrafo 43.G [“Parte Segunda. Capítulo I. §2. Los hechos conformados”]. Subrayado en el original.

Código Penal. Al respecto, es evidente que los hechos admitidos por el acusado no corresponden a dicha forma de tentativa. De otro lado, conforme a la consolidada doctrina y jurisprudencia nacional el delito de peculado se perfecciona con los actos de apropiación o de utilización que realiza el funcionario sobre los bienes o caudales de la Administración Pública. Esto significa que el delito se consuma con el solo fraccionamiento o salida de modo temporal o definitivo de los bienes y caudales de la esfera de custodia del Estado. Lo cual produce una lesión inmediata de varios bienes jurídicos, como los deberes de probidad, transparencia, lealtad y diligencia que tiene que observar el funcionario que administra, custodia o percibe bienes y caudales públicos; así como también, la intangibilidad y la conservación presupuestal o de reserva de los bienes o recursos que integran el patrimonio del Estado. Efectivamente, el tipo legal de esta infracción requiere, siempre, la extracción de los caudales públicos de la esfera de custodia del Estado y su ingreso, cuando menos momentáneo, a la esfera de dominio patrimonial del autor del delito. (...) Por consiguiente, la conducta del acusado, de acuerdo a los hechos por él admitidos –con asistencia de su defensa–, al entregar caudales del erario público a Montesinos Torres, lesionó de modo directo y pleno los bienes jurídicos tutelados, razón por la cual aquél realizó un comportamiento formal y materialmente antijurídico –es de insistir que lo que el tipo legal de peculado requiere es una afectación a la función pública entendida como administración, la que se da desde el momento en que el agente se apropia de los bienes, a partir de lo cual se comporta de manera infiel, ajena a sus deberes de correcto administrador–. Sobre todo, porque para ello se simuló un falso objetivo presupuestal que fue obviamente frustrado por el empleo real e ilícito que se dio a los recursos obtenidos dañando el fin presupuestal de la Administración”⁴⁹.

[B]: Sobre el arrepentimiento activo, “es de precisar que según el artículo 18º, segundo párrafo, del Código Penal, éste requiere que se impida eficazmente el resultado lesivo. Así, por lo demás, lo exige la doctrina nacional y la jurisprudencia. Según los hechos aceptados por el acusado el resultado se produjo por acción dolosa de éste, quien no sólo se apropió de caudales del Estado sino que los cedió ilegalmente a un tercero. Como advierte la doctrina y la jurisprudencia nacional hay consumación de peculado aun cuando la apropiación haya sido momentánea y los bienes o caudales hayan sido devueltos con posterioridad”.

[C]: En relación la reparación del daño con carácter exoneratorio: “se debe destacar que conforme a la legislación penal vigente la reparación posterior del daño ocasionado al bien jurídico y a su titular no tiene eficacia exonerativa de la punibilidad del delito cometido. Ella, de ser espontánea, sólo constituye una circunstancia atenuante genérica que ayuda al juzgador a graduar la pena concreta dentro de los límites de la pena básica, sin autorizar, siquiera, la

⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 57 [“Parte Segunda. Capítulo II. Fundamentos de Derecho. §2. Pretensión de la parte acusada”].

aplicación de una sanción por debajo del mínimo legal. Por tanto, conforme a los hechos admitidos y conformados por el acusado, la reversión de una suma equivalente a la apropiada ocurrió luego de cuarenta y un días de su entrega a Vladimiro Montesinos Torres. El dinero en cuestión, además, no fue el mismo que se le entregó –se aprecia incluso de los documentos materia de oralización que el dinero que revirtió al tesoro contenía otros billetes y de distinta denominación, y procedía de otra fuente. Siendo así, no hay efectividad exonerativa de punibilidad que pueda estimarse a favor del imputado por reparación posterior del daño ocasionado en el delito cometido”.

El problema en mención conlleva a precisar la explicación de que el mundo del sector público representa un segmento de la sociedad donde el ámbito de competencia del deber funcional es impuesto a su titular –funcionario público– sin que él pueda determinar la extensión de su espacio de libertad de actuación en el cargo. Por la forma cómo se encuentra estructurada la competencia funcional, la responsabilidad en que pueda incurrir el funcionario no se enjuicia dentro del sinalagma libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias, sino en el marco del deber positivo de naturaleza institucional que lo obliga a garantizar la existencia y el adecuado funcionamiento de la función pública. La responsabilidad jurídico-penal no se deriva así de un comportamiento en sentido fenomenológico-naturalista, sino del quebrantamiento de los deberes inherentes a la competencia funcional⁵⁰.

Es por esta razón que la conducta atribuida a Alberto Fujimori Fujimori, de haber provocado indebidamente una apropiación de los fondos del Estado, de quince millones de dólares, reúne el sentido de superación del riesgo permitido del tipo penal de peculado (art. 387 CP). Tratándose el actor de un funcionario público, y, en el presente caso, de la más alta envergadura del funcionariado nacional, poco importa si él tuvo o no tuvo el dominio del hecho, o si obró mediante acción u omisión, o si luego restituyó lo apropiado. No importa, en realidad, porque lo decisivo para establecer que la conducta rebasó los límites del riesgo permitido en el segmento de la función pública es la lesión que el obligado especial –el Ex Presidente– ocasionó al deber de “a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”⁵¹.

El elemento normativo medular de este delito, que a su vez constituye la acción típica, es la apropiación, que se dio cuando los quince millones de dólares salieron indebidamente de la esfera de la administración pública dentro de una operación dispuesta por el Ex Presidente que involucró además a ministros de Estado y funcionarios de alto rango. Ahora bien, una vez producida la lesión del deber institucional, mejor dicho, existiendo consumación, decae el argumento de que el Ex

⁵⁰ En profundidad al respecto, JAKOBS, Günther. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, cit., número marginal 29/74 ss.

⁵¹ ACUERDO PLENARIO 4-2005/CJ-116 sobre “Definición y estructura típica del delito de peculado”, Fundamento Jurídico N° 7.

Presidente se mantuvo dentro del riesgo permitido, no habiéndolo superado porque “se restituyeron los fondos públicos”. Expresado estos argumentos en la terminología de la imputación objetiva se diría que no es imputable objetivamente al Ex Presidente el tipo de peculado, porque al haber restituido el dinero apropiado a las arcas del Estado, no rebasó los límites del riesgo permitido. No obstante, semejantes consideraciones no son correctas porque la restitución de un bien corresponde a un momento *ex post* de valoración, esto es, después que la conducta rebasó en extenso el ámbito del riesgo permitido, luego que la conducta generó una razón para ser administrada por el Derecho penal. En la medida que la conducta típica practicada responde a la naturaleza de un delito de infracción de deber, configurado por la pura lesión del deber institucional del Ex Presidente, el objetivo de descargar la imputación generada por la apropiación mediante la restitución deviene improductiva porque ninguna compensación conjuga una potencia dogmática suficiente que haga desvanecer el carácter típico alcanzado por la lesión del deber.

El argumento es el siguiente: lo que el Derecho ha establecido como estándar en una norma excluye toda compensación aportada mediante prácticas individuales o sociales. Esto reluce con mayor claridad al constatar que los elementos normativos del tipo penal de peculado están sustraídos a las variaciones que el funcionario le quiera dar acorde a su mundo individual. El funcionario público no decide cuándo su conducta pierde sentido jurídico-penal de peculado porque simplemente no le es permitido decidir sobre aquello que ante el ordenamiento jurídico y la sociedad tiene una vigencia institucional estandarizada. Los tipos penales engloban la sanción y la reparación civil, y, entregan al campo de lo jurídico-penal, la ordenación de los deberes negativos y positivos que sirven de base para la imputación y la sanción penal. Es exactamente en este nivel donde se desenvuelve la valoración acerca de si una conducta se mantiene dentro del riesgo permitido o si lo rebasa. El argumento de la restitución del bien –técnicamente, el de la compensación– es absolutamente inidóneo para producir efecto alguno de descarga o exclusión de la imputación penal. Con acierto afirma PAWLIK al respecto que “el instituto de la compensación del daño no es adecuado para contrapesar el específico injusto del ciudadano”⁵². Por ello, el discurso de la restitución o de la reparación del daño corresponde al campo de lo civil, y, para los efectos del presente caso, como bien lo señala la sentencia, “sólo constituye una circunstancia atenuante”⁵³ que no añade ni quita nada a la conducta desbordante del riesgo permitido.

Un argumento estéril para contrarrestar el ingenioso argumento de la restitución fue el invocado en la acusación, de que los billetes de quince millones de dólares restituidos por el Ex Presidente no son los mismos que le fueron entregados para dárselos a Vladimiro Montesinos. Entonces, por tratarse de billetes distintos, no procede la restitución. ¿Cambiaría la situación si se hubiese tratado de los mismos

⁵² PAWLIK, Michael. *Person, Subjekt, Bürger. Zur Legitimation von Strafe*, Duncker & Humblot, Berlin 2004, pp. 88-89.

⁵³ Exp. N° AV-23-2001, párrafo 58 [“Parte Segunda. Capítulo II. Fundamentos de Derecho. §2. Pretensión de la parte acusada”].

billetes? En realidad, para los efectos de determinar el carácter típico de la conducta es irrelevante y por demás indiferente la constitución naturalística de los billetes, por tratarse el dinero de un bien fungible. El delito de peculado se cometió con la apropiación del dinero en el valor intrínseco del monto global; es superfluo, por tanto, argüir que los billetes restituidos no fueron los mismos que los apropiados para dar por consumado el delito de peculado. Sencillamente, toda compensación está excluida en el Derecho penal.

