

Imputación Objetiva y Dogmática Penal

Mireya Bolaños González

C O M P I L A D O R A

Santiago Mir Puig

José F. Martínez Rincones

Manuel Cancio Meliá

Claudia López Díaz

Yesid Reyes Alvarado

Juan Luis Modollel

Imputación Objetiva y Dogmática Penal

Imputación Objetiva y Dogmática Penal

Mireya Bolaños González

C O M P I L A D O R A

© *Copyright by*
Universidad de Los Andes. 2005.
Autor Compilador: Mireya Bolaños González

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Complejo Universitario La Liria.
Edificio de Post-Grado. Oficina del CENIPEC
Mérida – Venezuela
Teléfonos: 0274 - 2402056
E mail: *mireyabo@ula.ve*

Diseño de cubierta: Luis Ruiz y Mireya Bolaños González.
Diagramación de Texto: Francisco Ferreira de Abreu/
abreuferreira@yahoo.com
Corrección de pruebas: Mireya Bolaños González
Revisión: Mireya Bolaños González

Impresión: Producciones Karol, C. A. (0274 – 2523870)
Fecha de impresión: Septiembre de 2005, Mérida - Venezuela
Printed in Venezuela
Tiraje: 500 ejemplares. Tipo de papel: Bond 20. Fuente: Centaur N° 12
Cubierta: Glasé 300 grs.

Hecho el depósito de Ley
Depósito Legal: LF23720053402088
Derechos reservados
Prohibida su reproducción total o parcial
ISBN 980-II-0872-X

Esta publicación es una co-edición del Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico y Tecnológico -CDCHT- de la Universidad de Los Andes y FUNDACITE-Mérida.

CONTENIDO

Presentación	
Mireya Bolaños González	9
Límites del Normativismo en Derecho Penal	
Santiago Mir Puig	27
Causalidad y Derecho Penal: Una Reflexión Hermenéutica.	
José Francisco Martínez Rincones	71
Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva	
Manuel Cancio Meliá	87
La Teoría de la Imputación Objetiva	
Claudia López Díaz	123
El Concepto de Imputación Objetiva	
Yesid Reyes Alvarado	173
Algunas Reflexiones Sobre lo Objetivo y lo Subjetivo en la Teoría de la Imputación Objetiva	
Manuel Cancio Meliá	205
Consideraciones Teóricas Sobre la Posibilidad de Extensión de la Imputación Objetiva a los Delitos de Mera Actividad	
Juan Luis Modolell González	229

Presentación

I

El devenir de las ideas a partir de las cuales se ha construido el pensamiento jurídico penal universal ha marcado históricamente su propio curso; un curso definido, de una parte por las inquietudes intelectuales del hombre buscador de respuestas, y de otra por la idea de organizarse en la necesidad de preservar su propia existencia. Ciertamente que el paso de unas ideas a otras no ha sido ni mucho menos caprichoso. Por el contrario, tiene su razón de ser en esa incesante búsqueda de la respuesta que más se acerque a lo que consideramos correcto conforme a la lógica, de la que muestre una identidad ontológica con la propia naturaleza de lo tratado, de la que nos aporte menor margen de dudas y de error, en fin, no obedece sino a la búsqueda del saber mismo. Así, se ha paseado el Derecho Penal por conceptos y nociones que se debaten entre lo propiamente naturalista, lo axiológico informado de naturalismo y lo propiamente normativo.

Y es dentro de esta última propuesta donde se ubica la Imputación Objetiva, una teoría cuyos orígenes se reconocen a finales de la década de los años 30 del siglo pasado, a partir de las ideas de Karl Larenz y Richard Honig. Para el primero, la Imputación Objetiva consiste en un campo de delimitación entre los hechos que pertenecen al sujeto y

Larenz, Karl. (1927). *Hegels zurechnungslehre und der Begriff der Objektiven Zurechnung* Leipzig.
Honig, Richard (1930) *Kausalität und objektiven Zurechnung*. En *Festgabe für Reinhard frank*,
Tubingen.

los que son simplemente accidentales. Para el segundo, lo determinante no es la relación de causalidad sino la forma en que se valora; esto es, los criterios a partir de los cuales debe ser medida y sus límites definidos. Aunque la Teoría de la Imputación Objetiva nace en el marco del Derecho Civil, ha estado reclamando un espacio propio dentro del seno de la ciencia jurídico-penal y ha encontrado, por razones varias, una importante acogida en su desarrollo dogmático, al punto de haber trascendido los linderos de sus planteamientos iniciales para tocar los fundamentos del Derecho Penal, visto como ciencia, así como de la determinación y delimitación de la responsabilidad penal del sujeto. Con tales ideas y en el marco del funcionalismo - que plantea una valoración de los elementos de la teoría del delito desde las funciones del derecho penal - se pretende fundamentalmente una orientación tanto del derecho penal como de los elementos del delito, marcados por el carácter normativo. Esto trae como consecuencia una neo-conceptualización de algunos aspectos de la teoría del delito, lo que implica tocar el fondo de sus estructuras, e influir en las construcciones de los sistemas penales y de las políticas criminales que deben diseñar los Estados en aras de la prevención y sanción de los hechos delictivos. Tal planteamiento ha dado en llamarse la normativización de la teoría del delito.

Vistos tales cambios y su trascendencia para la ciencia jurídico-penal y por tanto para la vida comunitaria y personal de todos quienes vivimos bajo la lupa del Derecho Penal, hemos considerado pertinente, abrir los espacios físicos e intelectuales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes, a través de su Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas “Héctor Febres Cordero” - CENIPEC - a fin de generar un ambiente propicio para la discusión y el análisis teórico-jurídico, político y filosófico - de estas ideas y sus implicaciones, en el marco del Congreso Internacional de Derecho Penal que hemos denominado: ¿“Hacia dónde va el Derecho Penal del Siglo XXI”?.

Es precisamente ésta una de las razones de la publicación que el lector tiene ahora en sus manos. Hemos querido aprovechar la ocasión de este Congreso Internacional de Derecho Penal para ofrecerle un acercamiento afable con la propuesta que ofrecen estas ideas y permitirle así un conocimiento amistoso de las mismas.

En tal sentido, en una ordenación lógica presentamos los trabajos ofrecidos por los profesores Santiago Mir Puig, José Martínez Rincones, Manuel Cancio Meliá, Claudia López Díaz, Yesid Reyes Alvarado y Juan Luis Modolell para el análisis del tema en el marco de este Congreso Internacional de Derecho Penal, como un aporte de la Universidad de Los Andes a la discusión que hoy en día capta la atención de los penalistas no solo de este país sino también de toda Latinoamérica y el mundo.

II

Con el trabajo del profesor Mir Puig, “Límites del normativismo en Derecho Penal”, se nos permite un contacto con el tema en una perfecta combinación de densidad en el planteamiento y sencillez en la forma de expresarlo. A partir de las vertientes del normativismo mayormente difundidas, la propuesta por el profesor Claus Roxin y la propuesta por el profesor Günter Jakobs, ambas consideradas como respuestas al ontologicismo finalista Welzeniano, pretende mostrar el Profesor Mir Puig que la radicalidad de la propuesta del Profesor Jakobs tiene implicaciones político-criminales de cuidado, que minimizan o anulan totalmente los límites del poder punitivo del Estado. Se adentra en una rápida pero esclarecedora revisión histórica que va desde von Liszt, con su modelo positivista de ciencia, hasta el normativismo de hoy en día en sus diferentes versiones. Nos encontramos en un primer momento con von Liszt y su positivismo jurídico de rasgos naturalistas, sus

implicaciones políticas y trascendencia para la vida del ciudadano. Posteriormente, en busca de respuestas que ofrecieran mayor exactitud, se abren espacio los elementos axiológicos dando lugar al neo-kantismo que brindó un planteamiento de interpretación metodológica desde contenidos valorativos, lo que generó un vuelco para algunos elementos de la teoría del delito a partir de una neo-conceptualización de sus contenidos. Aparece luego el planteamiento de Welzel atacando el punto de partida metodológico subjetivista, toda vez que para Welzel el significado social del hecho reside en su propia estructura lógico-objetiva. Llega, entonces, el normativismo de Roxin, y su propuesta constituyó un cambio de paradigma en la dogmática penal, consistente en una separación total con el ontologicismo, planteando una fundamentación basada en aspectos político criminales.

Para ilustrar las insuficiencias propias del ontologicismo, el profesor Mir Puig apela a la mediación que ejerce el lenguaje en nuestras vidas, entendido como un poder definitorio que se origina en convenios humanos. Con el lenguaje pretendemos expresar delimitaciones de los contenidos de los conceptos, de donde se infiere el advenimiento de inconvenientes cuando nos referimos nominalmente a la misma noción pero no al mismo contenido. La importancia de esto no sólo radica en la delimitación de espacios conceptuales sino en su incidencia en la propia realidad y más exactamente en la realidad normativa, pues si ésta tiene directa relación con hechos sociales, cabría preguntarse ¿Hasta dónde llega la extensión de los conceptos de naturaleza social? Este análisis sirve al autor como fundamento para una de las afirmaciones centrales de su trabajo, en la que reconoce que la teoría del delito no puede entenderse ni como una construcción puramente ontológica ni tampoco exclusivamente normativa.

Para ello acude al planteamiento de John Searle, a partir de cuya propuesta se muestra cómo es que la realidad social guarda relación

con el mundo de los fenómenos físicos y cómo el reconocimiento de hechos físicos “brutos”, de hechos sociales simples y de hechos institucionales repercute sobre construcciones de naturaleza jurídica y más específicamente sobre lo normativo propiamente dicho, y de cómo el ser humano es el límite de los hechos sociales y el factor decisivo de los institucionales, cuya funcionalidad es asignada voluntariamente por éste, marcando así la pauta del sentido de dicho hecho.

Tal señalamiento resultará básico en lo que el autor se ha propuesto demostrar, ya que el hecho de afirmar que el derecho penal, visto como hecho institucional, tenga una función, significa que está al servicio de algo o de alguien, en este caso de los seres humanos cuyas conductas pretenden influir y regular.

Posteriormente, el profesor Mir Puig distingue dos niveles de normatividad: una normatividad cultural y otra normatividad jurídico-positiva; esta última limitada por la primera que teniendo de base al ser humano, debe tenerlo en cuenta conforme lo indica este primer nivel de normatividad. Este “deber ser tenido en cuenta” es deóntico, es decir, obligatorio y es además acordado o convencional, lo que implica que el sistema penal, el derecho penal y las funciones de ambos, deben responder a la naturaleza y necesidades del ser humano. Todo ello se traduce en la idea de que el derecho penal debe proteger intereses reales que reporten un beneficio al ser humano individual o colectivamente considerado. En su planteamiento no hay lugar a dudas de que el derecho penal debe proteger bienes jurídicos. Dicho señalamiento tendrá incidencia en el diseño, interpretación y necesidad de aplicación de las penas.

El que la teoría del delito esté construida sobre la base de un equilibrio que combina lo ontológico y lo valorativo es traído luego por el autor al análisis de cada uno de los elementos del delito: acción,

tipicidad, culpabilidad, antijuridicidad e imputabilidad. En el interior de la estructura de cada uno reafirma su hipótesis y muestra por qué es necesario que el derecho penal esté al servicio de los seres humanos y no al suyo propio.

En el trabajo del profesor Martínez Rincones, intitulado “Causalidad y Derecho Penal: Una reflexión hermenéutica”, el autor parte del origen de la causalidad y cómo no tardó el derecho penal en hacer uso de ella para la determinación de la responsabilidad penal. Como es sabido, no es éste el único aspecto de naturaleza filosófica del que se nutre la ciencia jurídico-penal. El autor pone en claro la vinculación del principio de causalidad penal con el principio de tipicidad, siendo este elemento del delito el que nos permite conocer cuál es el comportamiento humano cuya atención nos ocupa desde la perspectiva penal. Señala que al problema de la causalidad no debe dársele una lectura “natural” sino en todo caso normativa, porque se trata no de un simple hecho acaecido en el mundo de los fenómenos sino de un hecho que ha sido tipificado por el legislador, acompañado de una pena y generador de responsabilidad penal. Es pues en esta perspectiva de sentido o significado normativo que debe orientarse la lectura de este aspecto de la teoría del delito, precisamente encaminada en la necesidad de buscar correctivos o ajustes a la teoría de la equivalencia de condiciones cuya extensión excede los límites propios del derecho penal. En función de ello el autor valora las opiniones de doctrinarios como Modolell, Mir Puig, Bustos Ramírez, Fernández Carrasquilla, Muñoz Conde y Yesid Reyes, entre otros. En el aporte del Profesor Martínez Rincones nos queda clara la idea de la relación de causalidad como un pre-requisito de la valoración normativa que corresponde hacer posteriormente en el análisis jurídico del hecho y por tanto en la afirmación de la responsabilidad penal.

El profesor Manuel Cancio Meliá, en su trabajo “Aproximación a la Teoría de la Imputación Objetiva”, inicia el análisis desde la fórmula básica de esta teoría, la cual consiste en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de ese riesgo en el resultado. Sin embargo, antes de adentrarse en el tema nos advierte sobre la necesidad de aclarar conceptos, para lo que sugiere utilizar un método sistemático que permita delimitar y concretar contenidos y sobre todo muestra preocupación por dejar constancia de que en ningún momento se trata de una teoría sólo aplicable dentro del marco del Derecho Penal Alemán, sino que es perfectamente viable en el caso de la realidad penal latinoamericana. En el abordaje del tema propiamente dicho, el autor reconoce fundamentalmente la existencia de dos categorías de problemas: los de causalidad atípica y los de la necesidad de determinar qué comportamientos son subsumibles realmente en el tipo penal. Es decir, los casos en los que podemos imputar el resultado dañoso y los casos en los que podemos imputar la conducta típica.

Advierte que se trata de dos niveles de análisis que deben agotarse por separado y en orden lógico. Para ello se pregunta ¿Cómo puede determinarse si la conducta responde a los parámetros objetivos del tipo? En este sentido orienta su respuesta valorando lo pertinente al riesgo permitido, a la prohibición de regreso y a la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. La afirmación de la existencia de estos tres elementos conlleva la afirmación de la tipicidad de la conducta. Para los casos de riesgo permitido tenemos tanto las actividades que generan un riesgo y cuya realización es permitida con o sin reglamentación expresa, como las actividades en las que el elemento de mayor relevancia es la normalidad social de la conducta generadora de riesgos. En el caso de la prohibición de regreso, se pone en evidencia la necesidad de no descontextualizar la conducta cuando se la analiza en relación con la producción del resultado. Y en el caso de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima podemos

conseguir situaciones en las que la génesis del riesgo es responsabilidad del autor y situaciones en las que la conducta que necesitamos valorar de la víctima es posterior a la lesión que le ha sido infringida.

Para su planteamiento, son estos últimos casos los que resultan relevantes, y su abordaje pasa no sólo por una densa explicación de la problemática de la autoría y la participación en materia penal, sino también por la lectura de naturaleza constitucional que debe dársele a este aspecto. Así, imputado el comportamiento, corresponde lo propio con el resultado, entendiéndose que éste será consecuencia de la conducta típica cuando sea un factor causal determinante de aquél. Aquí el autor se avoca a trabajar los criterios de interrupción del nexo de imputación desde las distintas situaciones que puedan presentarse, tales como: la relevancia de la formulación hipotética para la determinación de la conexión conducta-resultado, así como el problema del tiempo transcurrido entre la realización de la conducta y la aparición del resultado y de otra parte el problema en sí de la imputación del resultado, esto es, seleccionar entre todos los riesgos relacionados con el hecho aquél que logre explicar el resultado.

En este punto corresponde examinar los riesgos normales sociales a fin de distinguirlos de los riesgos generados por otros sujetos después de la conducta inicial. Señala que en los casos en los que no se está seguro qué hubiera sucedido si el sujeto observa un comportamiento alternativo ajustado a derecho, el resultado no debe imputarse porque, en contra del principio *in dubio pro reo*, se estaría transformando arbitrariamente un delito de resultado en un delito de peligro. Para los casos en que el factor tiempo incida en la aparición del resultado, el autor se inclina por imputar dicho resultado pero con una responsabilidad disminuida.

Llegado el punto álgido de los riesgos concurrentes, se ha de determinar aquél decisivo para la aparición del resultado, centrando su atención

en distinguir los riesgos del autor que sólo contribuyen causalmente a producir el resultado, de aquello que no es más que un riesgo normal de vida. Advierte sobre las situaciones en las que el riesgo creado por el autor tiene relación con el ámbito en el que se produce el resultado, que sin embargo no se concreta por la intervención de la conducta de otro sujeto que introduce un nuevo riesgo. La cuestión se complica aún más para estos casos cuando ese nuevo riesgo es originado por un comportamiento descuidado. En este punto se dividen las soluciones doctrinales. Unas se inclinan por eliminar toda posibilidad de imputación cuando ese nuevo resultado sea gravemente imprudente; otras se inclinan por concentrar la atención en la potencialidad de riesgo inicial para producir tal resultado.

El profesor Cancio Meliá se inclina por esta última posición, toda vez que, según su criterio, valorar el cómo puede un riesgo posterior incidir en el riesgo inicialmente creado exige partir justamente de ese riesgo que ya ha sido valorado en función de los criterios de imputación de la conducta como típica, de modo que mal puede un nuevo riesgo eliminar de aquél su relación con el resultado. Este aporte constituye una clara muestra de cómo es que el problema de la imputación objetiva pasa de ser un problema atinente a la causalidad penal que trata de resolver la “causalidad atípica” para llegar a tocar la propia existencia y fundamentación del derecho penal y más concretamente de la responsabilidad penal. Y tal como el mismo autor lo señala, llega a convertirse en el espacio teórico en el que se valora el verdadero alcance de las normas penales y por tanto su interpretación, su aplicación y la política criminal que debe elaborarse de cara a su contenido.

La Profesora Claudia López Díaz en su trabajo “Introducción a la Teoría de la Imputación Objetiva” nos acerca al tema en un recorrido de las nociones verticales sobre las que dicha teoría se sostiene, advirtiendo ante todo sobre las confusiones que a partir de ésta se han

generado, así como de las bondades que muestra al servir de orientación en soluciones satisfactorias de casos penales. En una lógica hilación que va desde el naturalismo, pasando por el neo-kantismo y de allí al finalismo hasta llegar al funcionalismo, muestra cómo ya en el neo-kantismo se manejaron ideas germinales del “normativismo” que serían posteriormente abandonadas por el advenimiento del finalismo, señalando que tres nociones básicas que trabajara en su momento esta propuesta serían posteriormente retomadas por la Teoría de la Imputación Objetiva.

Este trabajo explica la insuficiencia a la que se vio sometida la teoría de la relación de causalidad para dar cuenta de la existencia del delito y cómo es que se llega a sostener su afirmación en criterios puramente normativos, para lo cual se adentra en las diferentes versiones de la teoría de la causalidad ilustrando cada propuesta con casos prácticos. Posteriormente, nos muestra cómo es que se llega definitivamente a la consolidación de la Teoría de la Imputación Objetiva y con ello a la obtención de mejores resultados que los que brindara la teoría de la relación de causalidad en sus distintas versiones y para ello se adentra en la cuestión de la finalidad del derecho penal, abordando desde este terreno las ideas puntuales que nos permiten comprender los alcances, la interpretación y la aplicación de la Teoría de la Imputación Objetiva, como es el caso, por ejemplo, de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. El aporte de la Profesora López Díaz resulta profundamente ilustrativo, toda vez que maneja la cuestión de la evolución de la causalidad en materia penal con ejemplos de casos concretos que coadyuvan en el esclarecimiento de la teoría.

El profesor Yesid Reyes Alvarado, en su trabajo “El concepto de Imputación Objetiva”, nos da la posibilidad de abordar el tema de forma progresiva y sistemática con la precisión y contundencia que

exigen estas ideas, garantizando así el entendimiento del tema por parte del lector. Comienza por advertirnos sobre la necesidad de precisar los límites de los conceptos que se abordan, lo contrario deviene en discusiones evitables e inútiles. Para el caso de los conceptos que maneja el profesor Reyes Alvarado en este trabajo, esta necesidad se potencia al tratarse de nociones que han venido ocupando la atención de penalistas, entre otras razones por su “novedad”, lo que deviene en ocasiones en usos arbitrarios o confusos de los términos y sus contenidos, debido al manejo impreciso de información.

El autor hace un ilustrativo recorrido que comienza con la propuesta de Welzel para hacer frente al causalismo y que conocemos como finalismo, que a pesar de haber resultado atractiva al momento, no tardó en mostrar sus inconsistencias. No dándose por vencido, Welzel debió hilar muy fino para dar cuenta de la inclusión del delito imprudente dentro de su propuesta y para ello se vale primero de la noción de “finalidad potencial” y luego de la noción de “falta de deber de cuidado”. Sin embargo, aún así, no logró resultados satisfactorios. Así es como aparece una nueva propuesta de Roxín conocida como “Teoría de la elevación del riesgo” que conjuntamente con aportes de la teoría finalista, logró contribuir con soluciones más satisfactorias para casos de difícil manejo, pero que no por ello dejó de mostrar insuficiencia. Llega, entonces, una segunda propuesta de Roxín conocida como “Teoría del fin de protección de la norma” que debía servir de complemento a la teoría de la elevación del riesgo y que por insuficiente da paso a la “Teoría de la prohibición de regreso” propuesta por Frank. Esta teoría, una vez enfrentada al universo de casos que debía resolver, no logró mayores éxitos que las teorías que la antecedieron, siendo así como llega a hablarse de la “Teoría del ámbito de protección de la víctima” que se reconoce como un intento más de analizar adecuadamente los casos de notoria complejidad.

Nos advierte el autor sobre el manejo de todas estas propuestas bajo la “etiqueta” de imputación objetiva dentro de la teoría finalista del delito, pues es un denominador común a todas el hecho de pretender buscar una salida adecuada a la inclusión del ilícito imprudente en los linderos de la teoría finalista. En su criterio, todas estas propuestas adquieren un sentido distinto cuando se valoran no ya dentro de la propuesta finalista sino en el marco de la teoría normativa del delito. En esta teoría, al dar preeminencia a la forma de ataque del bien jurídico penalmente protegido y acercando elementos normativos a la comprensión y valoración del fenómeno jurídico, antes que elementos ontológicos, se creará un criterio natural de selección de lo que resulta de interés al derecho penal y de lo que debe dejarse de lado. Es decir, los elementos normativos nos sirven de criterio de selección de lo que propiamente debe considerarse como parte del universo de la realidad jurídico-normativa y que por tanto exige ser valorado desde y en función de tal naturaleza. En este sentido, las situaciones que merecen ser analizadas desde la juridicidad del derecho penal serán determinadas a partir de la inclusión de elementos normativos en la teoría del delito, todo lo cual permite una correcta delimitación conceptual de los límites de la Teoría de la Imputación Objetiva

En un segundo aporte intitulado “Algunas reflexiones sobre lo Objetivo y lo Subjetivo en la Teoría de la Imputación Objetiva”, el Profesor Cancio Meliá nos pone de cara a la necesidad de saber si esta Teoría es realmente objetiva y qué tanto ruido han hecho en la doctrina, posiciones que para tal determinación recurren a datos subjetivos. De igual forma, nos orienta en busca de una salida correcta que reposa en una adecuada lectura de la función del tipo penal como categoría. De modo, pues, que estamos frente a un planteamiento absolutamente técnico que el Profesor desarrolla con la claridad propia de su estilo.

Para ello reconoce como uno de los logros de la Teoría de la Imputación Objetiva el enriquecimiento del tipo penal desde su condición objetiva-valorativa, lo que, sumado al aporte que brindara el finalismo en relación al tipo subjetivo, nos muestra un constructo completamente distinto al del causalismo. Desde esta perspectiva esta Teoría ha recibido serias críticas de parte de seguidores del finalismo, que aún no han sido respondidas y que podemos resumir de la siguiente manera: a.- inconsistencia para el caso de los delitos dolosos, toda vez que dicha teoría, al tratar de responder sobre la inclusión del ilícito imprudente en la teoría finalista, no respeta los espacios propios de lo doloso y de lo imprudente de manera separada; esto es, ¿pueden existir criterios generales desde los cuales construir esta teoría y que valgan tanto para un tipo de delito como para otro? b.- Falta de adecuación en los casos de delitos imprudentes, pues las respuestas que ofrece esta teoría ya habrían sido planteadas desde el deber objetivo de cuidado y desde la contrariedad al deber, de modo que sería simplemente algo repetitivo, es decir ¿Puede o no puede afirmarse el carácter objetivo de tales criterios?

Es justamente la aclaratoria de este punto lo que interesa dilucidar. Para ello, el autor reconoce que la caracterización propuesta por esta teoría en relación a la conducta del sujeto implica en sí misma una generalización objetiva del contenido del tipo penal hecha ex-ante, desde la perspectiva del sujeto ideal y en la circunstancialidad en que dicho sujeto actúa. Obviamente esto no deja de plantear inconvenientes que deben resolverse siempre dentro del ámbito de lo objetivo, teniendo en cuenta que no todos los sujetos somos iguales y tampoco lo son las circunstancias. La cuestión aporética es que, en ocasiones, datos que están en la mente del sujeto resultan determinando la objetividad del riesgo típico que concreta el delito, lo que haría pensar que ciertamente no se trata de una teoría propiamente “objetiva”. Es allí donde corresponde valorar al tipo objetivo para ver si realmente ejerce funciones de filtro.

En relación a ello, aclara que la tipicidad no es posible afirmarla sólo respecto de algunos elementos del tipo y que ella tiene una razón de ser realmente práctica y no sólo teórica. La revisión teórico-jurídica de un hecho y su relevancia para el derecho penal y para nuestras vidas sólo es posible desde lo fáctico, esto es, desde lo expresado externamente, no desde los elementos o factores subjetivos que maneje el agente delictivo en su mente. De manera pues que si estamos trabajando con la Teoría de la Imputación Objetiva habrá que tener en cuenta no sólo la realización o concreción externa del hecho sino también al sujeto ideal así como a las circunstancias en que actúa (rol social). Por tanto, los datos subjetivos que maneja el agente delictivo hacen parte de la valoración que hay que hacer del tipo objetivo. En este sentido, según el autor, resultan infundadas las críticas que señalan que la Teoría de la Imputación Objetiva “usurpa” espacios propios de lo subjetivo y que, en consecuencia, pierde su verdadera naturaleza objetiva.

En el trabajo que nos presenta el Profesor Juan Luis Modolell, intitulado “Consideraciones teóricas sobre la posibilidad de extensión de la Imputación Objetiva a los delitos de mera actividad”, se trae el planteamiento de la Teoría de la Imputación Objetiva al espinoso problema de los delitos de mera actividad. Comienza el autor por tratar de aclarar nociones definitorias de los delitos de mera actividad señalando que en ellos no hay resultado, pero que en todo caso se requiere una noción técnico-jurídica de resultado. Para ello, asume la definición tradicional del resultado como modificación del mundo exterior separable de la conducta tanto en el tiempo como en el espacio, ya que esta conceptualización le permite relacionar el resultado tanto con la causalidad como con la Imputación Objetiva. En su criterio, la causalidad no juega ningún papel en los delitos de mera actividad porque a ella le corresponde conectar “conducta” con “resultado”, de donde se desprende que en esta categoría de delitos la Imputación

Objetiva opera autónomamente. Aún cuando en los delitos de mera actividad se precise sólo de la conducta que señala la norma, ello no obsta que podamos hablar de Imputación Objetiva cuando nos referimos a ello. Después de abordar las relevantes opiniones de autores como Frisch, Triffterer, Jakobs y Reyes Alvarado, concluye señalando que la posibilidad de aplicar esta teoría a los delitos de mera actividad reposa en el hecho de valorar la conducta del injusto típico tanto desde la perspectiva interna como desde la perspectiva externa; esto es, teniendo en cuenta su relación con el bien jurídico que se protege.

En el primero de estos dos niveles de análisis la valoración de la conducta corresponde hacerla ex-ante. Significa que la relación conducta-mandato normativo es relevante hasta tanto no se produzca la actuación del sujeto. En cambio, en el segundo nivel de análisis, que alude al grado de lesividad o peligrosidad de dicha conducta, la valoración debe hacerse ex-post, únicamente una vez expresada la conducta a fin de examinar el peligro o lesión que ha generado. De todo ello se deduce que para el autor, el injusto está conformado tanto por la relación que mantiene con el mandato jurídico como por la relación con el interés que la norma protege. Esta dualidad estructural del injusto es lo que permite extender hasta los delitos de mera actividad el análisis que propone la Teoría de la Imputación Objetiva.

Los trabajos que acá se recogen constituyen una clara muestra de la vigencia de los planteamientos y propuestas que en materia penal giran en torno a la Teoría de la Imputación Objetiva. Su lectura significa adentrarse en puntuales aspectos de la esencia misma de la discusión.

Frisch. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolg*. C.F. Müller, Heidelberg, 1988.

Jakobs. *Strafrecht*. AT, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993.

Reyes Alvarado. *ZStW*, 105 (1993).

Triffterer, *Österreichisches Strafrecht*. AT, 1994.

Los orígenes filosóficos de la relación de causalidad, las implicaciones político-criminales de esta Teoría y sus incidencias en cada uno de los elementos estructurales del delito, la evolución teórica de las ideas que propone, algunos de los esfuerzos por conceptualizar la Imputación Objetiva y delimitar correctamente sus linderos a fin de evitar imprecisiones o inexactitudes que llevarían a discusiones que de principio podrían obviarse, los espinosos casos de la llamada causalidad atípica, la relevancia del análisis sistemático que debe hacerse a fin de saber cuáles comportamientos pueden considerarse típicos y cuáles no, la participación de la víctima en eventos que resultan lesivos para sí mismo pero cuyo origen podría eventualmente no ser tan claro, la necesidad de discutir sobre el carácter verdaderamente objetivo de la Imputación Objetiva y la posibilidad de aplicar las nociones de esta Teoría a una específica categoría de delitos, como lo son los delitos de mera actividad, son algunas de las cuestiones de mayor relevancia planteadas por estos autores en sus aportes.

La discusión teórica en la que nos adentran resulta densa, útil e ilustrativa del sin fin de problemas teórico-prácticos que está llamado el derecho penal a replantear y a resolver a la luz de la propuesta general de la Teoría de la Imputación Objetiva. Todo ello sin perder de vista que deben atenderse los principios generales del derecho penal universalmente aceptados en la actualidad, a saber, que se trate de un derecho penal respetuoso de la condición humana, ajustado a modelos políticos de corte democrático y liberal, fundamentado en la justicia material y que atienda a principios de naturaleza social.

Es nuestro deseo desde el CENIPEC, que los trabajos recogidos en esta publicación sirvan de orientación al lector permitiendo no sólo un primer contacto con el tema, en los mejores términos, sino también la óptima canalización de inquietudes relacionadas con el mismo. No cabe duda que la calidad académica de los autores que han contribuido

a hacer posible esta obra es un muy buen primer paso para obtener satisfactorios resultados en una u otra pretensión.

Profesora Mireya Bolaños González
Mérida, Agosto, 2005

LÍMITES DEL NORMATIVISMO EN DERECHO PENAL

Santiago Mir Puig

Introducción

I

I. Planteamiento: normativismo moderado (Roxin) y normativismo radical (Jakobs)

Desde hace algo más de treinta años se ha ido imponiendo en forma creciente un enfoque *normativista* de las cuestiones jurídico-penales. Dos han sido los autores que más han contribuido a esta evolución: Roxin, primero, y Jakobs, después. Los dos contrapusieron sus (distintas) perspectivas normativistas al ontologismo característico del finalismo de Welzel. Cuando éste alcanzaba su apogeo en Alemania, el mismo año en que se publica la traducción española del Tratado de Maurach¹ que tanto contribuyó a extender el finalismo más allá de la estricta escuela de Welzel, Roxin publicó un trabajo en que atacó el concepto final de acción por basarse en una óptica ontologista inadecuada a las necesidades del Derecho y al carácter normativo de los elementos del concepto de delito². El joven Roxin se presenta, pues, desde un principio

¹ Cfr. Maurach, *Tratado de Derecho penal*, traducción y notas de Córdoba Roda, 1962.

² Cfr. Roxin, *Zur Kritik der finale Handlungslehre*, *ZStW* 74 (1962), p. 515 ss. El trabajo se incluyó más adelante en el libro del mismo autor *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, en gran parte coincidente con el traducido por Luzón Peña bajo el título *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976. La tesis doctoral de Roxin, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1959, había sido también una crítica a la construcción de Welzel de los tipos abiertos.

como defensor de un punto de vista normativista enfrentado al ontologismo de Welzel. Por su parte, Jakobs, aunque más de veinte años más tarde, presentó también su concepción del Derecho penal como frontalmente contrapuesta a la de su maestro Welzel, como una concepción normativista diametralmente opuesta al ontologismo finalista.³ Sin embargo, el normativismo de Jakobs es mucho más radical que el de Roxin. Éste admite que el normativismo encuentra un límite en la realidad empírica, la cual tendría sus propias exigencias y condicionaría las construcciones jurídicas y las soluciones a que deben conducir. Por otra parte, postula una dogmática del Derecho penal abierta a principios político-criminales desde los que interpretar las normas jurídico-positivas.⁴ Jakobs, en cambio, siguiendo a Luhmann, contempla el Derecho como un sistema normativo cerrado, autorreferente, y limita la dogmática jurídico-penal al análisis normativo funcional del Derecho positivo, con exclusión de consideraciones empíricas no normativas y de valoraciones externas al sistema jurídico-positivo.⁵ En el presente trabajo trataré de demostrar

³ Cfr. Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 1ª ed., 1983, p. V ss. El mismo planteamiento mantiene la 2ª edición: ver el Prólogo de la traducción española de Cuello/Serrano, bajo el título *Derecho penal, Parte general*, 1995, p. VII.

⁴ Cfr. sobre todo Roxin, *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts*, en *Gedächtnisschrift für G. Radbruch*, 1968, p. 260 ss.; el mismo, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. de Muñoz Conde, 1972. Recientemente ha resumido la doble influencia que a su juicio tienen realidad empírica y principios normativos político-criminales en distintos puntos de la teoría del delito en Roxin, *Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik*, en *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, 2003, p. 427 ss.

⁵ Cfr. últimamente Alcácer, *Facticidad y normatividad, Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal*, en *Actualidad Penal*, 2001, p. 251 ss., señalando, no obstante, que Jakobs no es siempre consecuente con esta concepción metodológica e introduce con frecuencia valoraciones no deducibles de la ley. Comparto esta apreciación, y añadiré que el hecho de que Jakobs tienda a revestir tales valoraciones del carácter de conceptos de naturaleza social (como el de rol social, que toma como base de propuestas personales de interpretación del Derecho vigente), en coherencia con su entendimiento del sistema jurídico como un subsistema social, no excluye que con ellas desborde el sistema jurídico positivo, y no en base precisamente a datos objetivos de la realidad social ni en el contexto de una explícita y controlable fundamentación político-jurídica general, sino a apreciaciones personales perfectamente discutibles. No obstante, en algún lugar vincula expresamente el sistema jurídico al mantenimiento del sistema social general (así en Jakobs, *Sociedad, norma y persona en un Derecho Penal funcional*, traducción de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas, 1996, p. 25, 28), aunque no a través de algún efecto empírico,

que este planteamiento normativista radical no es científicamente necesario⁶ y priva de límites al poder punitivo del Estado. Pero antes expondré resumidamente las fases de la evolución histórico-dogmática que condujeron al ontologismo de Welzel y a la reacción normativista posterior. A continuación defenderé mi punto de vista sobre los límites que el normativismo ha de tener en un Derecho penal que sirva a los intereses reales, y no sólo simbólicos, de los seres humanos.

II

2. *Naturalismo, relativismo valorativo y ontologismo*

Si el normativismo de Roxin y Jakobs reaccionó contra el ontologismo de Welzel, éste había surgido a su vez en oposición al relativismo valorativo del neokantismo, el cual por su parte se había contrapuesto al naturalismo de von Liszt. Las líneas fundamentales de esta evolución son conocidas⁷, pero no estará de más recordarlas.

3. *El positivismo naturalista de von Liszt*

La moderna teoría del delito nace en von Liszt bajo la influencia del modelo positivista de ciencia. Tras el auge espectacular de las ciencias experimentales, se extendió a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX una actitud de admiración por lo científico acompañada de un rechazo de la metafísica. El positivismo jurídico fue el resultado de esta

sino por la pura afirmación simbólica de la norma que necesariamente va ligada a la imposición de una sanción en caso de infracción (op. cit., p. 18). Califica de “normativismo sin realidad empírica” (empiriefreier Normativismus) al normativismo de Jakobs, críticamente, Schünemann, *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*, en *Festschrift für Claus Roxin*, 2001, p. 13 ss.

⁶ Desde una perspectiva finalista, distinta a la que adoptamos en este trabajo, ha dedicado una monografía a reclamar también límites al normativismo Küpper, *Grenzen der normativerenden Strafrechtsdogmatik*, 1990.

⁷ Cfr., ampliamente, Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 196 ss.

nueva mentalidad en el ámbito de la doctrina jurídica: vio en el dato real del Derecho positivo el material empírico susceptible de observación científica y adoptó frente al mismo un método descriptivo y clasificatorio próximo en parte al empleado por las ciencias naturales. Binding representó en Alemania una primera versión de este positivismo jurídico, que pretendió científicidad excluyendo los juicios de valor y limitando su objeto al Derecho positivo.⁸ Von Liszt caracterizó una segunda versión del positivismo jurídico, que compartió la utilización de un método descriptivo y clasificatorio que excluía lo filosófico y los juicios de valor, pero se diferenció por tender puentes a la consideración de la realidad empírica no jurídica: el positivismo de von Liszt fue un positivismo jurídico con tintes naturalistas.⁹ La concepción preventiva de la pena (prevención especial), el concepto causal de acción, su concepción en parte naturalística del bien jurídico y un entendimiento de la culpabilidad con base en el determinismo, son rasgos fundamentales de esta vinculación de la construcción de von Liszt a una realidad entendida naturalísticamente.¹⁰

El positivismo jurídico del siglo XIX tenía, además de su pretensión de científicidad, un significado político plausible. Por una parte, las aspiraciones humanísticas de la Ilustración se habían ido convirtiendo, en parte, en Derecho positivo, de modo que postular la subordinación de la doctrina jurídica al Derecho vigente era optar por una cierta realización histórica de los ideales ilustrados.¹¹ Parafraseando a

⁸ Cfr. Mir Puig (n. 7), p. 188 ss., donde califico el positivismo de Binding como “normativismo” en el sentido en que este autor limitó su objeto de estudio a las normas jurídico-positivas con exclusión de toda consideración filosófica o de la realidad no jurídica. Se trata, como se ve, de un sentido bien distinto al que actualmente recibe el término “normativismo”.

⁹ Cfr. Mir Puig (n. 7), p. 196 ss., donde hablo, en este sentido, de “positivismo naturalista” y explico cómo combina von Liszt un método jurídico-formalista, con una referencia a la realidad empírica.

¹⁰ Cfr. Mir Puig (n. 7), p. 205 s.

¹¹ Cfr. Mir Puig (n. 7), p. 275.

Habermas, la *facticidad* del Derecho positivo implicaba ya un grado de *validez* material que los juristas estimaban aceptable.¹² Por otra parte, dicha subordinación al Derecho positivo realizaba por sí misma uno de los valores indiscutibles del Derecho: la seguridad jurídica, que a su vez representaba ya el principio capital del Estado de Derecho: el imperio de la ley, que en Derecho penal se traducía en el principio de legalidad. El formalismo y la exclusión de juicios de valor del método positivista añadían una forma fácilmente objetivable de analizar, reconstruir y aplicar el Derecho que parecía blindarlo frente al peligro de manipulación subjetiva por parte del intérprete. En von Liszt el naturalismo ofrecía, además, a la elaboración dogmática una base sólida, la realidad científicamente observable, que parecía también contribuir a la seguridad jurídica. Al mismo tiempo, ponía el Derecho detrás del hecho y al servicio de la vida real, abriendo una brecha en el sistema jurídico por la que podía penetrar la realidad y que evitaba la concepción del Derecho como un fin en sí mismo.

4. La referencia a valores del neokantismo

No obstante, la acentuación de la preocupación científico-naturalista por parte de von Liszt puso de manifiesto de forma especialmente clara las insuficiencias del concepto positivista de ciencia para el Derecho penal. Quizás aceleró en nuestro campo la vuelta a la filosofía. El hecho es que la reacción neokantiana que se produjo en la teoría jurídica alemana de principios del siglo XX llegó al Derecho penal antes que al Derecho privado, y en la versión de filosofía de los valores, especialmente antinaturalista, de la escuela sudoccidental, más que en la dirección

¹² Cfr. La idea central del libro de Habermas, *Facticidad y validez*, trad. de Jiménez Redondo, 2ª ed. 2000, sería que el Derecho del Estado democrático de Derecho supone el intento de superación de la antítesis de Derecho natural o ideal y Derecho positivo en una síntesis que incorpora a la *facticidad*, esto es, a la positividad, un procedimiento abierto al consenso como forma de obtención de la *validez*, esto es, de un contenido que pueda consensuarse democráticamente como legítimo.

formalista de la escuela de Marburgo. En cualquier caso, en ello tuvo un papel decisivo la imposibilidad de explicar de forma satisfactoria los elementos centrales de la teoría jurídica del delito. Ni la acción, ni la antijuridicidad ni la culpabilidad -los tres pilares básicos del concepto de delito de von Liszt- podían entenderse adecuadamente prescindiendo de su significado valorativo. Pronto se vio que la *acción* no era sólo movimiento físico, sino una conducta que importa al Derecho penal en función de su significado social, que puede depender de su intención. Más evidente era aún que la *antijuridicidad* no es una mera descripción de una causación, sino, inevitablemente, un juicio de desvalor, que también depende de aspectos significativos del hecho no puramente causales. Del mismo modo, el significado negativo del concepto de *culpabilidad* no podía sustituirse por la sola constatación de una conexión psicológica cuasi-causal entre el hecho producido y la mente del autor, como lo demostró la inexistencia de tal vínculo psicológico en la culpa inconsciente y, en definitiva, la esencia normativa de toda imprudencia, así como la insuficiencia del propio dolo para la imputabilidad y para la negación de otras causas de exculpación.

Pues bien, el neokantismo de la escuela sudoccidental ofreció una fundamentación metodológica que permitió entender los conceptos jurídico-penales como conceptos valorativos, que puso su punto de mira en su significado esencialmente valorativo, sin por ello renunciar a la pretensión de cientificidad. Windelband y, sobre todo, Rickert desarrollaron una fundamentación neokantiana de las ciencias del espíritu o culturales como dotadas de un método distinto al de las ciencias naturales y al de las formales, método que distingue a las ciencias culturales por exigir la *referencia a valores*.¹³ Varios penalistas que a su vez eran filósofos del Derecho, especialmente Radbruch, se percataron

¹³ Cfr., ampliamente, Cardenal Monraveta, *El tipo penal en Bebing y los neokantianos*, 2002, (hay publicación *on line* en <http://www.tdcat.cesca.es>), p. 303 ss.

de la utilidad de este enfoque metódico para la dogmática jurídico-penal.¹⁴ Ello determinó una reinterpretación de todos los conceptos de la teoría jurídico-penal. La acción, la omisión, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad dejaron de entenderse en términos formalistas y naturalísticos para pasar a concebirse en su sentido valorativo (por ejemplo, se consolidó así el paso de la concepción psicológica de la culpabilidad a la concepción normativa de la misma), y ello determinó alteraciones importantes en el contenido de cada una de dichas categorías (como la inclusión de elementos subjetivos y normativos en el tipo de injusto, por poner sólo un ejemplo).¹⁵

5. *El ontologismo del finalismo de Welzel*

Es difícil de negar que el Derecho penal se ocupa de hechos dotados de significado valorativo y que le importan estos hechos precisamente por dicho significado y no sólo en su dimensión físico-naturalística. No es esto lo que atacó la crítica que Welzel dirigió a los neokantianos, sino su punto de partida metodológico *subjetivista* según el cual el carácter valorativo de un hecho no está en el hecho mismo, sino que es aportado por los hombres: es el significado que nosotros *otorgamos* al hecho.¹⁶ Por el contrario, Welzel sostuvo que el significado de los hechos procede de la forma de ser de los hechos. Admitía que una

¹⁴ Cfr. Cardenal Monraveta, (n. 13) p. 335 ss.

¹⁵ Cfr. Mir Puig (n. 7) 218 ss.

¹⁶ Ello se fundamentaba por los neokantianos como una extensión al mundo de la cultura del planteamiento kantiano según el cual el conocimiento es el producto de aplicar a la *materia* representada por la experiencia las *formas a priori* de espacio y tiempo y de las categorías del entendimiento humano. Para los neokantianos los hechos culturales supondrían la aplicación de formas *a priori* específicas configuradoras del significado cultural, como los valores, que serían aportados, por tanto, por nuestra mente. Ciertamente, esto suponía una subjetivización importante del planteamiento kantiano, en el sentido de que ya no dependería sólo de la subjetividad relativa propia de la estructura de la razón pura, idéntica en todo ser humano, sino que variaría según los individuos, como los valores varían según los individuos. Contra esta subjetivización de la epistemología kantiana —no contra ésta— se dirigió la crítica de Welzel. Cfr. *in extenso* Mir Puig, (n. 7) p. 226 ss. Contra este subjetivismo idealista, que en Derecho público propició planteamientos como el de Carl Schmitt, que sirvieron de base al nacionalsocialismo, cfr. Estévez Araujo, *La crisis del Estado de Derecho liberal: Schmitt en Weimar*, 1989, p. 110 s.

misma cosa pueda ser contemplada en más de uno de sus aspectos posibles; por ejemplo, el hombre puede ser estudiado en su naturaleza biológica, cosa que hace la medicina, y también en su naturaleza racional, cosa que hace la psicología, pero si ello es posible es porque el hombre tiene en sí mismo ambos aspectos. Del mismo modo, la acción humana puede considerarse desde el punto de vista causal-naturalístico, que es lo que hacemos cuando nos importan los movimientos musculares, pero ha de tomarse en su dimensión de finalidad cuando tratamos de descubrir su específico significado humano, porque éste no depende de nosotros, sino de dicha finalidad.¹⁷ También a Welzel le interesa, pues, el significado de la acción, pero, a diferencia de los neokantianos, cree que dicho significado no se lo atribuimos, sino que pertenece a la propia naturaleza de la acción: a la propia “naturaleza de la cosa”, en el sentido de que constituye su “estructura lógico-objetiva”.

Como es sabido, para Welzel la finalidad de la acción, como estructura lógico-objetiva de este concepto, debe ser respetada tanto por el legislador como por la ciencia jurídica. Del mismo modo, también la capacidad del ser humano de auto-determinarse conforme a sentido, que Welzel entiende como “poder actuar de otro modo”, sería para este autor otra estructura ontológica que ni el legislador ni la ciencia jurídica pueden desconocer. El Derecho positivo y la teoría del delito debían partir de estas estructuras, que se les impondrían como límites objetivos infranqueables.

6. Del ontologismo al normativismo de Roxin

El normativismo que Roxin opuso al finalismo, desvinculó el fundamento de la dogmática de exigencias ontológicas, para basarla

¹⁷ Cfr. Welzel, *Strafrecht und Philosophie*, p. 28 ss.

en decisiones político-criminales -como la atribución a las penas y medidas de seguridad de una función de protección de bienes jurídicos a través de la prevención de delitos-, que no se imponen al legislador, sino que éste elige de entre otras posibles opciones. El punto de vista *normativo* presupondría, pues, libertad de elección, frente a la sujeción a estructuras lógico-objetivas de que partía el *ontologismo* de Welzel.

La limitación ontológica que postuló el finalismo había encontrado un ambiente favorable en la postguerra alemana, cuando se sintió la necesidad de buscar límites al poder que impidiesen la repetición de excesos abominables como los del III Reich. Hubo entonces en Alemania un cierto renacimiento del Derecho natural, como límite clásico al Derecho positivo, y el ontologismo de Welzel buscó también en la naturaleza de la cosa límites a la libertad de decisión del legislador.¹⁸ Esta voluntad de fijar límites al poder es encomiable, y a mi juicio irrenunciable, pero el ontologismo no era la vía adecuada. Por de pronto, las dos estructuras ontológicas sobre las que Welzel asentó la teoría del delito, la acción final (como base del injusto) y el poder actuar de otro modo (como base de la culpabilidad), tienen una capacidad de limitar al legislador bastante reducida. No sirven para decidir lo más importante: qué acciones finales culpables pueden castigarse como delictivas y cuáles no, ni qué criterio ha de orientar la clase y cantidad de pena que debe imponerse en cada caso. Su poder de limitación es muy inferior al que tiene el conjunto de principios político-criminales generalmente admitidos en la actualidad: desde el principio de legalidad, con sus diferentes exigencias, hasta el principio de

¹⁸ El libro de Welzel, que en España se tituló *Introducción a la filosofía del Derecho*, 2ª ed., 1971 (traducción de González Vicén), tuvo como subtítulo lo que en la edición alemana original era su título: *Derecho natural y Justicia material (Naturrecht und materielle Gerechtigkeit)*. Welzel no aceptó en él el Derecho natural clásico, pero sí compartió con éste, como objetivo central de la obra, la búsqueda de límites en la naturaleza del ser.

resocialización, pasando por los principios de subsidiariedad o intervención mínima, de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídico-penales, de humanidad, de culpabilidad en sentido amplio y de proporcionalidad -aparte de los fundamentales principios garantistas del proceso penal-.

7. Del esencialismo a la filosofía del lenguaje

Por otra parte, el enfoque ontologista del finalismo es cuestionable a la luz de la evolución de la filosofía actual. Tanto las corrientes hermenéuticas como las analíticas han abandonado la pretensión de captar *esencias* propia del ontologismo. De una u otra forma, se reconoce que nuestra aproximación al mundo está fundamentalmente mediada por el lenguaje que utilizamos para referirnos a él. Las palabras no son puros reflejos necesarios de las cosas, sino nuestro modo de ver las cosas. Al dar nombre a una cosa elegimos qué parte de la realidad cabrá dentro de ese nombre. Ni siquiera la realidad física decide antes del lenguaje dónde empieza una cosa y dónde comienza otra: la naturaleza no está dividida en las cosas que nosotros distinguimos mediante palabras.¹⁹ Y el alcance y sentido de las palabras no nos viene impuesto, sino que surge por el acuerdo de los hablantes: es convencional. En el mundo de la cultura, el que hemos construido los seres humanos, todavía es mayor la libertad creadora de las palabras, porque los elementos culturales son creaciones colectivas consensuadas mediante palabras -por cierto, el lenguaje es a su vez la creación cultural básica, paradigma de todas las demás-.

¹⁹ Esto no significa que la realidad física no exista tal como es con independencia de las palabras que utilizamos para describirla. Lo más razonable es pensar que existe y que su existencia es independiente de nuestros lenguajes. Lo que sí es creación del hombre es la asignación de nombres a las cosas y lo que esto presupone, a saber, la división de la realidad en cosas que corresponden a conceptos designados con palabras.

8. Balance provisional

Ni el naturalismo causalista, ni el ontologismo finalista resultan suficientes. La perspectiva naturalística no es adecuada al Derecho ni a los hechos que éste debe regular, en los que -como señalaron los neokantianos- importa su significado cultural, referido a valores o, como hoy suele decirse, normativo. El ontologismo finalista parte de un objetivismo esencialista que desconoce que los conceptos que tenemos no son puros reflejos necesarios de la realidad, sino construcciones humanas basadas en un consenso social contingente. No basta para ello la intención de cada sujeto. Junto a lo fáctico hay que reconocer el papel decisivo de lo normativo, y lo fáctico tampoco se agota en lo naturalístico-causal, ni en su dimensión subjetiva. Pero no cabe negar tampoco la necesidad de una base empírica en los hechos relevantes para el Derecho penal ni la necesidad de respetar los condicionamientos de la realidad para que los principios normativos del Derecho penal puedan influir adecuadamente en la realidad.

9. Lo fáctico y lo normativo, hechos naturalísticos y hechos sociales

He llegado a estas conclusiones a partir del uso que suele darse por los penalistas a términos como “naturalístico”, “ontológico”, “valorativo”, “normativo”, y a un uso intuitivo del concepto de realidad y de lo “fáctico”. Sin embargo, tales usos plantean algunas ambigüedades y problemas de delimitación conceptual. Especialmente problemática puede resultar la contraposición entre lo “fáctico” y lo “normativo”, si lo fáctico no se entiende limitado a lo naturalístico, sino que se extiende a lo social, puesto que buena parte de los hechos sociales se definen en términos normativos. Por otra parte, queda por dilucidar la cuestión fundamental de qué relación existe entre los hechos de la naturaleza y los hechos sociales, entre lo naturalístico y lo normativo. De ello depende a su vez hasta qué punto es correcto considerar lo normativo con independencia de lo empírico y cómo

puede la realidad condicionar lo normativo. Para aclarar estas cuestiones me parece útil recurrir a continuación al análisis de la realidad social que ha efectuado el importante filósofo John R. Searle.²⁰

10. La realidad social es una parte de la realidad empírica construida por la asignación de funciones (Searle)

Searle propone una explicación de la realidad social que parta de su conexión con el mundo “físico” y al mismo tiempo la distinga de éste. Empieza por enmarcar la realidad social en una ontología fundamental que arranca de dos teorías sobre las que existe consenso en la ciencia actual, la teoría atómica de la materia y la teoría de la evolución biológica. En palabras de Searle: “...vivimos en un mundo compuesto enteramente por partículas físicas en campos de fuerza. Algunas de ellas están organizadas en sistemas. Algunos de estos sistemas son sistemas vivos, y algunos de esos sistemas vivos han adquirido evolucionariamente consciencia. Con la consciencia viene la intencionalidad, la capacidad del organismo para representarse objetos y estados de cosas mundanos. La cuestión es ahora: ¿cómo podemos dar cuenta de la existencia de hechos sociales dentro de esta ontología?”²¹

²⁰ Cfr. Searle, *La construcción de la realidad social*, Presentación y traducción de A. Domènech, 1997. El título de esta obra viene a ser una réplica a la del conocido libro de Peter L. Berger y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad*, 4^a ed. 1976, en el cual estos sociólogos sostienen que *toda* la realidad es una construcción social. Frente a esto, la tesis de Searle es que la realidad del mundo natural, la de los “hechos brutos”, existe con independencia de nosotros, a diferencia de lo que ocurre con la realidad social, que sí hemos construido los seres humanos: no todo es construcción social. Coincido con esta apreciación. Al partir de la propuesta de Searle quiero destacar que, en nuestra terminología, no todo es “normativo” y que lo “normativo” está conectado siempre a alguna realidad natural.

²¹ Cfr. Searle, (n. 20), p. 26 s. En nota explica que usa el término “intencionalidad” en un sentido más amplio que el de finalidad, abarcando todo estado mental referido o dirigido a algo, lo que incluye a creencias y deseos, “porque para tener una creencia o un deseo tenemos que creer que tal o tal cosa es el caso o desear que tal o tal cosa lo sea (...) Pretender, por ejemplo, ir al cine es sólo un tipo de intencionalidad entre otros”.

La realidad social se construye a partir de la intencionalidad de la conciencia y mediante tres elementos básicos: la asignación de una función a ciertos hechos, la intencionalidad colectiva y las reglas constitutivas.²² Tales elementos permitirán explicar el origen y el sentido de una clase de hechos sociales que caracterizan las culturas humanas: los *hechos institucionales*. Lo curioso de estos hechos es que, siendo “porciones del mundo real, hechos objetivos en el mundo (...), sólo son hechos merced al acuerdo humano”.²³ Que el papel que tengo en la mano es un billete de 20 euros es un hecho institucional, en el cual lo específico no es la realidad física del papel, sino que sirva para pagar algo. Este hecho institucional presupone una institución, el dinero, que supone la atribución de una función de pago a determinados objetos físicos. Tal asignación de función ha de ser colectiva, no sólo individual, y está condicionada a que se cumplan ciertas reglas. Algunos objetos que construimos, como un destornillador o una bañera, también tienen asignada una función colectiva, pero pueden cumplirla gracias a sus características físicas. Son construcciones sociales pero no institucionales. Los hechos institucionales suponen la asignación colectiva de una función que no puede ser cumplida por las solas características físicas de un objeto, sino sólo por una atribución colectiva de una *función de status* (como la función propia del *status* de dinero, que concede un derecho a quien lo tiene; pero también como la función simbólica de significar que atribuimos a las palabras, que es necesaria para las demás asignaciones de funciones).²⁴ Esta atribución de función de *status* tiene

²² Cfr. Searle, (n. 20), p. 32 ss.

²³ Cfr. Searle, (n. 20), p. 21.

²⁴ Cfr. Searle, (n. 20), p. 58 ss. En la p. 126 de esta obra cit. Searle aclara que “...el uso de la noción de función no significa aquí aceptación por mi parte de ningún tipo de “análisis funcional” o de “explicaciones funcionales” en la investigación sociológica. Las funciones que estoy discutiendo están internamente relacionadas con el *status* correspondiente, de modo que, en general, el enunciado del *status* implica trivialmente la función correspondiente. Decir que algo es dinero implica, por definición, que, entre otras cosas, funciona como medio de intercambio, es decir, como dinero”.

lugar mediante *reglas constitutivas*, que a diferencia de las *reglas regulativas*²⁵ tiene la curiosa virtualidad de *crear* una realidad distinta a la física.

¿Cuál es la relación que existe entre los hechos institucionales y el resto de los hechos del mundo? Para Searle, existe una “línea continua que va de las moléculas y las montañas hasta los destornilladores, las palancas y los atardeceres bellos, para llegar, luego, hasta las legislaciones, el dinero y los Estados-nación. El trecho central en el puente que va de la física a la sociedad está constituido por la intencionalidad colectiva, y el movimiento decisivo, en el tránsito de creación de realidad social a lo largo de este puente, es la imposición intencional colectiva de funciones a entidades que no pueden cumplir la función sin esa imposición. El movimiento radical que nos lleva de hechos sociales simples, como que estamos sentados juntos en una banqueta o inmersos en un combate de boxeo, hasta hechos institucionales, como el dinero, la propiedad y el matrimonio, es la imposición colectiva de función a entidades que -a diferencia de las palancas, las banquetas y los automóviles- no pueden cumplir las funciones merced a su mera estructura física”.²⁶

Cabe distinguir, pues, tres escalones básicos: hechos físicos no sociales, hechos sociales simples y hechos institucionales. Todos los hechos institucionales son hechos sociales y todos los hechos sociales tienen alguna base física, pero no al revés. Los hechos físicos son el género común a todos los hechos del mundo, los hechos sociales son una especie de tales hechos y los hechos institucionales son una clase de hechos sociales. Searle llama “*hechos brutos*” a los hechos físicos no mentales ni sociales. Pero, como todo hecho institucional tiene alguna

²⁵ Cfr. Searle, (n. 20), p. 45.

²⁶ Cfr. Searle, (n. 20), p. 58.

base física, aquélla a la que se asigna la función de *status* de que se trate (por ejemplo, el papel en el billete de 20 euros), “no hay hechos institucionales sin hechos brutos”.²⁷

De este planteamiento me interesa destacar lo siguiente: 1) Todo hecho social, incluso los más complejos, como los institucionales, requiere alguna base física. En la terminología que solemos usar los penalistas: no hay nada puramente normativo. 2) Todos los hechos institucionales tienen algo de normativo, puesto que presuponen reglas constitutivas que son las que les atribuyen su sentido específico. 3) Las normas jurídicas son hechos institucionales creados por los legisladores que a su vez operan como *reglas constitutivas* de otros hechos institucionales, como la asignación del *status* de delito a determinadas conductas, pero que pueden (y generalmente creemos que deben) operar también como *reglas regulativas* que tratan de influir empíricamente (y no sólo simbólicamente) en los comportamientos físicos y sociales de los ciudadanos. 4) Los seres humanos son el soporte físico y mental de los hechos sociales, incluidos los institucionales, cuya propia existencia se debe al acuerdo de seres humanos.

III

II. Función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho

La combinación de elementos físicos y normativos que caracteriza toda realidad social debe tenerse en cuenta en todo análisis jurídico, empezando por el de la función del Derecho. Si todo hecho institucional se construye por la asignación de una función, el sentido

²⁷ Cfr. Searle, (n. 20), p. 72. En la p. 132 expone un cuadro global de las relaciones jerárquicas entre los distintos tipos de hechos, que explica resumidamente en las páginas siguientes.

del Derecho dependerá en primer lugar de la función que le atribuyamos. Aquí partimos de que el Derecho es una construcción humana caracterizada por la función de regular la vida de los seres humanos. También el Derecho penal tiene tal función. Hay diferentes formas de concretar esta función, que en última instancia dependen de la orientación política del Estado. En un Estado social y democrático de Derecho como el que consagra la Constitución española y que, con uno u otro nombre y distintos matices de importancia, es predominante en los países occidentales, corresponde al Derecho penal una función de *prevención limitada* de delitos,²⁸ entendidos éstos como hechos dañosos para intereses directos o indirectos de los ciudadanos.

12. El Derecho penal democrático como sistema normativo al servicio de los ciudadanos y no sólo de su propio mantenimiento normativo

Esto presupone que asignamos al Derecho penal la función de *influir en la realidad existente más allá del propio Derecho penal y de sus normas*. Presupone que no entendemos el Derecho como un sistema normativo cuyo sentido se agota en el mantenimiento de sus propias normas, al estilo de Luhmann y Jakobs,²⁹ sino como un sistema al servicio de las necesidades de los seres humanos, como un sistema normativo al servicio de los sistemas biológicos representados por los individuos.³⁰

²⁸ Cfr. Mir Puig, *Derecho penal. Parte General* (7ª ed.), 2004, p. 103 a 105.

²⁹ Cfr., p. ej., Jakobs, (n. 5), p. 18, 25, 28. Aquí añade Jakobs la función de mantenimiento del sistema social general, concebido también como sistema constituido por normas y que depende del mantenimiento (simbólico) de estas normas (no de su eficacia empírica). Se trata de una fundamentación que, como todo funcionalismo, apunta al aspecto colectivo de orden social, a diferencia de la que se propone en el texto, basada en las necesidades de los seres humanos como individuos. Carece de todo referente material que proteja al individuo del poder y encierra, en cambio, una tendencia autoritaria a primar el valor de lo colectivo por encima del de los individuos. Señala esta tendencia Alcácer, (n. 5), p. 240, 245, 255.

³⁰ Aunque los sistemas sociales puedan distinguirse de los sistemas biológicos representados por los seres humanos, no hay que olvidar, sino enfatizar, que, como dice Maturana, “es constitutivo de los sistemas sociales que los componentes que los realizan sean sistemas

Siendo así, tampoco me parece suficiente reconocer esta conexión pero considerarla ajena al específico objeto de estudio de la teoría jurídica, limitando dicho objeto a los aspectos internos del sistema normativo jurídico.³¹

Basar la teoría jurídica en el reconocimiento de que el Derecho ha de servir al ciudadano me parece obligado para una *concepción democrática del Derecho*. Es evidente que ello supone renunciar a una teoría jurídico-penal válida para cualquier contexto político. No ha habido nunca ningún sistema jurídico-penal que no haya estado al servicio de algún sistema político. Merece la pena reducir el alcance de nuestro análisis al Derecho penal adecuado a nuestra actual cultura política, puesto que ello permite concretar los principios que han de inspirar su contenido. También permite evitar la impresión que puede dar una concepción apolítica, *estrictamente jurídica*, de que la legitimación del Derecho es independiente de su orientación concreta y procede de sí mismo.

13. Las normas jurídicas están condicionadas por valoraciones previas

Antes de desarrollar el planteamiento propuesto, quiero llamar la atención en qué papel juega en él lo “normativo”. Tal planteamiento no es, desde luego, meramente descriptivo, sino que implica un

vivientes”, que “un sistema social compuesto de seres humanos es un sistema social humano”, y que “un sistema social humano es definido como tal por la aceptación mutua de sus componentes en su condición de seres humanos”: cfr. Maturana, *La objetividad, Un argumento para obligar*, 1997, p. 87.

³¹ Sobre el carácter estrictamente positivista de la metodología jurídica de Luhmann y Jakobs, que excluyen de la dogmática jurídica valoraciones político-jurídicas no derivadas de la ley y, por tanto, también la cuestión de la legitimación del Derecho, críticamente, cfr. Alcácer, (n. 5) p. 251 ss. También Suárez/Cancio, *Estudio preliminar a Jakobs, La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid 1996, p. 78 ss., y Peñaranda/Suárez/Cancio, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, en *Jakobs, Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997, p. 26 ss.

conjunto de valoraciones que parten de una valoración fundamental (que el Derecho ha de servir a los seres humanos). Ello supone admitir que el sistema normativo jurídico ha de entenderse condicionado por consideraciones valorativas (y, por tanto, también normativas) que el legislador se encuentra y de las que no puede disponer. Estamos distinguiendo dos niveles de normatividad, una representada por valoraciones culturales no jurídicas, y otra por las normas jurídico-positivas. El primer nivel de normatividad limita las posibilidades normativas del segundo nivel. Si la reivindicación de lo normativo tuvo frente al ontologismo de Welzel el sentido de reclamar para el Derecho y la dogmática jurídica desvinculación de lo fáctico y en este sentido libertad de decisión en función de valoraciones, aquí defendemos una limitación de la libertad normativa del Derecho positivo exigiendo su subordinación a valoraciones culturales fundamentales (también normativas) que condicionen la legitimidad y alcance de las decisiones del legislador. Lo normativo jurídico ha de estar limitado por lo normativo cultural. Ahora bien, si nuestra cultura pone al ser humano en la base y en el centro de sus valoraciones, éstas otorgarán valor normativo fundamental a la realidad del ser humano. Lo normativo estará también condicionado por lo real.

14. Las necesidades de los seres humanos, origen y objetivo de las normas jurídicas

En un Estado democrático el sistema normativo del Derecho ha de estar, pues, al servicio de algo distinto a sí mismo como son los sistemas psíquico-físicos en que los seres humanos consisten.³² Como acabamos

³² Quiero dejar claro que no me refiero aquí al concepto de “persona” que utiliza Jakobs, (n. 5), p. 50 s. Mientras que, según Jakobs, el carácter de “persona” es atribuido y puede ser negado al individuo o a ciertos individuos por la sociedad, la realidad física del ser humano no depende del reconocimiento social, sino de su mera existencia. La relativización y debilitamiento de los derechos humanos que supone la concepción de Jakobs se ha hecho patente en su formulación del “Derecho penal del enemigo”, que supondría la

de indicar, este postulado es deóntico, de deber ser, y como tal no se deduce lógicamente del ser de los hombres. No es descriptivo, sino prescriptivo. No es ontológico, sino normativo. Sin embargo, la valoración que supone *parte de* las necesidades biológicas y psicológicas de los seres humanos como hechos reales no normativos, exige la incidencia en dicho sector de la realidad. Si los seres humanos no fuésemos como somos, si no tuviéramos las necesidades vitales, emocionales y afectivas que tenemos, si fuéramos insensibles al dolor y nos resultara indiferente vivir o morir, tendríamos otro orden de valores, o no tendríamos ninguno. Por otra parte, la realización del postulado normativo de que el Derecho penal proteja a los seres humanos requiere que el sistema jurídico tenga efectos fuera de sí mismo, que sea eficaz en la protección de intereses de la vida. Lo normativo ha de relacionarse con lo fáctico, no en una relación lógica, sino causal: nuestro ser real es causa de nuestros valores y en él han de desplegar su efecto nuestras normas.

Esto no significa que nuestra cultura sea la única posible habida cuenta de nuestra naturaleza, cosa evidentemente contradicha por la existencia de distintas culturas y diferentes momentos en las mismas, pero sí que las características de nuestra especie señalan un marco dentro del cual pueden manifestarse diferentes variedades culturales. Ocurre como en el lenguaje: todo ser humano tiene en principio capacidad para el lenguaje, aunque en cada lugar y tiempo esa capacidad se concrete en forma de diferentes lenguajes -que de todos modos tienen unas estructuras básicas comunes-. También sucede en la moral. Han existido y existen diferentes morales, pero todas ellas se basan en una capacidad

consideración del delincuente enemigo como “no-persona” y su tratamiento fuera de la lógica del Derecho y dentro de la de la guerra: cfr. Jakobs, *La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente* (Comentario), en Eser/Hassemer/Burkhardt, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, trad. Española de Teresa Manso, p. 60 s. Apenas es concebible mayor desprecio de la dignidad humana que merece todo individuo de nuestra especie que negarle su condición de persona.

del ser humano para sentir empatía por los demás, conciencia de actuar bien o mal, remordimiento por hacer lo que consideramos mal, sensibilidad ante el reproche social, etc.

15. Interacción de los sistemas normativos y los sistemas psico-físicos

Que el Derecho sea un sistema normativo no implica que sólo importen sus elementos normativos ni que su función se agote en su propia subsistencia. Es cierto que todo sistema tiene determinadas exigencias internas que condicionan su mantenimiento. Requiere un determinado grado de *organización* que impida su disolución y confusión con su ambiente. Pero, aunque ello suponga que los sistemas sean de algún modo *autopoyéticos*, no excluye la interacción de sistemas distintos. Al contrario, tal interacción suele ser necesaria para la *adaptación* de los sistemas al medio (todo sistema necesita, para su subsistencia, tanto de cierta resistencia al medio a través de su organización, como de determinado grado de adaptación al mismo).³³

Una de las formas posibles de interacción entre sistemas es la de subordinación de uno a otro. Del mismo modo que un elemento de un sistema es o no funcional respecto a la estructura del mismo, un sistema puede ser funcional o no respecto a otro u otros sistemas. Los sistemas relacionados pueden poseer naturalezas afines, como los distintos sistemas (el sanguíneo, el respiratorio, el linfático, el hormonal, etc.) que son parte de sistemas biológicos más complejos, pero también pueden tener una naturaleza completamente distinta. Este es el caso de dos sistemas que rigen nuestra vida cerebral: el sistema límbico, responsable de nuestras emociones, y el sistema racional, ubicado en el lóbulo prefrontal; aunque ambos tienen una base biológica neuronal, el sistema racional produce el pensamiento simbólico, que tiene una

³³ Cfr., p. ej., Maturana, (n. 30), p. 51.

lógica propia no reconducible a la biológica ni a la de las emociones. Por lo demás, los sistemas exteriores al ser humano (inorgánicos, biológicos o simbólicos) interactúan con nuestro organismo, tanto en sus sistemas biológicos como en su sistema racional. Nada impide que un sistema normativo esté al servicio de un sistema psico-físico como el hombre. De hecho, dentro del hombre el sistema racional es funcional para el mantenimiento del sistema biológico global. Incluso podríamos ver en esta relación entre estos dos sistemas humanos -el racional y el biológico- un paralelismo no fortuito entre la constante relación de lo normativo y lo fáctico en las sociedades humanas.

16. Los bienes jurídico-penales como concreción de intereses reales de los ciudadanos

Extraigamos algunas consecuencias. Si el Derecho penal ha de estar al servicio de los seres humanos, habrá de proteger intereses reales de éstos, ya sean directamente vinculados a su individualidad -como la vida, la integridad física, la libertad sexual, el patrimonio, etc.-, ya sean mediados por instituciones de las que dependen intereses individuales -como la Administración de Justicia u otras instituciones estatales-. Los bienes jurídico-penales han de verse como concreciones de estos intereses reales de los individuos, directos o indirectos, que merecen por su importancia fundamental la máxima protección que supone el Derecho penal. Así entendidos, han de constituir la referencia básica para determinar la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho.

17. El principio de proporcionalidad como ponderación de los intereses protegidos y afectados por la intervención penal

La grave intromisión en derechos fundamentales que representan las penas y las medidas de seguridad ha de estar sujeta al mismo principio

que debe legitimar cualquier afectación de derechos fundamentales por parte del Estado: el principio constitucional de proporcionalidad. Según éste, tales intervenciones estatales requieren tres condiciones: 1) Necesidad de la afectación; 2) Idoneidad de la misma para conseguir su objetivo; 3) Proporcionalidad en sentido estricto entre la lesión de derechos que supone la intervención estatal y el beneficio social que con ella se obtiene. En Derecho penal los bienes jurídico-penales son los puntos de referencia de estas exigencias del principio constitucional de proporcionalidad. La *necesidad* y la *idoneidad* de la intervención penal lo han de ser para la protección de bienes merecedores de tal protección, esto es, de intereses directa o indirectamente fundamentales para los ciudadanos. Y la comparación de costes y beneficios que requiere una *proporcionalidad en sentido estricto* debe efectuarse entre la gravedad de los derechos individuales afectados por la pena o medida y la importancia de los bienes jurídico-penales afectados por el delito. Por esta vía constitucional encuentra legitimación la función de prevención del Derecho penal, en la medida en que es la forma de proteger intereses fundamentales de los seres humanos, y al mismo tiempo se incluye el único aspecto admisible de la idea de retribución: la necesidad de que exista proporcionalidad entre la pena y el delito -con la ventaja, además, de que esta proporcionalidad puede extenderse también a las medidas de seguridad-. Se encuentra así la forma de proteger tanto a los ciudadanos de los delitos, como de proteger a los delincuentes (también ciudadanos) de una afectación excesiva de sus derechos por parte del Estado.

18. Bienes jurídico-penales como espacios de libertad, frente a normas jurídicas como limitación de la libertad

Situar los intereses de los ciudadanos en el centro de los objetivos del Derecho penal, concediendo a éste la función de prevención de ataques a bienes jurídico-penales como forma de protegerlos proporcionada

al sacrificio de derechos fundamentales del reo, es enfatizar la subordinación del poder punitivo del Estado al servicio de las personas. Los bienes jurídico-penales más indiscutibles han sido reconocidos como derechos humanos por las declaraciones internacionales, y estos derechos humanos representan intereses del individuo frente al Estado. Por el contrario, prescindir de esta referencia individual y poner en su lugar las normas jurídicas, como objeto central de protección del Derecho penal, subraya la sujeción de los individuos al poder estatal. Las normas jurídicas son manifestación del poder y limitan la libertad de sus destinatarios. Erigirlas en el objeto último de protección por parte del Derecho penal supone considerarlas valiosas en sí mismas, esto es, supone considerar valiosa por sí misma la restricción de la libertad que implican. Ello no puede aceptarse desde una perspectiva democrática. Las normas jurídicas no son un fin en sí mismo, sino un mal necesario al que sólo es lícito acudir cuando no hay otro remedio, cuando la restricción de la libertad es necesaria, idónea y proporcionada para el mantenimiento de intereses fundamentales de los individuos. Las normas jurídicas no son un bien en sí mismas que sirva para justificar la intervención penal, sino, al contrario, un mal necesitado de justificación.³⁴

³⁴ Ver Mir Puig, *Valoraciones, normas y antijuridicidad penal*, en Díez Ripollés y otros (coord.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro-Homenaje a Cerezo Mir*, 2002, p. 78, y en la versión *on line* corregida en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>, p. 6 s., donde señalo que las normas apuntan a *deberes*, mientras que los bienes jurídicos apuntan al aspecto de los *derechos*. Las declaraciones internacionales de derechos, como las de las constituciones, tienen una finalidad limitadora del poder que no transmitirían declaraciones de deberes. Entender el delito como infracción de una norma es entenderlo como *infracción de un deber*, que fue la esencia que en la época nacionalsocialista se reclamó para el delito en sustitución de la concepción de éste como *lesión de un bien jurídico*. En esta contraposición, la infracción de un deber (que es en lo que consiste la infracción de una norma) se presenta frente a la lesión de un bien jurídico como la opción autoritaria frente a la opción liberal. Pero para que ello sea correcto, hay que vincular los bienes jurídicos a intereses de los ciudadanos, ya sea como bienes individuales o como bienes colectivos cuyo sentido último sea también servir al ciudadano.

IV

19. Lo normativo y lo fáctico en la teoría del delito

La relación entre lo normativo y lo fáctico ha de tener consecuencias no sólo en la determinación de la función del Derecho penal, sino también en todos los elementos del delito. La función de prevención (que en sí misma exige eficacia empírica en la evitación de daños reales) ha de estar limitada por los principios que garantizan el respeto que hoy consideramos debido al individuo en atención a su realidad psicofísica: a su capacidad para sentir dolor, a su necesidad de seguridad, a su sentido de justicia y responsabilidad, a su necesidad de integración social. Son rasgos como éstos, propios de nuestra naturaleza humana aunque mediados por la cultura, el fundamento último (repito: no lógico, sino genético) de los principios que están en la base de la teoría del delito: el principio de legalidad, el principio de lesividad, el principio de culpabilidad en sentido amplio, el principio de necesidad de pena. Por otra parte, la realización de estos principios exige en el hecho punible elementos fácticos y elementos normativos. Mi tesis es que ello ocurre con carácter general a lo largo de toda la teoría del delito. Ésta no es descripción de realidades naturalísticas ni se deriva de estructuras ontológicas, pero tampoco es pura creación normativa, sino que es un conjunto de exigencias derivadas de principios normativos cuya realización requiere tener en cuenta las posibilidades que ofrece la realidad.

20. En el comportamiento humano

Empecemos por el primero de los elementos que suele mencionarse al definir delito: la acción. El concepto de acción tiene el alcance que tiene la palabra “acción”. Aun restringiendo el análisis a la “acción humana”, encontraremos que alcanza no sólo a acciones finales, sino

también a acciones involuntarias. La misma posibilidad lingüística de esta expresión “acción involuntaria” demuestra que puede ser usada sin violentar el sentido de estas palabras. Podemos decir perfectamente, sin incurrir en ninguna incorrección, que *hemos hecho* algo *sin querer*. De ello se sigue que llamamos acciones humanas no sólo a las acciones que una persona realiza voluntariamente, finalmente, sino también las que realiza involuntariamente. Por otra parte, también podemos incluir en lo que *hacemos* comportamientos meramente mentales: pensar es algo que también hacemos; también soñar, dormidos o despiertos. Ni el carácter voluntario o final, ni el carácter externo, son notas necesarias de toda acción humana, esto es, de todo lo que podemos llamar con las palabras “acción humana”. Otra cosa es que, en la terminología jurídico-penal podamos *convenir* en restringir la expresión “acción humana” -u otras parecidas, como “comportamiento humano” o “conducta humana”- a acciones voluntarias o finales externas. Pero ello no puede considerarse obligado por una pretendida esencia preexistente de la acción humana, sino que debe justificarse por alguna razón de conveniencia (normativa).

Desde mi punto de vista, la conveniencia de usar los términos “acción”, “comportamiento” o “conducta” en la teoría del delito en el sentido restrictivo indicado, procede de la opción político-criminal básica en favor de un Derecho penal que se dirige al ciudadano mediante normas que le prohíben comportamientos que desean evitarse y que respeta el principio de culpabilidad en sentido amplio.

Si las normas prohibitivas han de conseguir del ciudadano que evite las conductas delictivas, éstas han de poder ser evitadas voluntariamente por el ciudadano. Sería inútil tratar de impedir hechos mediante la motivación normativa si tales hechos no son controlables por la voluntad. Por otra parte, el principio de culpabilidad en sentido amplio impide imputar a alguien algo que no ha podido controlar. La

exigencia de una acción voluntaria se deriva, pues, tanto de la inutilidad de prohibir hechos involuntarios como del principio de culpabilidad.

De la argumentación que acabamos de efectuar se desprende que el primero de los elementos de la definición clásica de delito, el comportamiento humano voluntario, no es la única forma posible de acción de una persona, sino una exigencia derivada de principios político-criminales actualmente compartidos: no se deriva de una consideración *ontológica* de la estructura lógico-objetiva de la acción, sino de principios *normativos*. Lo mismo puede decirse del resto de elementos de la teoría del delito. Sin embargo, el ejemplo de la acción humana pone de manifiesto que también hay que tener en cuenta los condicionamientos de la realidad. Que sólo se puedan prohibir comportamientos voluntarios tiene que ver con la función de prevención de conductas mediante normas dirigidas al ciudadano y con el principio de culpabilidad, pero es también una consecuencia del *hecho* de que el destinatario de una norma sólo puede cumplirla o infringirla mediante algún acto de voluntad y de que, por tanto, una norma que trate de evitar (prevenir) un hecho influyendo en sus destinatarios, sólo puede conseguirlo determinando la voluntad de los mismos. En otras palabras: el fin de prevención a través de normas dirigidas a los ciudadanos es una opción político-criminal que supone una decisión normativa, pero la consecución de tal fin requiere la utilización del único mecanismo que lo hace posible, el de motivación dirigida a la voluntad. Si se trata de influir en la realidad hay que utilizar los cauces que permiten tal influencia. Ésta es la parte de verdad del enfoque welzeliano.

21. Consecuencias para la responsabilidad de las personas jurídicas

Veamos qué consecuencias puede tener lo anterior respecto a la cuestión actual de si las personas jurídicas pueden delinquir y responder

penalmente. El hecho de que bastantes legislaciones actuales admitan esta posibilidad puede verse como un apartamiento de la tesis finalista según la cual sólo una acción final puede constituir un delito, puesto que es evidente que las personas jurídicas a quienes se imputa la comisión de delitos no pueden realizar ninguna acción final: ésta presupone conciencia de un fin y voluntad de interponer los medios para conseguirlo, y las personas jurídicas no tienen ni conciencia ni voluntad. Si, pese a ello, numerosos Derechos admiten que las personas jurídicas pueden realizar hechos delictivos, es que están entendiendo que estos hechos no requieren necesariamente acciones finales humanas. Y del mismo modo que el Derecho privado reconoce capacidad de “acción” a la persona jurídica, también tales Derechos le reconocen la capacidad de realizar las acciones u omisiones típicas.

He aquí otro sentido posible de la palabra “acción” que vuelve a contradecir la opinión de que sólo la acción final es acción, si admitimos que es acción todo aquello que cabe en el uso de la palabra acción. Sin embargo, ello no basta para considerar conveniente el criterio de las legislaciones que extienden el alcance de las conductas típicas a las actuaciones de las personas jurídicas. Que esta ampliación sea lingüísticamente posible no significa que resulte recomendable. Por el contrario, creo que a ella se opone el sentido garantista de los principios que están en la base de la teoría del delito. Aunque consideremos acciones típicas determinadas actuaciones de las personas jurídicas, los mensajes prohibitivos de las normas penales no podrán recibirse por las propias personas jurídicas, faltas de inteligencia propia, sino sólo por las personas físicas que forman la “voluntad” social y actúan para realizarla.

El *principio de culpabilidad*, que impide imputar a alguien algo que no ha hecho o no ha decidido personalmente en ciertas condiciones de capacidad mental, impide entonces imputar a la persona jurídica

las conductas de otras personas, las personas físicas que han actuado, porque ello supondría vulnerar el *carácter personal* de la responsabilidad penal. El principio de culpabilidad también se opone a la posibilidad de imputar penalmente los hechos de las empresas al conjunto de la organización, puesto que ello supondría una forma de *responsabilidad colectiva*. Estos títulos de responsabilidad -por el hecho de otro al que se representa o por una actuación colectiva- se admiten en otros ámbitos: la responsabilidad del representante se reconoce por el Derecho privado o incluso por el Derecho administrativo sancionador, y la sociedad suele imputar responsabilidades a colectivos nacionales, étnicos, deportivos, etc. Ello puede aceptarse en la medida en que las consecuencias de tal responsabilidad no posean la gravedad simbólica que distingue a la pena criminal. Ésta expresa en términos comunicativos un reproche ético-social cuya gravedad única explica la necesidad de los presupuestos de la teoría del delito. Las necesidades preventivas que plantea la utilización de formas societarias pueden satisfacerse, sin tener que sacrificar aspectos centrales del principio de culpabilidad, previendo medidas específicas para personas jurídicas que, como las medidas de seguridad, estén desprovistas del significado de reproche ético-social de la pena. En este sentido son perfectamente aceptables las “consecuencias accesorias” que permite imponer el actual Código penal español cuando el delito se cometa utilizando personas jurídicas.³⁵

Como hemos señalado, el anterior planteamiento no es pura deducción de una consideración ontológica de la acción, sino de exigencias normativas vinculadas particularmente al principio de culpabilidad como presupuesto que limita la imposición de una pena en cuanto expresa un grave reproche ético-social. Sin embargo, hay que añadir

³⁵ Otra cosa es que esta regulación española no deba mejorarse. Sobre esta problemática cfr. Mir Puig, *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en RECP 06 (2004), en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>

que, si la imposición de verdaderas penas infringe entonces el principio de culpabilidad, es por una razón empírica, no normativa: la de que la persona jurídica no puede actuar ni querer por sí misma. La cuestión de la responsabilidad de las personas jurídicas depende, pues, tanto de principios normativos como de la realidad.

22. Daño, peligro e imputación objetiva

El delito ha de ser un hecho dañoso o peligroso para un bien jurídico, que es lo que quiere evitarse a través de la prevención y exige el principio de lesividad. Cuando el bien jurídico tiene un substrato material (como la vida de una persona) su lesión se produce en el mundo fáctico (elemento fáctico), aunque tanto el concepto de bien como el de daño presuponen una valoración negativa de la realidad (elemento normativo) que en tal caso implican. En los delitos de comisión activa, para que la lesión del bien jurídico pueda imputarse objetivamente a una persona (base objetiva de la posibilidad de culparle del mismo, como exige el principio de culpabilidad en sentido amplio), ha de haber sido *causada* por una conducta de la misma (elemento fáctico) que se encuentre en una determinada relación de *riesgo* con el resultado lesivo (el riesgo tiene una base fáctica, pero se calcula con arreglo al criterio normativo de un hombre prudente puesto en la situación del autor; el grado de riesgo necesario para no ser permitido es también normativo; asimismo, la determinación de si el riesgo se ha realizado en el resultado depende de una base fáctica y exige una apreciación normativa).³⁶ En los delitos de comisión por omisión también es preciso

³⁶ Como es sabido, el reconocimiento de que no es suficiente la causalidad real para la imputación objetiva del resultado típico fue uno de los primeros motivos que llevaron a Gimbernat y a Roxin a proclamar la insuficiencia de lo ontológico y la necesidad de un punto de vista normativo incluso en la base objetiva de la teoría del delito. Sobre esto ver Mir Puig, *Significado y alcance de la teoría de la imputación objetiva*, en <http://criminet.ugr.es/recpcp/05>

el resultado lesivo, en lugar de su causación positiva por el autor es necesaria la posibilidad fáctica de que éste lo evitase, y la imputación objetiva requiere la posición de garante, que tiene una base fáctica (a mi juicio, la de haber contribuido previamente a causar la situación de peligro) y supone una valoración normativa.

23. Lo fáctico y lo normativo en los bienes institucionales

Aunque el substrato del bien jurídico no sea básicamente naturalístico, como el honor o el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, también consistirá en alguna realidad inmaterial (como el sentimiento subjetivo de autoestima y la consideración social en el honor, o una determinada forma de desempeño de la Administración de Justicia). Aparte de que tales realidades están conectadas de algún modo con hechos materiales, también en sí mismas, en cuanto realidades sociales, pueden verse como hechos: en la terminología de Searle, como *hechos institucionales*. El Derecho influye tanto en hechos brutos como en hechos institucionales (aunque el Derecho sea también un hecho institucional). También cuando protege hechos institucionales éstos se presentan como realidades previas a la normación jurídica: son tan poco *disponibles normativamente* por el Derecho como los hechos naturalísticos. En este sentido, pueden contraponerse como elementos fácticos a los criterios normativos del Derecho positivo. Por lo demás, en cuanto contruidos por los seres humanos, los hechos sociales responden también, en última instancia, a las necesidades y deseos propios de nuestra naturaleza. Nuestras culturas proceden de nuestra naturaleza -aunque analíticamente puedan y deban distinguirse ambos sistemas-.

24. El tipo objetivo como selección normativa de una realidad prejurídica

El tipo objetivo del delito sólo es, pues, de forma limitada una creación normativa del Derecho, porque selecciona un sector de realidad,

naturalística o social, previamente existente. La selección de tal realidad es un acto de disposición normativa jurídica, que da a dicha realidad un sentido valorativo específico. Pero la realidad seleccionada (matar a otro, no socorrerle, falsificar un documento, sustraer una cosa ajena, dictar una sentencia injusta) no es creada por el legislador, sino que le viene dada, con su significado natural y social propio. Y el criterio fundamental que ha de guiar la selección de conductas típicas ha de ser su capacidad para lesionar intereses reales directos o indirectos de los ciudadanos, intereses previos a las normas jurídico-penales, hechos también de una amalgama de base natural y concreción cultural de la que debe partir el Derecho penal.

Éste es el sentido del *principio de lesividad*, que considera insuficiente para el delito la infracción formal de una norma jurídico-penal y exige que el tipo penal sea la descripción de una lesión o una puesta en peligro de bienes que por su importancia social previa al Derecho penal, merezcan la protección de éste. Ningún significado limitador tendrían en cambio, los principios de lesividad y de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, si éstos se entendieran en sentido puramente formal, como mera *ratio legis* que no exigiera la protección de alguna realidad valiosa para el ciudadano previa a la ley penal.³⁷

25. Dolo típico y protección de bienes jurídico-penales

También la exigencia de dolo típico en los delitos dolosos ha de relacionarse con la protección de bienes jurídico-penales, además de derivarse del principio de culpabilidad. En la doctrina alemana y en la española se ha impuesto la tesis finalista de que el dolo ha de condicionar ya el tipo de injusto. Sin embargo, ello no puede considerarse una pura

³⁷ En contra de un entendimiento formalista del bien jurídico Mir Puig, (n. 28), p. 129 s., 168 s., y el mismo, (n. 7) p. 112 ss.

consecuencia de la estructura ontológica de la acción humana, como pretendía Welzel. Me remito a lo que dije más arriba acerca de la variedad de sentidos de las expresiones “acción humana”, “comportamiento humano” o “conducta humana”. Si estas expresiones ni siquiera requieren una mínima voluntariedad, desde luego abarcan tanto a hechos dolosos como a hechos imprudentes. Nadie ha negado la existencia de una acción humana en los delitos imprudentes, y el propio Welzel admitió la presencia de acción (final) tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes. Siendo así, si en ambas clases de delitos hay una acción final, la necesidad de dolo en los delitos dolosos no puede proceder de que la acción deba ser final. Lo único cierto es que el sentido de un hecho doloso es distinto al de un hecho imprudente y que, por tanto, la distinta estructura fáctica de uno y otro hecho determina una diferencia que consideramos valorativamente relevante. Queda por explicar por qué. A mi juicio, el hecho doloso supone una *oposición al bien jurídico más intensa e imputable al sujeto*, lo cual, en parte, explica su mayor gravedad desde el punto de vista de los principios de protección de bienes jurídico-penales y de culpabilidad.

El significado social de un comportamiento humano dañoso depende de si el daño que produce ha sido querido o no por su autor. La voluntariedad del comportamiento dañoso añade al mismo un sentido de oposición subjetiva al bien dañado. Esta oposición subjetiva del hecho influye decisivamente en su *significado simbólico* de hecho negador del bien lesionado. Un empujón involuntario al salir de un transporte público nos molesta mucho menos que un empujón intencional, porque simbólicamente sólo éste último expresa un enfrentamiento a nuestra persona, en forma de agresión abiertamente negadora de nuestro derecho a la indemnidad física. Este significado simbólico relaciona el dolo con el ataque al bien jurídico protegido por la norma penal.

En el dolo directo de primer grado este significado de negación del bien jurídico pasa a primer plano. Ello puede contribuir a explicar que cuando concurre esta clase de dolo no sea necesaria tanta peligrosidad objetiva en la conducta como si concurre dolo directo de segundo grado o, incluso, dolo eventual. Cuando la intención de lesionar un concreto bien jurídico típico se manifiesta inequívocamente en una conducta que no tiene ninguna utilidad social que permita verla como un riesgo permitido (como p. ej., disparar a alguien con intención de matarle), será suficiente, para la imputación típica, un pequeño riesgo que tal vez no sería bastante sin aquella intención (como el riesgo mínimo que supone disparar a alguien que se encuentra a gran distancia por parte de quien no tiene puntería). Aquí la intención confiere a la conducta un único sentido, objetivamente visible, de ataque negador del bien jurídico no adecuado socialmente ni justificado.³⁸

Por otra parte, el dolo directo de primer grado aporta *ex ante* un factor de riesgo que influye en la propia *peligrosidad objetiva del hecho*. Quien trata de causar una lesión configura su actuación externa de modo que pueda causarla. Quien quiere matar a una persona con una pistola dirige el arma hacia la misma, apunta y dispara cuando le parece que puede alcanzar a su víctima, y si falla el primer disparo o éste no es suficiente, volverá a disparar las veces que considere necesarias y de la mejor forma que pueda para causar la muerte. Por el contrario, quien sólo quiere asustar a otro disparándole, no apuntará a su cuerpo, sino a otro lugar, para que la bala no le alcance. La distinta intención, de matar o asustar, llevará al sujeto a orientar de forma diferente su conducta.

Ello ocurre en todos los ámbitos de nuestra actuación y es lo que determina que generalmente consigamos hacer lo que queremos hacer.

³⁸ Cfr. Mir Puig, (n. 28), p. 255 s.

Si queremos sentarnos, haremos los movimientos necesarios para conseguirlo, si queremos poner en marcha nuestro automóvil haremos lo apropiado para ello. Es mucho más raro que acabemos haciendo lo que no queremos. Es cierto que cuanto más difícil sea realizar una conducta o producir un resultado separado de ella, menos seguridad tendremos de conseguir lo que intentamos. Pero en principio será aún más difícil conseguirlo si no lo intentamos, y más todavía si intentamos precisamente lo contrario. En mis clases me gusta poner dos ejemplos futbolísticos. ¿No nos parecerá más fácil *ex ante* que falle un penalty el jugador que sabemos que ha sido comprado para fallarlo que el que tratará de meterlo? ¿A cuál de los dos jugadores elegiríamos para chutarlo si quisiéramos conseguir el gol? ¿Qué posibilidades vemos *a priori* de que pare un penalty el portero que ha sido comprado por el equipo contrario para que no lo pare y está dispuesto a cumplir lo pactado?

Por supuesto, esto sólo vale *ex ante*, cuando el sujeto que tiene intención de conseguir algo todavía no ha empezado su intento o mientras todavía puede influir en el mismo. Una vez que el sujeto pierde ya el control de su hecho, su intención deja de poder modificar su peligrosidad objetiva. Aunque la intención del defensa de un equipo de fútbol sea desviar el balón que procede de un contrario para evitar un gol, toca mal el balón y éste acaba entrando en su propia portería, la intención del jugador no habrá podido impedir la trayectoria final de la pelota. La intención del defensa no hacía previsible *ex ante* el resultado final, pero desde el momento en que ha golpeado mal a la pelota, el curso de ésta ya no depende de la intención. Por lo demás, que la intención sea por sí misma un factor de riesgo *ex ante*, no significa que sea el único factor que influye en la peligrosidad de la conducta, sino que, comparando dos casos en los que *a priori* todos los demás factores sean iguales salvo que en uno la intención del sujeto es conseguir un resultado y en otro su intención es evitarlo, *ex ante* será más probable que produzca el resultado en el primer caso.

También el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual guardan relación con la peligrosidad objetiva del hecho. Ello es evidente en el dolo directo de segundo grado, que, por definición, exige conciencia de que el hecho típico se producirá con práctica seguridad. Pero también el dolo eventual se ve cada vez más en función de un peligro concreto relevante. No basta para esta clase de dolo que el sujeto acepte cualquier posibilidad hipotética y lejana de que se produzca el hecho típico, sino que el sujeto ha de ser consciente de que existe un peligro lo suficientemente relevante como para “tomarlo en serio”, para “contar con él” y no descartarlo, para no poder confiar plenamente en que no se va a realizar.³⁹ De ahí la tendencia actual a buscar una base objetiva para el dolo eventual. Podríamos decir que el peligro típico del hecho doloso eventual ha de ser mayor que el peligro captado por el sujeto en la imprudencia consciente.

La relación indicada entre dolo y peligro para el bien jurídico justifica la inclusión del dolo entre los elementos del tipo de injusto -entendido éste como ataque a un bien jurídico-. Ahora bien, que la pena del delito imprudente no pueda ser tan grave como la del delito doloso también es una exigencia del *principio de culpabilidad*. Ello explica el tratamiento del error de tipo vencible, pese a que objetivamente (para un espectador objetivo) pueda existir el mismo peligro que existiría en caso de no darse el error en el sujeto: dicho peligro, que sería suficiente para el tipo objetivo del delito doloso, no puede imputarse subjetivamente a título de dolo.

26. Lo fáctico y lo normativo en las causas de justificación

También las causas de justificación deben explicarse como forma de proteger bienes jurídicos prevalentes según el principio constitucional de proporcionalidad. Vuelve a plantearse aquí la necesaria mezcla de

³⁹ Cfr. Mir Puig, (n. 28), p. 268 s.

elementos normativos y fácticos que supone la protección y el ataque de bienes jurídicos. Quiero destacar ahora el aspecto fáctico específico que también debe concurrir en las causas de justificación.

Las causas de justificación no suponen solamente una *valoración* distinta del hecho típico, sino que requieren una *situación fáctica* -integrada de elementos descriptivos y normativos- que explica aquella distinta valoración. Cada causa de justificación tiene un *tipo de hecho*, un supuesto de hecho típico de la misma. En todas las causas de justificación debe darse una situación fáctica en que entren en colisión por lo menos dos bienes jurídicos, de modo que sea necesario lesionar a alguno de ellos para salvar a otro. Con frecuencia parece suponerse que la diferencia que hay entre un hecho típico no justificado y otro típico justificado no es fáctica, sino puramente valorativa: se trataría de un mismo hecho (el hecho típico) valorado de otro modo por su distinto significado normativo. Ello conduciría a la tesis de Welzel de que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación no podría verse como error sobre el hecho, sino sólo como error sobre su permisión (error de prohibición indirecto). Pero este planteamiento no tiene sentido, porque no explica por qué, si el hecho no justificado y el justificado son iguales en cuanto hechos, han de ser valorados de forma distinta. Si ambos son el mismo hecho, deberían valorarse igual. Si se valoran de forma diferente es por que no son iguales: el hecho justificado tiene que tener algo distinto en sí mismo que explique su justificación. Así es: en la legítima defensa, el hecho de disparar contra quien quería hacerlo primero, para impedirlo, es un hecho distinto fácticamente al de disparar contra un inocente que no ataca a nadie. Ambas son dos situaciones de hecho diferentes.

Ello hace posible ver el error sobre los presupuestos típicos de una causa de justificación como un error de hecho (no de Derecho) que afecta al tipo de una causa de justificación y que es razonable tratar

(como hace la doctrina dominante en Alemania pero sin una fundamentación dogmática como ésta) como el error que afecta al tipo del delito. Pero aquí lo que me interesa resaltar es que la razón de la justificación de un hecho ha de hallarse también en el propio hecho, que aunque resulte lesivo para un bien jurídico, es un *mal menor* que el que se produciría sin tal hecho y, por tanto, supone una *disminución del daño final* para el conjunto de los bienes jurídicos implicados. Se encuentra así una razón material para la justificación que evita caer en el formalismo de una fundamentación puramente normativa que se limite a indicar que un hecho está justificado cuando está permitido por una norma jurídica. Y se confirma que toda diferencia de valoración por parte de una norma ha de basarse en alguna diferencia en el hecho⁴⁰ valorado⁴¹.

27. Lo fáctico y lo normativo en la imputación personal (culpabilidad)

La imputación personal del hecho antijurídico (lo que suele incluirse bajo la categoría de “culpabilidad”) depende, desde luego, de criterios normativos, pero exige la concurrencia de determinados elementos empíricos en el sujeto y/o en la situación en que actúa. *La posibilidad de ser motivado de algún modo por la norma* es un presupuesto sin el cual no se puede hablar de posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad ni de un mínimo de imputabilidad. Los niños muy pequeños no pueden ser motivados por normas jurídicas por falta de desarrollo mental. Los extranjeros que acaban de llegar al país desconociendo el idioma pueden encontrarse en una situación en que no les sea posible conocer alguna norma jurídica. La incapacidad física o la imposibilidad situacional de acceder a la norma hace que ésta no

⁴⁰ Como ya he indicado, entiendo el hecho no en un sentido naturalístico de “hecho bruto”, sino en su sentido social.

⁴¹ Como estableció Hare, todo juicio de valor se basa, en parte, en alguna característica empírica del objeto valorado: cfr. Hare, *The language of morals*, 1961, p. 111 ss., 148 s., 175 ss.

pueda influir en el comportamiento ni, por tanto, desplegar la función reguladora que la justifica; sin ella, carece de sentido dirigir al sujeto la prohibición de la norma; tampoco el sujeto puede *desobedecer* una norma que no puede conocer. Si la norma se concibe con la función de regular comportamientos, sólo tiene sentido frente a quien puede recibirla y ser influido por ella a la hora de decidir su conducta.⁴² De nuevo hay que decir que, si la norma ha de perseguir algo más que su sola vigencia simbólica, si ha de tener alguna eficacia empírica, ésta presupone que concurren elementos empíricos en sus destinatarios y en la situación en que actúan.

Por otra parte, la imputación personal requiere no sólo alguna posibilidad de acceso a la norma, sino también que dicho acceso se produzca en determinadas condiciones de normalidad, lo que no ocurre cuando el sujeto es un niño (aunque no sea tan pequeño como para ser completamente incapaz de conocer normas jurídicas), padece una oligofrenia grave (aunque no sea de las más profundas), o actúa bajo el efecto de una enfermedad mental plena o de un trastorno mental pleno que no le impide saber que su hecho está prohibido. Basta en estos casos el hecho de que la estructura del proceso de motivación del sujeto no es la propia de un sujeto adulto normal, sea por un déficit de inteligencia o madurez, sea por perturbaciones importantes en las leyes de su pensamiento o de su capacidad de control de la conducta. También aquí se trata de hechos empíricos. Sin embargo, sólo resultan suficientes para negar la imputación personal en cuanto sean *valorados* como tales. Si no impiden por completo alguna posibilidad de acceso a la norma ni por tanto alguna posibilidad de eficacia motivadora de ésta (de hecho la inmensa mayoría de los

⁴² Cfr. Mir Puig, (n. 34), en <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-02.pdf>, p. 15 ss., y en *Libro-Homenaje a Cerezo Mir*, 2002, p. 86 ss.. Hay versión alemana: *Wertungen, Normen und Strafrechtswidrigkeit*, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2003, p. 873 ss.

menores, de los oligofrénicos y de los enfermos mentales cumplen las normas jurídicas), hace falta alguna razón normativa que fundamente renunciar, pese a ello, a hacerles penalmente responsables. Desde mi punto de vista, la razón última de ello ha de buscarse en el *principio de igualdad* que proclama nuestra Constitución. Según este principio no sólo hay que tratar de forma igual los casos iguales, sino también tratar de forma desigual los casos desiguales. Pues bien, es evidente que los indicados déficits y perturbaciones mentales *dificultan* de forma muy importante sus posibilidades de atender debidamente al cumplimiento de la norma, por lo que en este aspecto ponen al sujeto en una situación de *inferioridad* respecto a las personas adultas normales. No sería justo desconocer esta diferencia y tratarles igual que al ciudadano que no la sufre.⁴³

Tampoco la “culpabilidad” depende, pues, solamente de la “naturaleza de la cosa”, como entendía Welzel al pensar que se deducía de la “capacidad de autodeterminación con arreglo a sentido” o “poder-actuar-de otro-modo”. Depende de valoraciones y decisiones normativas. Pero tampoco es una construcción puramente normativa, sino condicionada por datos fácticos como la incapacidad de acceso a la norma o una diferente estructuración del proceso de motivación.

V

28. Conclusiones finales

Resumiré algunas conclusiones:

I) Toda realidad, incluida la realidad social, tiene algún componente natural. Los hechos físicos (o brutos) son el género común a todos los hechos del mundo, los hechos sociales son una especie de hechos físicos.

⁴³ Cfr. Mir Puig, (n. 28), p. 536 ss.

Una clase de hechos sociales son los hechos institucionales, definidos por lo normativo. Los hechos institucionales se construyen por los seres humanos, organismos biológicos inteligentes que forman parte de la realidad natural, asignando colectivamente y normativamente funciones a los hechos brutos para que incidan en la realidad natural y social. Lo natural y lo normativo interactúan recíprocamente.

2) El Derecho es una construcción social cuya función asignada es la de regular la vida de los seres humanos. Desde una perspectiva democrática la función del Derecho penal ha de ser proteger intereses reales de los ciudadanos y no sólo normas jurídicas. Los bienes jurídico-penales han de ser entendidos como concreción de aquellos intereses, ya sean individuales, como los derechos humanos básicos, ya sean colectivos o mediados por instituciones. En términos sistémicos, ello supone poner el sistema normativo del Derecho penal al servicio de algo distinto a sí mismo, al servicio de los sistemas pisco-físicos en que consisten los seres humanos y de las instituciones que respondan a sus necesidades.

3) El delito tampoco es *sólo* una construcción jurídico-normativa, sino un hecho del mundo empírico físico y social al que el Derecho asigna un significado valorativo específico. Hay en el delito una mezcla de componentes fácticas (brutas e institucionales) y de valoraciones jurídicas normativas. Esta combinación de lo fáctico y lo normativo se da en todos los elementos del delito: en el tipo objetivo y en el subjetivo, en la ausencia de causas de justificación y en los presupuestos de la imputación personal. Dos son los presupuestos básicos que importan al respecto: Un hecho efectivamente dañoso y/o peligroso para bienes jurídico-penales no necesario para salvaguardar otro u otros bienes jurídicos (exigido por el principio de lesividad), y las condiciones situacionales y mentales que permiten la imputación de dicho hecho a una persona (exigidas por el principio de culpabilidad).

4) En la construcción teórica del Derecho penal no importa sólo lo normativo jurídico-positivo, sino también valoraciones culturales metajurídicas, y no sólo la perspectiva normativa, sino también la fáctica. Aunque -como señalaron los neokantianos- toda teoría del Derecho penal está referida a valores y supone también tomas de posición normativas, debe encontrar una base objetiva en la realidad empírica y social que, por una parte, facilite la discusión intersubjetiva de su valoración y, por otra parte, abra las puertas a una adecuada incidencia del Derecho penal en la realidad. Nos aproximaremos así mejor a los dos viejos ideales de von Liszt: dotar de objetividad científica a la dogmática jurídico-penal y poner el Derecho penal al servicio de la vida -sabiendo ahora, sin embargo, que la objetividad de la ciencia jurídica es sólo relativa y que la vida que importa al Derecho es en parte dada al hombre y en parte construida (colectivamente) por él-.

Bibliografía

- Alcácer, Guirao. *Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal*. En: Actualidad Penal, 2001.
- Cardenal Montraveta. *El tipo penal en Beíng y los neokantianos*. 2002.
- Estévez Araujo. *La crisis del Estado de Derecho liberal: Schmitt en Weimar*. 1989.
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Trad. de Jiménez Redondo, 2ª ed. 2000.
- Hare. *The language of morals*. 1961.
- Jakobs, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 1ª ed., 1983.
- Jakobs, Günther. *Derecho penal, Parte general*, 1995, traducción española de CUELLO/SERRANO.
- Jakobs, Günther. *Sociedad, norma y persona en un Derecho Penal funcional*. Traducción de Cancio Meliá y Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas, 1996.
- Jakobs, Günther. *La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente* (Comentario). En: ESER/HASSEMER/BURKHARDT, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. 2004, trad. Española de Teresa Manso.
- Küpper, Georg. *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*. 1990.
- Maturana. *La objetividad, Un argumento para obligar*. 1997.
- Maurach, Reinhart. *Tratado de Derecho penal*. Traducción y notas de Córdoba Roda, 1962.
- Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del Derecho penal*. 2ª ed., Montevideo-Buenos Aires, 2002.
- Mir Puig, Santiago. *Valoraciones, normas y antijuridicidad penal*. En:

- Díez Ripollés y otros (coord.) *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje a Cerezo Mir*, 2002.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal. Parte General* (7ª ed.). 2004.
- Mir Puig, Santiago. *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. en RECP 06 (2004), en: <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-01.pdf>
- Mir Puig, Santiago. *Significado y alcance de la teoría de la imputación objetiva*. en <http://criminet.ugr.es/recpcp/05>
- Peñaranda/Suárez/Cancio, Manuel. *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, en *Jakobs. Estudios de Derecho penal*. Madrid 1997.
- Roxin, Claus. *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*. 1959.
- Peter L. Berger. y Thomas Luckmann. *La construcción social de la realidad*, 4ª ed. 1976.
- Roxin, Claus. *Zur Kritik der finale Handlungslehre*. ZStW 74 (1962).
- Roxin, Claus. *Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts*. En: *Gedächtnisschrift für G. Radbruch*, 1968.
- Roxin, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*. Trad. de Muñoz Conde, 1972.
- Roxin, Claus. *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. 1973.
- Roxin, Claus. *Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik*. En: *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*. 2003.
- Searle. *La construcción de la realidad social*. Presentación y traducción de A. Domènech, 1997.
- Schünemann, Bernd. *Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft*. En: *Festschrift für Claus Roxin*, 2001.
- Suárez/Cancio, Manuel. *Estudio preliminar a Jakobs, La imputación objetiva en Derecho penal*. Madrid 1996.
- Welzel, Hans. *Strafrecht und Philosophie*.
- Welzel, Hans. *Introducción a la filosofía del Derecho*. 2ª ed., 1971 (Traducción de González Vicén).

CAUSALIDAD Y DERECHO PENAL: UNA REFLEXIÓN HERMENÉUTICA.

José Francisco Martínez Rincones

“El hombre posee conciencia y voluntad, puede “pensar” las cosas representarse mentalmente los sucesos y también preverlos dentro de ciertos límites, proponerse fines e interponer con su acción medios para alcanzarlos, formular proposiciones acerca de la forma como las cosas son o como las acciones “deben ser” ejecutadas. El intelecto capta, el pensamiento ordena; captar y ordenar son operaciones que por fuerza se unen para lograr la reconstrucción interpretativa del mundo o del objeto por parte del pensamiento humano. Pensar es interpretar a partir de la experiencia; interpretar es conferir sentido de una experiencia mediante el pensamiento de la misma y su inclusión en un mundo, pero nada de ello es por entero una labor individual, sino, antes bien, un producto social.

Juan Fernández Carrasquilla.

I. Introducción

La relación de causalidad proviene del pensamiento filosófico, nació de sus entrañas, se desarrolló bajo su tutela y posteriormente lo asumió el pensamiento jurídico como un argumento iusfilosófico legitimador de la imposición de responsabilidades. El Derecho Penal se ha valido de ella desde siempre, bajo las diversas ópticas filosóficas, científicas y sociales, generadoras de las múltiples Escuelas que en su nombre se han hecho presentes, tanto desde la perspectiva doctrinaria como desde la codificadora.

Hoy se puede hablar de una relación de causalidad penal con mayor transparencia que antes, porque el Derecho Penal se ha desarrollado como una ciencia particular dentro del universo jurídico, lo cual le ha

permitido dar a cada concepto y a cada principio un perfil más realista y normativo sin que por ello se deseche el papel que la Filosofía y las demás Ciencias Sociales tienen sobre él. Vista así, la cuestión de las relaciones existentes entre causalidad y Derecho Penal debe reducirse al campo específico del comportamiento delictivo, como conducta humana, activa o pasiva, generadora de efectos valorados por el sistema legal-punitivo como negativos, por su capacidad de causar daños o de amenazar peligrosamente a determinados bienes jurídico-sociales de evidente importancia para la estructuración y la convivencia humana pacífica en cada momento histórico de la sociedad.

Partiendo de la premisa indicada, es decir de la concepción propiamente penalística, se puede desarrollar un pensamiento reflexivo-hermenéutico que permita comprender el sentido que en el presente debe dársele al tema Causalidad y Derecho Penal.

2. Causalidad y Derecho Penal

El Derecho Penal protege los bienes jurídico-sociales que se estiman fundamentales para la estructuración y convivencia pacífica de las sociedades, mediante la creación jurídica de principios y normas sancionadoras de aquellos comportamientos que se califiquen como agresivos de dichos bienes.

Tales bienes jurídico-sociales son denominados también como intereses jurídicos y representan diversas formas de relaciones sociales que en la medida en que el proceso civilizatorio avanza, van acrecentándose, fundamentalmente desde el momento histórico en que el Estado de Derecho se transforma en Estado Social, Democrático, de Derecho y de Justicia, toda vez que algunas nuevas relaciones sociales, como las laborales o las de protección del ambiente, son estimadas como merecedoras de una especial regulación y de la protección que puede

brindarles el Derecho Penal. El hecho de que sean bienes o intereses jurídico-sociales, no niega, en ningún momento, que dentro de esta categoría se consideren como tales a aquellos intereses individuales de particular significación para la sociedad y para la persona humana concebida como sujeto titular de derechos. Fernández Carrasquilla, (1999: 15,16), en Colombia, al desarrollar este punto, señala que:

“El derecho penal protege tanto intereses sociales como individuales, suele decirse, pero a lo mejor no se para en mientes en el hecho de que los intereses “individuales” por él tutelados lo son también en un primer término de la Comunidad porque representan la defensa de la persona y sin esta no hay Comunidad democrática. Con todo, no podrá negarse que el derecho penal se construye, día a día, paso a paso, en la conciliación de los permanentes y fluctuantes conflictos de los intereses colectivos de la defensa social (de los que la persona no puede desentenderse porque de ello depende la seguridad externa de la convivencia) y los intereses personalistas de la garantía de los derechos básicos de la persona (que forman la seguridad interna del sistema de convivencia)”.

La posición doctrinaria relacionada con esta materia, que distingue entre bienes jurídico-penales sociales e individuales, nació en el mismo momento histórico en el que se dio el gran cambio de paradigma que determinó como fin del Derecho Penal a la protección de dichos bienes desde una concepción preventivo-punitiva. En este orden de ideas, recuérdese que Von Liszt, líder de este cambio paradigmático, señaló acertadamente que:

“...bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico”. (Von Liszt: Juan Bustos Ramírez. 1982: 31).

Ahora bien, para lograr el cumplimiento de su fin, el Derecho Penal debe asumir verticalmente, dentro del Estado Social, Democrático, de Derecho y de Justicia, sus propios Principios Rectores, dentro de los que se destaca, en este trabajo, el de Tipicidad, por contener este principio una particular relación con la causalidad penal.

El principio de tipicidad penal, históricamente, representa la formulación normativa del aforismo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” y del principio de legalidad penal, mediante el cual se obliga al Estado a la creación de los tipos penales constitutivos de los delitos y las faltas. A este respecto, Fernández Carrasquilla (1999: 178) asienta que:

“El tipo es la manera técnica como se realiza en el derecho penal el principio de legalidad, sobre todo en sus exigencias de reserva y certeza. En él se describe, o debe hacerse, sin equívoco ni vaguedades el hecho constitutivo del delito y que juega el papel de antecedente necesario de la sanción penal en todos los casos (injustos típicos). Las hipótesis de tipicidad (adecuación de un hecho humano voluntario a un tipo legal) es el factor que otorga competencia de intervención a los organismos estatales que conforman el sistema penal (policía judicial, fiscalía y jueces)”.

Esta noción didáctica de la tipicidad, a partir de la construcción conceptual del tipo, puede apreciarse claramente en el sistema normativo venezolano, en los artículos 49 numeral 6¹, y 1², de la Constitución Nacional y el Código Penal, respectivamente.

¹ “Art. 49. 6º. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueran previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”.

² “Art. 1º. Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente. Los hechos punibles se dividen en delitos y faltas”.

Como puede apreciarse el sistema normativo establece a la tipicidad como el requisito indispensable para que un sujeto pueda ser objeto de la imputación de un hecho punible, imputación esta que debe estar referida a su comportamiento activo u omisivo, esto es, a sus “actos u omisiones”, como lo determina la norma constitucional arriba transcrita; que generen “hechos” que se encuentren expresamente considerados como punibles por la Ley, tal y como lo prevé el Código Penal. El hecho de que algunos comportamientos humanos, activos u omisivos, generen situaciones que los vinculen con los hechos tipificados como delitos o faltas, obliga a pensar que tales hechos humanos, de relevancia típica, tienen el carácter de hechos causales, lo cual implica que debe indagarse normativamente cuál y cómo es la relación causal que vincula cada comportamiento con el tipo penal correspondiente.

En este orden de ideas, algunos penalistas contemporáneos consideran que la causalidad y el Derecho Penal evidentemente que tienen un punto de vinculación normativa, al aceptar que todos los hechos punibles se materializan mediante los efectos que producen los comportamientos típicos sobre los bienes jurídicos protegidos, lo cual permite admitir que todos los comportamientos típicos generadores de los hechos delictivos se consideren como las causas determinantes de los mismos.

En Venezuela, Modolell (2000: 19), al estudiar la cuestión de la causalidad en lo referente a la teoría del delito, señala que en la doctrina dominante se considera que dicha relación es necesaria aunque no suficiente, para la imputación objetiva del hecho, en aquellos casos referidos a los delitos de resultado material. La posición doctrinaria de este autor se refleja claramente en el texto siguiente:

“No obstante, el ataque al dogma causal como fundamento de la responsabilidad penal no se ha traducido en el destierro de la

relación de causalidad de la teoría del delito ya que hoy día la doctrina dominante (por no decir unánime) sigue considerando la misma necesaria más no suficiente...”.

Tomando en consideración lo expresado por Modolell, puede afirmarse que el problema de fondo radica en una cuestión de significación, de respuesta a lo que debe entenderse por hecho delictivo y al modo en que se conciba la relación que debe darse entre la manifestación real del comportamiento típico y el resultado que el propio tipo prevé al concebir cada delito o falta en particular. En este sentido la relación de causalidad debe apreciarse desde el particular del sentido normativo que a ella corresponda, puesto que no debe entenderse como una relación de causalidad natural sino totalmente jurídica, en la que la causa es el comportamiento típico, y el efecto, el previsto por la propia norma tipificante, en cualquiera de sus grados de ejecución, no siendo relevante un resultado material si la norma tipificante no lo exige expresamente. En este sentido, Fernández Carrasquilla, (2000: 62), opina que al realizarse una acción en procuración de un delito, el sujeto debe emplear los medios causales en su acción, para que se produzca el resultado o el objetivo que la norma haya previsto. Este efecto al que hace referencia este Autor no debe mirarse sino dentro de los expresos límites que el tipo prescribe.

Mir Puig (1996: 218-230) en España, ha mantenido también una posición coincidente con este planteamiento, precisando que en los delitos dolosos, de acuerdo con las particularidades de cada caso, el comportamiento debe apreciarse como causa del hecho punible a partir de un preciso conocimiento de la acción punible del agente; por ejemplo, en el caso del homicidio su autor debe matar.

En una posición opuesta se encuentra Bustos Ramírez, en Chile, quien niega la tesis de la relación de causalidad a partir del argumento de

que la teoría de la equivalencia de condiciones “...*que es la que más se compadece con un concepto ontológico o metafísico de ella, es tan vaga y amplia que justamente excluye toda decisión respecto de la cuestión causal...*” (1982: 48). Este autor considera que lo que debe procurar la teoría del delito es encontrar una respuesta relacionada con “...*la forma de conexión que reviste la vinculación (acción u omisión) entre el sujeto de una relación social dada con un tipo...*” (1982: 50).

En lo atinente al planteamiento de este último autor, debe considerarse que en cada caso lo que es significativo precisar, dentro de los límites de la concreción, es si esa “vinculación” conductual que con el hecho típico se ha producido no es precisamente la que permite considerar que la causa del mismo no es otra que la acción u omisión que vincula el comportamiento con el tipo penal. Ahora bien, si tal vinculación debe considerarse como una relación vinculante, que permita atribuir el delito al titular del comportamiento típico, se estaría hablando de una relación vinculante causal.

La posición de Bustos Ramírez deriva, según su propia afirmación, del hecho de que él considera que “...*la piedra angular de lo injusto no es la acción sino el bien jurídico...*”, con lo cual su centro de reflexión se orienta fundamentalmente hacia el bien que recibe los efectos de la acción y no hacia la acción misma, en tanto que comportamiento causal. (1984: 50).

En el orden desarrollado, la cuestión de fondo es sumamente compleja puesto que refleja posiciones que mantienen visiones doctrinarias diversas, por lo que se hace necesario señalar que si se concibe al delito o a la falta como un comportamiento que se ajusta a una descripción típicamente penal, la primera comprobación que debe hacer es la precisar si el comportamiento humano que se supone vinculado a un

hecho punible se ajusta a la hipótesis de tipicidad o de adecuación a un tipo penal determinado y preexistente, toda vez que tal adecuación permitirá considerar al comportamiento humano como el factor causal del hecho típico, lo cual, como lo afirma Fernández Carrasquilla es *“...el factor que otorga competencia de intervención a los organismos estatales que conforman el sistema penal (policía judicial, fiscalía, jueces)”*(1999:178).

Lo anteriormente señalado debe tomarse en cuenta, en el momento actual de esta temática, como una posición de innegable valor, que permite afirmar que la tipicidad penal y el comportamiento delictivo tienen una material y jurídica de vinculación causa-efecto, en y a partir del principio de tipicidad, no observándose establecerse otros vínculos causales con los demás elementos estructurales del delito, por ser estos de naturaleza valorativa, mientras que la tipicidad es de carácter normativo y presupone directamente al hecho derivado de los actos u omisiones previstos como delitos o faltas en leyes preexistentes, como bien lo determina el texto constitucional venezolano.

Muñoz Conde (1975:158), en España, al analizar esta materia, afirma que se trata de un tema de gran importancia, por cuanto representa el punto de partida que permitirá al Juez interpretar los hechos desde el prisma de la tipicidad. En sus palabras, Muñoz Conde se expresa en los siguientes términos:

“El punto de partida de toda actividad jurídica es el hecho que surge como problema de la realidad se trata de subsumir en el supuesto de hecho de la norma jurídica.”.

La operación de subsunción a que hace referencia el autor, es precisamente la que permitirá afirmar si el hecho, en tanto que comportamiento generador de un resultado dañoso o peligroso,

afectante de un bien jurídico penal, está tipificado como delito o falta por el legislador *y si debe asumirse como la condición ineluctable para la producción del delito, como ya lo dejó expresado Soler*. (Soler: Bruera. 1944:232).

3. Una Precisión Necesaria

En la primera parte de este trabajo se afirmó que causalidad y Derecho Penal tienen una vinculación específica en el ámbito de la tipicidad, en aquellos casos en que los tipos delictivos se materialicen a través del comportamiento criminoso, activo u omisivo, generador de una lesión o de una puesta en peligro del bien jurídicamente protegido por el Derecho Penal.

Sin embargo, tal afirmación requiere de una mayor precisión, toda vez que el campo del conocimiento de la relación de causalidad es sumamente amplio, por estar fundamentalmente referido a la filosofía del mundo de lo fenoménico y su vinculación con el mundo jurídico-penal se encuentra reducida al ámbito de la tipicidad.

La cuestión a resolver, en consecuencia, es la de determinar de qué manera específica opera la causalidad en el delito; debiendo señalarse que es a través del comportamiento humano típicamente penalizado que se asume la noción de causa *como fuerza humana generadora del hecho punible*, como lo señalaran, en su momento, Binding y Soler (Bruera. 1944: 232). Para el primero de estos autores *“la causa total se reduce a la voluntad de actuar”*; y para el segundo, *“<<a la acción típica como condición ineluctable para la producción del hecho>>”*. (Bruera. 1944: 232).

Si bien es cierto que tales expresiones se aproximan al fondo de problema, no llegan a precisar la naturaleza estructural de la relación

de causalidad en el campo normativo-penal. En este sentido, la teoría que se aproxima con un mayor realismo a la naturaleza de la relación de causalidad, es la de la *conditio sine qua non*, si se le asume como condición irremplazable jurídicamente.

Al referirse a la *conditio sine qua non* y procurando darle mayor precisión, Reyes Alvarado (1996; 27) desarrolla, entre otros, el planteamiento de Traeger, denominado Teoría de la Causalidad Relevante, conforme a la cual solo será causa “...aquella condición que suprimida mentalmente condujera a la desaparición del resultado, solo en cuanto este pudiera ser entendido como categoría jurídica de acuerdo con cada descripción típica...”. Ampliando, este autor, tal posición, al señalar que autores como Kaufmann y Hirsch, basándose en el mismo Traeger, asumen esta tesis, pero aplicándola a tipos específicos (1996: 29).

La teoría de la *conditio sine qua non* y por ende la de la Causalidad Relevante, han sido objeto de una importante crítica por parte de Gimbernat Ordeig³, quien ha señalado que el problema de fondo en esta materia debe plantearse a partir de la realidad misma que haya caracterizado la realización del hecho punible, a fin de penetrar en su propia naturaleza jurídico-estructural; sin estar buscando explicaciones

³ “De todo ello sigue, que para determinar si un comportamiento es la condición de un resultado, no hay que formularse hipotéticamente qué es lo que habría sucedido sin (...), sino averiguar que es lo que realmente ha sucedido y si una conducta ha influido científicamente en un resultado concreto (...) Por lo demás, está claro que en un procedimiento penal la relación de condicionalidad de un determinado comportamiento para con su resultado se establece teniendo en cuenta procesos causales reales y no confrontaciones entre cursos causales efectivamente acontecidos y otros hipotéticos. Para determinar si el disparo del asesino A ha matado al sujeto pasivo B, el dictamen que emite el forense para establecer la causa de la muerte no consiste en acudir al argumento hipotético y perogrullesco de que si A no hubiera disparado B no hubiera muerto, sino a razonar médicamente por qué la bala alojada en el cerebro ha sido, por los destrozos ocasionados, la que realmente ha provocado (condicionado) el fallecimiento de la víctima”. (1994: 8).

en lo que pudo haber sucedido si no se hubiesen presentado determinadas situaciones distintas a las que caracterizaron en el mundo real al comportamiento típicamente delictivo del agente.

Como puede apreciarse, Gimbernat Ordeig objetivamente afirma que la relación de causalidad en la perpetración de un hecho debe buscarse, a partir de la teoría de la *conditio sine qua non*, que el denomina “*fórmula*” y no teoría, procurando demostrar dos cuestiones puntuales. En primer lugar, que debe comprobarse “...*qué es lo que realmente ha sucedido*”, esto es, qué hechos realmente se han producido a partir del comportamiento típicamente delictivo del agente; y, en segundo lugar, cuál es la condición determinante o irremplazable, que se debe considerar como la causa que produjo el resultado concreto o puso en peligro evidente el bien jurídico objeto de la protección penal.

En el ejemplo que analiza Gimbernat Ordeig, la víctima B o sujeto pasivo del delito de homicidio, resultó muerta por el disparo que le efectuó A, pudiendo afirmarse que los procesos causales reales generadores del resultado representan en este caso la relación de causalidad o de condicionalidad requerida para afirmar que el disparo de A fue la causa irremplazable o determinante de la muerte de B, porque la bala asesina se alojó en el cerebro de la víctima.

En el desarrollo de su análisis, Gimbernat Ordeig aclara, para la mejor comprensión de esta materia, que en definitiva:

“...la causalidad es un concepto ontológico que debe ser establecido de acuerdo con la teoría la condición y que no es con otras teorías discrepantes de la equivalencia...con las que ha de delimitarse el contenido de la acción típica, sino que las restricciones a la causalidad (condicionalidad) realmente existentes deben llevarse a cabo con un criterio abierto y confesadamente normativo: el de la llamada imputación objetiva, que opera, fundamentalmente, con la idea del fin de protección de la norma”. (1994:9).

De lo expresado por Gimbernat Ordeig en este texto, se pueden extraer detalles que permiten llegar a una aclaración final en esta materia. En primer término, al señalar que *la causalidad es un concepto ontológico que debe ser establecido de acuerdo con la teoría de la condición* lo que está afirmando el autor es que *la causalidad, debe ser considerada como un concepto condicionante, aplicable a la propia existencia del delito; en tanto que, como condición, determina si el comportamiento humano dirigido a cometer un delito, se puede subsumir en el tipo penal normativamente existente;* pudiendo afirmarse que el cumplimiento de determinadas exigencias normativas del tipo condicionan *la existencia del ser del delito, esto es, del delito en sí.*

La anterior opinión de Gimbernat Ordeig, a su vez, permite extraer una segunda afirmación en materia de causalidad: *Que la norma legal tipificante presupone su propia causalidad, puesto que la descripción de la conducta punible implica una exigencia, causalidad que se hará real a través del comportamiento del agente del delito y de su fidelidad con los presupuestos de la norma tipificante.*

Conforme a lo anteriormente planteado, la causalidad opera como un factor que vincula al comportamiento, en tanto que hecho establecido normativamente, con la realidad jurídico penal que legitima la actuación del sistema punitivo y por ello hace posible la intervención de los organismos del Sistema; esto es, como lo indica Fernández Carrasquilla (1999:78), de la Policía Judicial, el Ministerio Público y los Jueces.

Houed y un equipo de investigación de la Universidad de Costa Rica, analizaron las diversas teorías relacionadas con la causalidad y su relación con el Derecho Penal, llegando a la conclusión de que, al igual que Gimernat Ordeig, la de la *conditio sine qua non* es la única teoría que reviste una importancia real en el ámbito que vincula a la causalidad

y al Derecho Penal, al admitirla como condicionalidad. En este sentido, ellos señalan lo siguiente:

“<<...mientras se respete la estructura óptica de la conducta humana y de los fenómenos que la acompañan, partiendo desde un punto de vista realista, esa sería la única concepción de la causalidad que cabría admitir (en especial en la teoría del tipo), porque la relevancia penal de la causalidad se hallaría limitada, dentro de dicha teoría, por el tipo subjetivo, es decir, por el querer del resultado. >>” (1996:36).

Con esta precisión se fortalece la posición conceptual que se ha sostenido en el presente trabajo, en la que se ha afirmado que la *conditio sine qua non* es la única tesis teóricamente válida para considerar que las relaciones de la causalidad y el Derecho Penal solamente tiene cabida a través de esta teoría o fórmula, *entendida como relación real de condicionalidad irremplazable*.

4. Conclusión

Cada tipo penal, normativamente debe presuponer cómo ha de comportarse toda persona que actúe en función de la comisión de un hecho punible y que su comportamiento, siempre deberá estar adecuado a los presupuestos de la norma tipificante correspondiente.

Este comportamiento, como realidad normativa y socio-natural, será un comportamiento causal en la medida en que se realice la acción punible que presupone el tipo, condicionando el acaecer punitivo a las exigencias de la tipicidad, en la que se debe prever un resultado dañoso o peligroso en contra de un bien o interés penalmente tutelado.

Por todo lo expuesto, se debe sostener, como legítima la tesis que reconoce como real a la relación entre causalidad y Derecho Penal si

en ella se acepta que el comportamiento típico es la causa de todo hecho punible; asumiéndose al comportamiento como una condición determinante o irremplazable para su existencia, como la condicionalidad, que debe cumplirse en toda acción delictiva, para que el delito (como hecho real) se pueda considerar, normativamente, como tal.

Bibliografía

- Bruera, Juan Luis. *El Concepto Filosófico Jurídico de Causalidad*. Ediciones Arayú. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1944.
- Bustos Ramírez, Juan. *Bases Críticas de un Nuevo Derecho Penal*. Editorial Temis. Bogotá. Colombia. 1982.
- Fernández Carrasquilla, Juan. *Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal*. Grupo Editorial Leyer. Bogotá. Colombia. 1999.
- Gimbernart Ordeig, Enrique. *Causalidad, Omisión e Imprudencia*. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLVII. Fascículo III. Septiembre-Diciembre-1994. Ministerio de Justicia e Interior. Madrid. España. p.p. 05 a 60.
- Houeb, Mario. *La Causalidad y la Nueva Teoría de la Imputación Objetiva*. En: Ciencias Penales. N° 12. Año 8. 1996. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. San José. Costa Rica. p.p. 34 a 43.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Reppertor. Barcelona. España. 1996.
- Modolell González, Juan Luis. *Bases Fundamentales de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Editorial Livrosca. Caracas. Venezuela. 2001.
- Muñoz Conde, Francisco. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1975.
- Reyes Alvarado, Yesid. *Imputación Objetiva*. Editorial. Temis. Bogotá. Colombia. 1996.
- Asamblea Nacional. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial N° 36.860. Caracas Venezuela. 30 de diciembre de 1999.
- Asamblea Nacional. *Código Penal de la República Bolivariana de Venezuela*. Gaceta Oficial N° 5.763 Extraordinario (Ley de Reforma Parcial). Caracas Venezuela. 13 de marzo de 2005.

APROXIMACIÓN A LA TEORÍA DE LA
IMPUTACIÓN OBJETIVA
Manuel Cancio Meliá

1. Introducción

Mi cometido es el de exponer sucintamente una aproximación a la teoría de la imputación objetiva; lo intentaré del siguiente modo: en primer lugar, presentaré a través de algunos supuestos de hecho cuál es el alcance real de aplicación de esta construcción doctrinal (*infra 2*). En segundo lugar, expondré la fórmula dogmática en la que suele condensarse habitualmente el contenido de la teoría de la imputación objetiva y esbozaré el contexto de su surgimiento y desarrollo, con lo que se plantea una disyuntiva fundamental acerca del significado sistemático de esta teoría (*infra 3*). En tercer lugar, intentaré delinear -desde una determinada posición teórica- los elementos esenciales de la teoría de la imputación objetiva, que se estructuran en torno a dos ideas: imputación del comportamiento e imputación del resultado (*infra 4*). Finalmente, en cuarto lugar, pueden formularse algunas conclusiones (*infra 5*).

2. Material de casos

Aún sin ser anglosajón, parece claro que es cierto que una serie de casos dan una idea más cabal de lo que se va a hablar que una serie de páginas:

2.1. El sobrino S desea adelantar el momento en el que pueda suceder a su tío T en su cuantiosa fortuna, ya que éste le ha instituido heredero universal. Puesto que no quiere hacer uso de medios más expeditivos para alcanzar su objetivo, S sugiere a tal efecto a T -argumentando su preocupación por su delicada salud- que dé un paseo diario. Con cariñosa insistencia comprueba que su tío cumple con su recomendación. Previamente, S ha averiguado que el paraje que señala a T para el paseo es el de mayor incidencia estadística de tormentas en los alrededores, además de que la hora recomendada a T para el ejercicio sea la de mayor concentración de descargas eléctricas a lo largo del día. Al cabo de unos meses, su plan surte efecto: T es alcanzado por un rayo mientras da su paseo diario y muere en el acto.

2.2. El empresario Mr. E dedica gran parte de su tiempo libre a la biología marina, habiendo alcanzado incluso el grado de doctor en biología. Al inaugurar Mr. E una nueva planta de producción de celulosa de su propiedad, situada en la ribera de un río, el Dr. E piensa fugazmente en que la población de cangrejos fluviales irremediamente desaparecerá por efecto de los vertidos de la nueva fábrica. En efecto, al cabo de unos meses, los cangrejos prácticamente han desaparecido, lo que afecta muy gravemente al equilibrio del sistema ecológico de la fauna del río en su conjunto, como constata consternado el Dr. E. Sin embargo, Mr. E previamente había solicitado y obtenido de modo plenamente acorde con las disposiciones legales y reglamentarias los pertinentes permisos para iniciar la nueva actividad industrial.

2.3. El estudiante de arquitectura EA trabaja en sus vacaciones de verano como peón de albañil con la intención de adquirir la perspectiva del personal de ejecución de obra como valioso complemento para su formación como arquitecto. Estando trabajando en la obra de una vivienda unifamiliar, EA recibe del jefe de obra el encargo de preparar

con hormigón armado la estructura del techo de la casa. Un rápido vistazo a los parámetros del techo muestra a EA -que fue merecedor de las más elevadas calificaciones en la correspondiente asignatura de su carrera universitaria- que el cálculo de la estructura es erróneo, de modo que parece seguro que la futura casa acabará derrumbándose. Aún así, EA, quien teme roces con el jefe de obra si le advierte del error, decide guardar silencio y se limita a ejecutar las instrucciones que se le han dado. Al cabo de dos años, EA lee en la prensa que la casa que él contribuyó a levantar aquel verano se ha derrumbado, enterrando bajo sus escombros a un grupo de niños de corta edad que jugaban en una de las estancias del edificio, convertido en jardín de infancia.

2.4. C, contable de una empresa, recibe de la dirección de la misma la orden de desglosar los ingresos del año fiscal en curso en dos partidas diferentes, que debe titular “blanco” y “negro”. C es consciente de que la segunda de las partidas no aparecerá nunca en las declaraciones tributarias de la empresa, como así efectivamente sucede.

2.5. A vende a B una cantidad pequeña de heroína. Debido a las habituales oscilaciones del mercado, la sustancia es de extraordinaria pureza, lo que desconocen tanto A como B. B consume la heroína y muere.

2.6. A y B, que no se conocían hasta ese momento, coinciden una noche en un local de baile. Después de entablar conversación, bailar, pasear, etc., mantienen relaciones sexuales sin hacer uso de un preservativo. A sabe que es portador(a) del virus de inmunodeficiencia humana, pero no menciona esa circunstancia. B resulta contagiada.

2.7. A agrede a B con un arma blanca, clavándosela en el tórax. Trasladado B con urgencia a un centro hospitalario, el médico M

comunica a los familiares de B que en principio no hay que temer por su vida. Sin embargo, M ordena la administración a B de un medicamento que facilita la coagulación sin llevar a cabo previamente -como es preceptivo de acuerdo con el actual estado de la ciencia médica- un análisis de sangre para verificar la tolerancia al medicamento. B sufre un *shock* y muere.

2.8. El médico M receta a un grupo de sus pacientes como único tratamiento un medicamento destinado a combatir varias enfermedades graves que padecen las distintas personas tratadas. Al cabo de algún tiempo, varios de los pacientes descubren que el “medicamento” recetado por M jurídicamente no tiene tal consideración, pues ni se han realizado los estudios clínicos preceptivos, ni se ha solicitado la correspondiente licencia a las autoridades sanitarias. Ocho pacientes mueren durante el “tratamiento” a consecuencia de sus respectivas dolencias. Consultado un perito médico respecto de estos fallecimientos, afirma que es científicamente imposible saber si los pacientes muertos hubieran sobrevivido de haberseles dado un tratamiento conforme a la *lex artis*.

Todos estos supuestos tienen en común -aparte de que concurren conductas y resultados que presentan la apariencia de poder integrar diversos tipos delictivos- dos circunstancias: *por un lado*, que los sujetos que intervienen como posibles responsables jurídico-penales disponen de conocimientos -actuales o potenciales- que impiden pensar que lo acontecido fuera subjetivamente imprevisible. *Por otro*, que respecto de todos ellos se ha propuesto en la doctrina su resolución *absolutoria* a través de la teoría del tipo objetivo, precisamente, haciendo uso de la teoría de la imputación objetiva.

3. Evolución y alcance de la teoría de la imputación objetiva

3.1. Fórmula

La teoría de la imputación objetiva suele condensarse en la siguiente fórmula: el tipo de un delito de resultado sólo queda cumplido cuando la conducta sometida a análisis a) ha generado un “riesgo jurídicamente desaprobado” y b) este riesgo se ha “realizado en el resultado”. Partiendo de esta fórmula de aplicación, a pesar de concurrir una relación de causalidad entre conducta y resultado, hay que negar la concurrencia de la tipicidad, por ejemplo, en los casos del sobrino (n° 2.1.) o del empresario propietario de una planta contaminante (n° 2.2.) por ausencia del primero de los elementos, una creación desaprobada de un riesgo. En cuanto al segundo elemento -la realización del riesgo-, éste falta, por ejemplo, respecto del agresor con arma blanca del caso del error médico (n° 2.7.). Esta fórmula es la que se encuentra más extendida y es usada, por ejemplo, por el Tribunal Supremo Español. *Roxin* -quien, como se verá a continuación, puede ser considerado el principal autor en el desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva- propone un modelo sustancialmente equivalente, al que se le añade, sin embargo, un escalón adicional de análisis: además de comprobar la creación y la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado, debe verificarse que el resultado entre dentro del “alcance del tipo”. En este paso sistemático, ha de comprobarse que -a pesar de la concurrencia de una relación de causalidad y de la creación y realización del riesgo- el resultado acaecido realmente sea uno de los que el tipo penal en cuestión pretende evitar: con base en diversas consideraciones valorativas, se afirma que ello puede ponerse en duda, por ejemplo, en casos como el del contable (n° 2.4.) o los de la heroína (n° 2.5.) o de la transmisión de VIH (n° 2.6.).

3.2. Evolución

En la modalidad en la que es aplicada, desarrollada y discutida en la actualidad, no cabe duda alguna de que la teoría de la imputación objetiva es debida en lo fundamental a varios artículos de *Roxin* publicados a principios de los años setenta del siglo pasado (sobre los antecesores más remotos de esta doctrina mucho habría que discutir; baste ahora acotar que hay establecida una especie de “genealogía oficial”, centrada en *Larenz* y *Honig*, que deja fuera de consideración aportaciones tanto o más relevantes que las de estos dos autores). A partir de las contribuciones de *Roxin*, la teoría de la imputación objetiva -primero en Alemania y después en el ámbito de habla española- fue desarrollando una verdadera marcha triunfal, reservada a muy pocas construcciones dogmáticas de la Parte General. Se fue iniciando una auténtica marea de publicaciones -de unas dimensiones tan considerables que han permitido a *Schünemann* equiparar la discusión generada con la confrontación entre causalismo y finalismo-, y con una rapidez inusitada, la nueva doctrina comenzó a ser aplicada por los tribunales. Este proceso desarrollado en el ámbito de habla alemana se reprodujo primero en España y ha comenzado después -dejando de lado la influencia en la doctrina italiana- también en diversos países de América latina. En esta evolución también constituye un hecho sorprendente el que apenas haya que constatar la existencia de resistencias teóricas en la doctrina; si se prescinde de algunas voces críticas provenientes del campo del finalismo, es muy llamativa la facilidad con la que la nueva doctrina ha sido incorporada a diversas construcciones dogmáticas.

3.3. Interrogantes

Ante el panorama acabado de esbozar, podría pasarse directamente al plano operativo, es decir, a exponer cuáles son las características de los instrumentos dogmáticos concretos en los que la teoría de la imputación objetiva debe concretarse. Sin embargo, esto no sería adecuado. De hecho, si hay algo en lo que están de acuerdo los partidarios (la inmensa mayoría de la doctrina) y los escasos detractores de la teoría de la imputación objetiva es acerca de la falta de concreción de muchos de los conceptos utilizados. En realidad, bajo el barniz unificador que le otorga su sorprendente éxito, la teoría de la imputación objetiva aún no se halla, ni mucho menos, firmemente asentada. Y ello no sólo porque el tiempo transcurrido es corto para consolidar una serie de instituciones dogmáticas concretas, sino por una razón de fondo: porque no está claro el concepto de imputación objetiva, la propia idiosincrasia teórica de esta evolución dogmática. En este sentido, puede advertirse el riesgo de muerte por hipertrofia de la teoría (o: morir de éxito): sin una suficiente determinación del significado sistemático de la teoría -una cuestión que al lado del desarrollo concreto de soluciones ha generado un interés sorprendentemente escaso en los propios autores protagonistas del desarrollo dogmático- se corre el riesgo de la desaparición de todo contorno de su alcance. Por ello, a la hora de exponer los contenidos básicos de la teoría de la imputación objetiva, aquí intentará explicitarse cuál es la base sistemática de la que se parte (cfr. *infra* 4., I., 5., I.).

Sólo partiendo de una determinada visión sistemática de la teoría de la imputación objetiva, por otra parte, puede evaluarse su compatibilidad con sistemas jurídico-penales distintos del alemán. En efecto, sólo si se define cuál es la relevancia sistemática de la teoría de la imputación objetiva podrá darse -más allá de la fuerza de convicción derivada de soluciones puntuales- una respuesta a la cuestión, tantas

veces planteada oralmente y tan pocas respondida por escrito, acerca de si este producto de la dogmática europeo-continental es susceptible de ser integrado en la realidad de América latina (cfr. sobre esto *infra* 5.2.).

4. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva

4.1. Planteamiento

Dicho en términos de tipo ideal, una somera consideración de los supuestos enumerados al principio (*supra* 2.) indica que parece haber dos problemas distintos en el ámbito de lo que se suele denominar “imputación objetiva”. *Por un lado*, un campo de casos que es muy conocido para cualquier penalista -no sólo continental, como muestra un breve examen de la bibliografía anglosajona- al menos desde el siglo XIX: los llamados cursos causales atípicos, es decir, aquellos supuestos en los que de alguna manera es poco habitual la *conexión existente entre la conducta analizada y el resultado producido* (casos n° 2.7. y n° 2.8., desde algún punto de vista también el n° 2.1.). *Por otro lado*, sin embargo, parece claro que también se abordan problemas que no están centrados en esa relación entre conducta y resultado, sino que tienen que ver con la determinación de cuáles de los *comportamientos* que aparentemente pueden subsumirse bajo el tipo lo realizan, en sentido estricto, conforme al sentido de éste (casos n° 2.1., 2.2. a 2.6.).

La doctrina mayoritaria suele concebir la teoría de la imputación objetiva como una teoría de imputación *del resultado*. Sin embargo, como acaba de señalarse, ello no se compadece con la propia *praxis* de la doctrina dominante, que incluye en este marco teórico consideraciones en realidad pertenecientes a la determinación de la conducta típica. Por ello, un creciente sector doctrinal -en el que hay que destacar las aportaciones de *Frisch* y *Jakobs*- ha propuesto orientar

la teoría de la imputación objetiva para entenderla como revisión de la teoría del tipo objetivo. Se pasa así de la imputación del resultado a la imputación de la conducta como típica.

Desde el punto de vista aquí adoptado, ésta es la visión correcta de la teoría de la imputación objetiva: se trata de definir la conducta típica, más allá de elementos fáctico-naturales y de accidentes particulares de la infracción, normativamente como conducta con significado (objetivo) típico. Vista desde esta perspectiva, el peso esencial de la teoría -aplicable a cualquier infracción- estaría en los mecanismos dogmáticos de la *imputación de la conducta* como típica, pasando los problemas de *imputación objetiva del resultado* a convertirse en una especialidad de los delitos de resultado. Vista así, la teoría de la imputación objetiva es la traducción dogmática en la teoría del tipo de las corrientes jurídico-dogmáticas funcionales de las últimas décadas.

Una vez sentados los presupuestos que anteceden resulta posible descender ya al nivel dogmático concreto, es decir, ofrecer una ordenación del material destinada a ser aplicada en la resolución de casos. Cabe afirmar, de acuerdo con lo antes expuesto, que toda la teoría de la imputación objetiva responde a dos raíces distintas: por un lado, se trata de determinar si las características de la conducta llevada a cabo por el autor se corresponden con la previsión del tipo. Por otro lado, en los delitos de resultado, se trata de comprobar -una vez verificado el carácter típico de la conducta- si el resultado conectado causalmente a esa conducta puede reconducirse normativamente a ésta, es decir, si también el resultado es típico. A estas dos raíces responden los dos niveles de análisis que a continuación se proponen: imputación objetiva del comportamiento (*infra 2.*) e imputación objetiva del resultado (*infra 3.*).

4.2. Imputación del comportamiento

En este nivel de análisis, como se acaba de señalar, ha de comprobarse que la conducta en cuestión responde a los parámetros normativos generales del tipo objetivo. Desde el punto de vista aquí adoptado, estas características generales pueden resumirse en tres instituciones dogmáticas: *riesgo permitido*, *prohibición de regreso* e *imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima*. Estas instituciones deben entenderse no como puntos de vista aislados, sino como verdaderos escalones sucesivos de análisis: el orden de examen responde a una clasificación progresiva de lo más genérico a lo más específico; en cada una de las instituciones van introduciéndose, como se verá, más datos del contexto del comportamiento enjuiciado. La comprobación sucesiva de estos escalones de análisis conduce, en caso negativo (no hay ni riesgo permitido, ni prohibición de regreso, ni imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima), a la afirmación de la tipicidad del comportamiento.

4.2.1. Riesgo permitido

Entre el sector de la doctrina que ha adoptado la teoría de la imputación objetiva, puede decirse que hay un consenso fundamental -si bien con múltiples diferencias en la configuración concreta- a la hora de aceptar que en el marco de la realización de actividades arriesgadas existen determinados espacios que ya desde un principio no se hallan abarcados por las normas penales de comportamiento por responder a una configuración vital que es tolerada de modo general; las conductas realizadas en ese marco están cubiertas por un *riesgo permitido*.

Bajo este rótulo se agrupan dos grandes grupos de casos (dejando de lado los supuestos que suelen asignarse al llamado “principio de

confianza”): *por un lado* -y a este campo suelen dedicarse las mayores consideraciones en la doctrina-, aquellos supuestos en los que una actividad generadora de riesgos es permitida en determinadas circunstancias, bien existiendo una reglamentación expresa (por ejemplo: el tráfico rodado, el funcionamiento de industrias, la realización de competiciones deportivas, etc.; vid. el caso nº 2) o sin tal reglamentación (las “normas de cuidado” conocidas del delito imprudente: los supuestos de *lex artis* en la actividad médica, en la construcción, las precauciones en la educación de los hijos, etc.). *Por otro lado*, sin embargo, también deben incluirse aquí aquellos supuestos en los que el elemento preponderante es la normalidad social de la conducta generadora de riesgo (por ejemplo, en el supuesto del sobrino que envía a su tío a pasear bajo la tormenta, nº 2.I.), sin que exista una reglamentación en términos cuantitativos de “niveles de riesgo” medidos en velocidades, emisiones, estándares explícitos de conducta, etc. Parece claro que este segundo grupo de supuestos se aprehende mucho mejor desde una perspectiva que no esté obcecada por el curso causal y, por el contrario, tenga en cuenta las cualidades normativas de la conducta incriminada.

En este contexto, se suele hablar, según los casos, de que no concurre un “riesgo jurídicamente relevante” -especialmente, en las actividades socialmente normales o con una conexión muy débil con el posterior resultado (“cursos causales irregulares”)- o que se trata de un “riesgo permitido” -especialmente, cuando se trata de una actividad que genera riesgos, pero está permitida de modo general-, de manera que la conducta en cuestión, en última instancia, conlleva un riesgo que no es típicamente relevante. Aquí se parte -con aquel sector de autores que puede considerarse que configura la doctrina mayoritaria- de la idea de riesgo permitido como aquella institución dogmática que determina el “estado de interacción normal” (*Jakobs*) en el trato de determinados

riesgos -en el sentido de que se trata de una determinación general para determinados tipos de actividad, no vinculada (a diferencia del ámbito de la justificación) al contexto particular-, y, en ese sentido, implica la legitimación de espacios generales de libertad de actuar, en cuanto elemento del tipo objetivo (de los delitos dolosos e imprudentes, como muestran los casos n° 2.1. y n° 2.2.).

4.2.2. *Prohibición de regreso*

En segundo lugar, ha de mencionarse el siguiente escalón de la imputación del comportamiento: la *prohibición de regreso*. Esta institución, que no tiene prácticamente nada en común -en cuanto a la formulación dogmática- con la antigua idea de prohibición de regreso como interrupción del curso causal en casos en los que con posterioridad a una conducta imprudente se produce un comportamiento doloso, ha sido desarrollada como parte de la teoría de la imputación objetiva en los últimos tiempos sobre todo por *Jakobs*. Según el punto de vista de este autor, "...el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, *existe una prohibición de regreso* cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereo-tipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida." Para *Jakobs*, en lo que se refiere a su encuadre sistemático -y este es, como se ha dicho, el punto de vista que aquí se defiende-, la prohibición de regreso excluye la imputación objetiva del comportamiento. Tampoco en este ámbito puede entrarse en profundidad en la discusión acerca de la fundamentación y ubicación sistemática de esta institución dogmática. En todo caso, lo cierto es que, como ha afirmado el propio *Jakobs*, las diferencias materiales -más allá de la denominación o de la ubicación

sistemática dentro de la imputación objetiva- con aquellas posturas que incorporan algún tipo de delimitación normativa de ámbitos de responsabilidad y la correspondiente exclusión de responsabilidad por actos que carecen de significado delictivo, no son determinantes.

Como casos en los que puede ser de aplicación esta institución se mencionan habitualmente supuestos en los que existe una aportación inicial subjetivamente dolosa, pero objetivamente ambivalente, a un posterior desarrollo delictivo o a una autolesión: así, por ejemplo, cuando el empleado de una gasolinera llena el depósito de combustible de un automóvil cuyas cubiertas se encuentran de modo tan evidente en mal estado que es palmario que va a producirse un accidente (que produzca lesiones al conductor o a los ocupantes del vehículo, o a otros terceros) si se sigue circulando con el vehículo, esta aportación causal del empleado no puede dar lugar a una responsabilidad por un delito de lesión -doloso o imprudente, dependiendo del lado subjetivo-. Lo mismo sucede si un sujeto -sin tener ningún tipo de conocimientos sobre el particular- afirma en una reunión social que en el mes de marzo, en determinada zona de montaña, suele haber una temperatura muy alta, lo que alguien que le escucha toma como base para realizar una excursión a esa zona con un equipo de verano, por lo que sufre lesiones por congelación o de ese modo provoca que las sufran sus hijos de corta edad que lo acompañan. A este contexto pertenecen, en los casos mencionados inicialmente, los supuestos 2.3. y 2.4.: a pesar de que existe una contribución con efectos causales, está en cuestión que -a pesar de la previsión del posterior acontecer que puede ser delictivo-, *sit venia verbo*, por mucha mala voluntad que haya, la conducta pueda ser delictiva en su significado objetivo: los peones de albañil no se ocupan de la estructura proyectada, los (meros) contables no son responsables del uso delictivo que pueda darse a sus asientos.

Como parece claro, las dificultades aparecen cuando se trata de establecer los *límites* de la prohibición de regreso. Hay casos en los que resulta prácticamente evidente que la conducta del primer sujeto en actuar no puede ser interpretada en ningún caso -con independencia de las intenciones o deseos del sujeto- como una provocación delictiva de la ulterior conducta delictiva. Sin embargo, por ejemplo, si en el caso de la información incorrecta acerca de las condiciones meteorológicas que se acaba de plantear se trata de un sujeto que hace la afirmación en cuestión siendo el responsable de protección civil de la zona y, concretamente, al ser preguntado al respecto por la víctima -aunque se produzca la pregunta igualmente en el marco de una reunión informal-, puede que la situación sea distinta y que su conducta pueda vincularse a la lesión que posteriormente se produce.

Para marcar estos límites, *Frisch* ha propuesto recurrir al criterio del “contenido de sentido” de la conducta del autor. Desde esta perspectiva, sólo si la conducta del autor muestra el específico sentido de ser un favorecimiento o una incitación a un comportamiento delictivo o a una conducta arriesgada de un sujeto que carece de los conocimientos relativos al riesgo, podrá hablarse, en principio, de una conducta típica del primero. Este contenido de sentido específico no concurre cuando quien dispone de los conocimientos se limita a no hacer uso de éstos para formular una advertencia, pero también puede faltar cuando se realicen determinadas conductas activas normales (como seguir un determinado camino que se sabe peligroso para los forasteros cuando se es seguido por otro, o hacer entrega de sustancias inocuas si son usadas de modo normal, aunque el receptor muestre una disposición cognoscible de hacer un uso autolesivo de esa sustancia, por ejemplo, inhalando un pegamento, o delictivo, envenenando a un enemigo, etc.).

Desde la perspectiva aquí adoptada, en conclusión, puede decirse que el ámbito de la prohibición de regreso queda diferenciado del

correspondiente al riesgo permitido por el hecho de que -una vez determinado el ámbito en el que existe un significado unívoco no delictivo de la conducta del autor- la conducta del autor, como se ha visto, queda desvinculada del posterior desarrollo lesivo con independencia de la cognoscibilidad o conocimiento por parte del autor del mismo. Es decir, que la prohibición de regreso opera de modo completamente contrafáctico. Dicho de otra manera, se trata de conductas ambivalentes en su significado -desde el punto de vista natural-externo- respecto de las cuales cabe establecer un significado objetivo vinculante. Y frente a la tercera institución de la imputación del comportamiento, que se aborda seguidamente, la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima -que, como se verá a continuación, opera en un plano sistemático posterior-, la prohibición de regreso se presenta como una especie de reverso: mientras en la prohibición de regreso se establece que no existe un comportamiento en común, que la conducta del autor ha de ser interpretada en todo caso como una aportación inocua, en el ámbito de la imputación de la víctima es precisamente el hecho de que la actividad conjunta pueda ser atribuida al responsable preferente -el titular de los bienes- lo que permite afirmar la falta de tipicidad de la conducta del autor.

4.2.3. La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima

La tercera y última institución de la imputación del comportamiento se refiere a la relevancia que puede tener para la tipicidad de la conducta de un sujeto que en la realización de la misma haya intervenido de algún modo el sujeto que resulta lesionado posteriormente, la “víctima” (al menos aparente) de ese comportamiento. Bajo determinadas circunstancias, que pasan a delinarse a continuación, esta intervención puede afectar a la calificación que merece la conducta del primer sujeto, eliminando su carácter típico, al entrar lo sucedido en el *ámbito de responsabilidad de la víctima*. Esta cuestión es la que quizás más

producción bibliográfica ha motivado en relación con la teoría de la imputación objetiva, y, en todo caso, es la que mayores repercusiones ha generado en la jurisprudencia de diversos países.

Realizando una primera ordenación del material de casos, puede decirse que en los últimos tiempos han atraído la atención de la doctrina jurídico-penal en este contexto sobre todo dos grupos de casos. *Por un lado*, supuestos en los que en la génesis del riesgo que acaba lesionando a la víctima han intervenido tanto la víctima como el autor. A este respecto, se han planteado, por ejemplo, los casos en los que se hace entrega a alguien de una determinada cosa o sustancia -por ejemplo, de un medicamento, de una máquina o de una sustancia estupefaciente (como en el caso n° 2.5.)-, y el receptor resulta lesionado al hacer uso del objeto o consumir la sustancia. También han despertado mucho interés los supuestos en los que se produce un contagio de una persona a otra de una enfermedad mortal -en particular, del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (caso n° 2.6.)- o las numerosas constelaciones de casos en las que en el tráfico rodado quien resulta lesionado por una colisión se ha comportado de alguna manera de modo descuidado. *Por otro lado*, se han debatido numerosos supuestos en los que la conducta descuidada de la víctima se produce después de un comportamiento del autor que lesiona o pone en peligro los bienes de ésta. Así, por ejemplo, en los casos en los que una víctima lesionada por un ataque doloso del autor descuida sus heridas o se niega a recibir tratamiento médico.

Para abordar el significado de la conducta de la víctima en este contexto, hay que preguntarse, en primer lugar, qué relevancia puede tener que precisamente sea el titular de los bienes afectados el que intervenga junto al autor. Porque sólo cuando sea esa la cualidad decisiva estaremos, en realidad, ante un supuesto específico de intervención de la víctima; ya se ha señalado en los ejemplos correspondientes a las dos

instituciones anteriores que también en el marco de éstas existen supuestos en los que de algún modo interviene el sujeto lesionado; sólo que entonces se trata de supuestos en los que la calidad de titular de los bienes jurídicos afectados no es la decisiva.

La fundamentación de la especial relevancia de la víctima que aquí interesa suele plantearse -cuando ello se hace, lo que no es nada común- bajo el rótulo del “*principio de autorresponsabilidad*”. Entre los extremos metodológicos de una pura deducción de tal “principio de autorresponsabilidad” de premisas axiológicas prejurídicas y una determinación puramente funcional de tal principio dentro del sistema de imputación jurídico-penal existe también la vía intermedia -adoptada implícitamente por la mayoría de la doctrina que se ha ocupado de la cuestión- de constatar las decisiones normativas del ordenamiento jurídico como punto de partida material de la reconstrucción dogmática. En este sentido, el contenido del art. 10.1 de la Constitución española -o de otras normas constitucionales similares-, que establece el “libre desarrollo de la personalidad” como fundamento de la organización social, no puede ser entendido fuera de un sistema en el que está consagrada implícitamente una noción del ciudadano como sujeto autónomo. Además de la genérica atribución de autonomía a cada sujeto, con el correlativo principio de responsabilidad personal que ésta conlleva, al titular de los bienes jurídicos personales debe atribuirse una posición especial. Puesto que el sacrificio por parte del propio titular de esos bienes no es reprimido por el Derecho penal, y las intervenciones de terceros en actividades autolesivas es incriminada de modo excepcional por normas especiales, queda al albedrío del titular de esos bienes configurar su actividad vital de tal modo que se genere un riesgo para sus propios bienes. Como correlato de esa libertad de organización arriesgada, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella. Como punto de partida previo a la construcción dogmática, por lo

tanto, el principio de autorresponsabilidad consiste en el reconocimiento de libertad de organización, y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes.

La institución que traduce en términos dogmáticos esta necesidad de tener en cuenta el valor normativo de la autorresponsabilidad en el marco de la teoría de la imputación objetiva puede denominarse *imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima*. Esta institución opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico (“víctima”) emprende conjuntamente con otro (“autor”) una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico. La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que -en primer lugar- la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, -en segundo lugar- la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada autorresponsable, y -finalmente, en tercer lugar- el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima.

La imputación de la actividad al ámbito de responsabilidad de la víctima *no depende de la configuración fenomenológica de las aportaciones de ejecución material* de víctima y autor *per se*. En este sentido, puede haber tanto supuestos de ejecución en manos del autor en los que en caso de daño éste se impute a la víctima, como supuestos en los que, a pesar de que es la víctima quien ejecuta directamente la actividad arriesgada, el hecho se presenta como conducta típica del autor. Una vez definida la actividad conjunta de autor y víctima, el suceso debe ser imputado, en principio, al ámbito de responsabilidad de la víctima. La razón de ello está en que la esfera de autonomía de la víctima da lugar a una atribución preferente de los posibles daños a su

propio ámbito de responsabilidad. En atención a ese carácter preferente del ámbito de responsabilidad de la víctima, la atribución de los daños no puede seguir las mismas reglas que determinan, mediante la teoría de autoría y participación, cuál es el grado de responsabilidad que corresponde a los distintos intervinientes en un hecho consistente en la realización de una infracción que afecta a un tercero. Una vez constatada que es la interacción existente entre autor y víctima a la que hay que reconducir -en los términos que aún han de precisarse más adelante- la actividad arriesgada, la organización conjunta no puede ser fragmentada en aportaciones de mayor o menor rango en atención a su relevancia en la ejecución.

La distribución de las distintas aportaciones materiales a la ejecución de la actividad arriesgada, como puede ser, por ejemplo, la decisión de quién entre dos sujetos que han decidido participar en una competición de motocicletas conduzca efectivamente el vehículo (si es quien no conduce quien resulta lesionado y se presenta *ex post* como “víctima”), no modifica en nada la calidad de todo el suceso de ser una actuación conjunta dentro del ámbito de autorresponsabilidad de la víctima. Pues en este ámbito no se trata de comprobar -como sucede en la distinción entre autoría y participación- la mayor o menor “proximidad” -determinada del modo que sea dentro de la teoría de la participación- de la conducta de distintos sujetos al comportamiento típico -acerca de cuya concurrencia, al menos respecto de uno de ellos, no hay duda-, sino de determinar si la conducta del “autor” puede ser típica. Si la interacción es reconducible al actuar imputable a la víctima, desde el punto de vista normativo el factor dominante es su conducta autorresponsable.

Una vez definida la actividad conjunta en la que se embarca la víctima junto al autor, la imputación de esa actividad conjunta al ámbito de responsabilidad de la víctima -concurriendo los demás requisitos- se

produce en términos *objetivos*. Que esto deba ser así viene determinado no sólo por el marco sistemático, la teoría de la imputación objetiva, sino también por un rasgo característico de las constelaciones en cuestión: la interacción entre autor y víctima. En efecto, en el presente ámbito el riesgo para los bienes es creado conjuntamente por autor y víctima. Desde esta perspectiva, no tiene sentido preguntar de modo aislado respecto de cada uno de ellos qué representación subjetiva debe tener el “autor” para poder ser autor, ni qué representación subjetiva cabe requerir de la “víctima” para que no se la considere víctima en sentido estricto -sujeto pasivo de un hecho delictivo-, sino responsable de sus pérdidas. Pues el horizonte relevante para considerar hasta qué punto estas cuestiones merecen una respuesta afirmativa o negativa sólo puede hallarse en lo configurado conjuntamente, en este sentido -y coincidiendo con el significado del término en el marco de la teoría de la imputación objetiva (del comportamiento)-, en un plano objetivo.

Dicho de otro modo, en ninguna de las dos direcciones (autor-víctima) la cuestión puede hacerse depender de la representación subjetiva de los intervinientes. Esto no significa, sin embargo, que la representación de víctima y autor carezca de relevancia a la hora de configurar el marco de la actuación conjunta. Esta, por el contrario, quedará definida en la mayoría de las ocasiones incluyendo las perspectivas, las representaciones subjetivas de los intervinientes. Lo que se quiere decir es que no pueden ser los datos subjetivos “desnudos”, no introducidos en la actuación conjunta de autor y víctima, los que deban decidir una u otra calificación. Pues de acuerdo con la estructura interactiva de las constelaciones en cuestión, sólo de un modo relativo, introduciendo la perspectiva común de autor y víctima, puede llegarse a la calificación. Este significado objetivo, situado en un plano superior al de las representaciones de autor y víctima, se determina conforme a patrones normativos: sólo aquellos aspectos de la organización son “conjuntos”

que se presenten como un elemento inherente a la actividad elegida por la víctima. Nadie puede ser distanciado de los riesgos implícitos en una actividad suya que pone en peligro sus bienes sin ser autocontradictorio y sin que se ponga en duda su autorresponsabilidad. El punto decisivo, por lo tanto, está en determinar -a la hora de concretar cuándo la actividad conjunta es “suya”, le es imputable- en qué medida el contacto puede ser definido por la víctima de modo unilateral como inocuo, cuándo es el autor el que instrumentaliza a través de su organización a la víctima, y a partir de qué punto la organización conjunta abandona esa esfera y obtiene un significado objetivo autónomo independiente del arbitrio de los intervinientes.

En el caso n° 2.5. -entrega de heroína- parece que puede constatarse un muy amplio consenso doctrinal (y también el correspondiente reflejo en la jurisprudencia) en torno a la idea de que en condiciones “normales” del mercado ilegal, la entrega de estupefacientes (sin perjuicio de la responsabilidad jurídico-penal sólo por esa conducta) a personas responsables no crea un riesgo jurídicamente desaprobado de muerte: las consecuencias del consumo de sustancias estupefacientes son asunto de cada uno. También puede llegarse a una solución similar en el supuesto n° 2.6. (relaciones sexuales en las que se transmite el VIH). Si se parte de que VIH y SIDA no son ya desconocidos en nuestras sociedades, puede llegarse a afirmar que en un contacto casual, poco intenso, como el referido, no hay en el hecho de mantener relaciones sexuales una afirmación implícita en el sentido de “y además, esto no genera ningún riesgo que parta de mí”: lidiar con los riesgos de contagio implícitos en tal contacto sexual es asunto de cada cual. El razonamiento, claro está, depende de qué papel social juegue la infección en cuestión. Si ya es un hecho incorporado a la vida social, ello debe tenerse en cuenta. Y quien piense que no puede ser correcto que el tipo de homicidio no prohíba la génesis consciente de un riesgo potencialmente mortal, debe hacer el experimento mental

correspondiente a la imprudencia inconsciente: si el riesgo de transmitir el VIH es sólo asunto del portador, deberá afirmarse la posible responsabilidad homicidio imprudente (o, al menos, por lesiones corporales graves por imprudencia) de quien, debiendo sospechar que puede ser portador (por su vida sexual previa; por ser originario de un determinado país con alta prevalencia de la enfermedad; por haber sufrido una operación quirúrgica antes de los análisis sistemáticos en las transfusiones de sangre, etc.), a pesar de ello mantiene relaciones sexuales de riesgo.

Cumpléndose los criterios acabados de exponer, puede afirmarse que la conducta del “autor” no es objetivamente imputable -a pesar de no concurrir ni un riesgo permitido ni una prohibición de regreso- en supuestos como la entrega de estupefacientes u otras sustancias peligrosas, las conductas conjuntas arriesgadas en el marco del tráfico rodado, como las competiciones irregulares o el hecho de que un conductor ebrio transporte a otro sujeto, o determinados casos en los que se produce un contagio de una peligrosa enfermedad.

4.3. La imputación objetiva del resultado

4.3.1. Planteamiento

La teoría de la imputación objetiva no sólo establece criterios normativos para la determinación de la tipicidad de la conducta, sino que también -y este es el ámbito al que incluso suele ser conectada de modo prioritario esta teoría, como antes se ha recordado- ofrece las máximas para constatar, una vez que se ha afirmado que la conducta es típica, cuándo el resultado producido debe ser reconducido, imputado, a la conducta: es ésta la imputación objetiva del resultado o imputación objetiva en sentido estricto. Con independencia de las controversias que han acompañado a la determinación de las relaciones

sistemáticas existentes entre los dos sectores de la imputación objetiva, lo cierto es que existe un consenso generalizado acerca de que también en el segundo sector hay una serie de criterios normativos que permiten realizar esa atribución del resultado a la conducta.

Como ha señalado con particular claridad *Jakobs*, de lo que se trata en este segundo escalón de análisis es de *explicar* el resultado lesivo producido. Sólo podrá considerarse el resultado consecuencia de la conducta típica cuando ésta aparezca como el factor causal determinante del resultado. En este sentido, como es natural, esta cuestión adquiere relevancia cuando concurre junto al comportamiento típico *otra* explicación alternativa, como puede ser un accidente o la conducta de otro sujeto.

El análisis de estas constelaciones de casos en ocasiones conduce a una discusión acerca de si ciertas cuestiones deben ubicarse realmente en el plano de la imputación objetiva del resultado, o pertenecen más bien al primer nivel de la imputación objetiva. En un número considerable de casos se constatará que son acertadas las palabras de *Luzón Peña* -expresando una preocupación creciente en determinados sectores de la doctrina que se han ocupado del ámbito que aquí interesa- en el sentido de que “...se está sobrecargando indebidamente el ámbito de la imputación objetiva del resultado con problemas que pueden y deben resolverse en otro lugar distinto dentro de la estructura del tipo...”. Concretamente, se observará que algunas de las constelaciones de casos que vienen tratándose por la doctrina como problemas pertenecientes a la imputación del resultado -probablemente, por razón de la existencia de una secuencia temporal entre conducta del autor y otro factor concurrente- deben considerarse cuestiones que afectan ya al carácter típico de la conducta, es decir, a algunas de las instituciones delineadas en el apartado anterior.

4.3.2. *Criterios de interrupción del nexo de imputación*

En lo que sigue, se examinarán algunas de las constelaciones de casos que suelen plantearse en la doctrina en este contexto -también aquí, desde luego, sin ánimo de exhaustividad- con mayor frecuencia: *por un lado*, dos cuestiones previas: en primer lugar, la relevancia de las formulaciones hipotéticas para determinar la conexión entre conducta y resultado, en segundo lugar, la problemática que genera el transcurso de un largo lapso de tiempo entre la realización de la conducta típica y la producción del resultado. *Por otro lado*, la problemática de la imputación de resultados en sí, es decir, la existencia de riesgos concurrentes junto al generado por la conducta típica. Aquí, la línea directriz está en la identificación del riesgo que aparezca como explicación del resultado. En primer lugar, han de abordarse, los supuestos de interrupción del nexo de imputación, bien por riesgos que forman parte de la normalidad social, de lo que se podría llamar “riesgo vital”, bien por riesgos generados por la intervención de otros sujetos que introducen riesgos nuevos con posterioridad a la conducta típica inicial.

4.3.2.1. *Cuestiones previas*

a. Las hipótesis, los supuestos de “comportamiento alternativo ajustado a Derecho” y la doctrina del incremento del riesgo

Desde mucho antes del surgimiento de la teoría de la imputación objetiva -en el marco de la relación de causalidad- viene discutiéndose en la doctrina (y en resoluciones judiciales) acerca de la relevancia que debe corresponder en la valoración de un hecho, concretamente, en la atribución de un resultado a una conducta, a *consideraciones hipotéticas* de haberse producido circunstancias al menos parcialmente distintas. En este contexto, se sostiene de modo prácticamente unánime que

estas consideraciones carecen de relevancia cuando de lo que se trata es de valorar una *causa de reemplazo*: en efecto, en lo que se refiere a la imputación de la muerte al autor de un disparo, es indiferente que su víctima fuera a morir minutos después por una enfermedad. Pues los delitos de resultado no se refieren al aseguramiento de las posibilidades de supervivencia de un bien, sino a su efectiva destrucción.

La fórmula hipotética más extendida en la imputación del resultado incorpora a ésta no cualesquiera otras hipótesis, sino sólo la hipótesis de qué hubiera sucedido si el autor se hubiera comportado correctamente (“*comportamiento alternativo ajustado a Derecho*”). En este sentido, se dice -por parte de la doctrina tradicional- que el resultado no resulta imputable cuando éste se hubiera producido con probabilidad rayana en la certeza aunque el sujeto se hubiera comportado correctamente. Esta fórmula plantea especiales dificultades cuando precisamente no es seguro lo que hubiera sucedido: así, por ejemplo, cuando un médico prescribe equivocadamente un determinado medicamento (por ejemplo, por tratarse de un medicamento con efectos secundarios que ha sido sustituido en la *lex artis* por otros más modernos), el paciente muere, y un posterior dictamen pericial indica que la muerte quizás también se hubiera producido de haberse recetado el medicamento indicado por la *lex artis*, al mostrar el paciente -sin que ello pudiera percibirse- una acusada sensibilidad hacia todos los medicamentos de esta clase, permitidos y no permitidos. Es a este contexto al que pertenece también el caso aquí presentado en último lugar (caso n° 2.8., que reproduce un supuesto real sucedido en España hace unos meses).

Para resolver estos supuestos, frente a la doctrina tradicional que exige la concurrencia de una probabilidad rayana en la certeza respecto de la evitación de haberse comportado el autor correctamente, un nutrido grupo de autores -encabezado precisamente por *Roxin*- propone

imputar el resultado aunque no sea seguro que la conducta ajustada a Derecho hubiera evitado el resultado. Conforme a esta “*teoría del incremento del riesgo*”, una vez que se ha comprobado que el autor generó un riesgo desaprobado -y que no es seguro que su ausencia no hubiera evitado el resultado- debe imputarse el resultado como realización del riesgo típico, ya que no sería lícito disgregar artificiosamente el riesgo que se realiza en el resultado en un segmento permitido (en el caso referido: el riesgo derivado -por la constitución delicada del paciente- de la administración de cualquier medicamento, específicamente, de los medicamentos indicados por la *lex artis*) y uno no permitido (la administración de un medicamento no indicado).

Lo cierto es que un examen algo más detenido de la fórmula utilizada por la doctrina tradicional no tiene valor cognitivo alguno: en efecto, la hipótesis de que haya sido el riesgo no permitido el que se ha realizado en el resultado y la hipótesis de que ha sido el riesgo permitido el que se ha realizado se bloquean mutuamente, al poder manipularse las distintas alternativas hipotéticas de conducta alternativa ajustada a Derecho. Por ello, más allá de la formulación de hipótesis lo que procede es *determinar si la norma de cuidado infringida estaba dirigida a la evitación del resultado en cuestión, es decir, si su respeto sirve a evitar de modo planificable ese tipo de resultados*.

En el caso al que se está haciendo referencia, parece claro que la exclusión de determinados medicamentos de los que resultan indicados para su prescripción está destinada a evitar daños en el paciente. Lo que sucede en el caso es que se desconoce si es ese riesgo (evitable de modo planificable mediante la no prescripción) el que se ha realizado, o, por el contrario, el riesgo general (no evitable mediante la no prescripción) que conlleva la administración de *todo* medicamento, también de los indicados, es decir, el riesgo que podemos denominar “hipersensibilidad del paciente”. Así las cosas, lo que sucede es que *no*

hay prueba de que fuera efectivamente la conducta típica la que produjo el daño: mientras que la doctrina tradicional hace un uso tautológico de hipótesis, la doctrina del incremento del riesgo cae en un error igualmente grave: infringe el principio *in dubio pro reo* y convierte un delito de resultado en una infracción de peligro.

b. La relevancia del transcurso del tiempo entre conducta y resultado

Existe un numeroso grupo de constelaciones de casos que vienen planteándose en la doctrina bajo la rúbrica de “daños consecuenciales” o “derivados” y cuyo denominador común está en que, una vez realizada la conducta típica, el resultado se produce después de transcurrido un considerable lapso de tiempo, es decir, que el daño es “consecuencia” de la conducta del autor, pero no una consecuencia inmediata en el tiempo.

En este contexto, puede pensarse en dos grandes grupos de supuestos: por un lado, aquellos en los que existen lesiones de carácter permanente o transitorio producidas por el autor que un tiempo después -por ejemplo, años más tarde- son la base de un ulterior daño: el sujeto lesionado, que quedó paralítico por una lesión producida, no puede salir de un edificio en llamas décadas después; la niña que es ingresada en un hospital por un envenenamiento producido por una prescripción farmacéutica inadecuada y muere por una infección en el hospital. Por otro lado, aquellos casos en los que las lesiones iniciales conducen por su propia naturaleza a un proceso lento al final del cual está un ulterior daño: así, por ejemplo, enfermedades como el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, o un envenenamiento o una contaminación con sustancias radioactivas que producen la muerte muchos años después.

El tratamiento de ambos grupos de constelaciones es diferente. En el primer grupo de casos se trata de supuestos de concurrencia de riesgos;

es decir, se trata de determinar si el riesgo surgido con posterioridad (el incendio y la imposibilidad de escapar, la infección) interrumpen el nexo de imputación. Tan sólo hay que señalar que la existencia de determinados daños permanentes, como es lógico, imponen ciertas precauciones exigibles a la víctima.

En el segundo grupo de casos, sin embargo, no hay tal concurrencia de riesgos: el riesgo inicial es el que se realiza, sólo que después de un lapso de tiempo muy considerable. A este mero transcurso del tiempo se le ha atribuído distinta relevancia en la doctrina; mientras que unos piensan que el mero paso del tiempo no afecta *per se* a la imputación del resultado, otros quieren excluir esta imputación, al menos respecto de determinadas constelaciones de casos; también se ha propuesto estimar una reducción del injusto en atención a que no se trata de supuestos de destrucción inmediata de la vida, sino de acortamiento de ésta.

Parece claro que los inconvenientes procesales que puedan derivar del gran lapso de tiempo existente entre la conducta del sujeto y la lesión no pueden hacer desaparecer sin más el vínculo entre riesgo y resultado: en efecto, lo que atribuye, por ejemplo, gravedad precisamente al VIH no está en las molestias o enfermedades oportunistas que va produciendo, sino el desenlace final después del colapso del sistema inmunológico. Sí parece razonable, sin embargo, pensar en una disminución de la pena por reducción del injusto.

4.3.2.2. Riesgos concurrentes

Finalmente, ha de abordarse brevemente el campo en el que en realidad se produce el proceso normativo de imputación del resultado: aquel en el que compiten dos riesgos por ser identificados como los decisivos respecto del resultado, como posibles explicaciones de éste. En primer

lugar, cabe identificar un sector de supuestos en los que ya desde un principio parece claro que el riesgo creado por el autor carece de relación con el resultado producido, pues aunque existe una conducta típica por parte del autor, el riesgo que se realiza en el resultado es otro distinto (cuestión que suele abordarse frecuentemente bajo el rótulo del “fin de protección de la norma de cuidado”).

Se debe llegar a esta conclusión, en principio, en dos ámbitos: *en primer lugar*, puede suceder que el riesgo creado por el autor sólo contribuya de modo causal a la producción del resultado, pero que en realidad se realice un *riesgo general de la vida*. Esta posibilidad concurre, por ejemplo, si un sujeto secuestra a la víctima y ésta muere en un accidente de circulación -inevitable- durante el secuestro: no hay, en puridad de términos, siquiera un riesgo típicamente relevante de muerte. A este contexto pertenecen también los daños derivados de una conducta delictiva mediados por una gran impresión emocional: en los llamados casos de *shock*; si, por ejemplo, al tener conocimiento un padre de la muerte por homicidio de su hijo, sufre un ataque al corazón, esta lesión no le resulta atribuible al autor del homicidio.

Por otro lado, aún en casos en los que sí existe tal riesgo inicial -por ejemplo, en el frecuentemente citado caso en el que la víctima muere, después de ser apuñalada, camino del hospital en la ambulancia a causa de un accidente de circulación-, el resultado no resulta imputable -sí una tentativa cuando se trata de una conducta dolosa- cuando ese riesgo inicial se ve sustituido por otro riesgo concurrente que forma parte de los riesgos generales de la vida -en el caso de la ambulancia: el riesgo “tráfico rodado”-.

En segundo lugar, puede que el riesgo creado por el autor esté relacionado con el ámbito en el que se produce el resultado -es decir, que no pueda considerarse un accidente debido a un riesgo vital-,

pero éste no se realice porque la conducta de otro sujeto -que puede ser la propia víctima- introduce un *riesgo nuevo* distinto del creado por el autor. Esto es bastante evidente, por ejemplo, en el caso de un automovilista que circula por el lado izquierdo de la vía -infringiendo su deber de hacerlo por la derecha- cuando un peatón se abalanza de modo repentino sobre la calzada; no cabe establecer conexión entre la infracción del conductor y el resultado producido.

Sin embargo, la solución no resulta tan sencilla cuando no puede establecerse de modo nítido que el riesgo inicial no es típicamente relevante respecto del específico resultado producido, o, lo que es lo mismo, que la conducta del sujeto que actúa con posterioridad realmente introduce un riesgo nuevo. En efecto, en muchas ocasiones, el resultado se produce como concreción del riesgo inicial generado por el autor, pero la conducta posterior -dicho, de momento, de modo aproximativo- es de algún modo descuidada o inadecuada. En este contexto, son de interés supuestos como el del caso n° 2.7., es decir, supuestos en los que a una lesión inicial se suma un tratamiento médico inadecuado, o la omisión de tal tratamiento médico, o múltiples configuraciones de casos en los que la conducta “descuidada” es llevada a cabo con posterioridad a la lesión inicial por parte de la víctima. La problemática en este ámbito es abordada en la doctrina sobre todo desde la perspectiva de la conducta que se anuda a la conducta y lesión iniciales.

En este sentido, un sector de la doctrina ha propuesto excluir la imputación cuando la conducta posterior de la víctima o del segundo sujeto actuante sea (al menos) “gravemente imprudente”. Otros autores, en cambio, adoptan una posición que en vez de valorar la gravedad de la imprudencia del comportamiento del sujeto que actúa con posterioridad o de calificar por analogía la conducta de la víctima -y a que ésta, como es lógico, no es accesible a una calificación jurídico-

penal-, parte de un inicio vinculado a las características del riesgo inicial y que resulta potencialmente más estricto respecto de la exclusión de la imputación del resultado al autor.

Respecto de estas dos tendencias -caracterizadas de este modo sólo a grandes rasgos-, puede decirse, en primer lugar, que no parece adecuado hacer depender la constatación -realizada *ex post*- de la materialización del riesgo creada por la conducta del autor de la “calificación” que pueda llevarse a cabo respecto de la conducta posterior de la víctima o de la valoración jurídico-penal que merezca el comportamiento posterior de un tercero.

En efecto, la posible relevancia de las características de la conducta de la *víctima* en cuanto a su significado normativo ha de tenerse en cuenta -como se ha propuesto aquí- en el plano de la tipicidad de la conducta del autor -en su caso, imputando lo sucedido al ámbito de responsabilidad de la víctima y excluyendo la imputación objetiva de la conducta del autor-, cuando la existencia de una interacción convierta el suceso en algo común de autor y víctima. Sin embargo, una vez constatada la relevancia típica de la conducta del autor, o, lo que es lo mismo, la imputación objetiva del comportamiento de éste -ya que en los casos que ahora son de interés no existe, por definición, una “organización conjunta” en el sentido antes expuesto-, la posible relevancia de una conducta posterior de la víctima sólo puede derivar de que ésta afecte a la “emanación” de la conducta objetivamente imputable del autor, es decir, que afecte a la dimensión de riesgo de ésta. Y para verificar esa posible relevancia, como parece claro, es necesario partir del riesgo creado, es decir, de la posible influencia de la conducta posterior en el mismo, y no de la calificación -”gravemente imprudente” o no- que merezca la conducta de la víctima. Y *mutatis mutandis* rige lo mismo respecto de una conducta inadecuada posterior de un *tercero*; dicho brevemente: la calificación de su conducta afecta,

como es lógico, a *su* responsabilidad penal; pero no puede influir en el juicio de atribución del resultado al primer sujeto. En este sentido, parece preferible seguir, en principio, la orientación propuesta por la segunda de las tendencias doctrinales aludidas. La referencia a la “imprudencia” del sujeto que actúa en segundo lugar hecha por el primero de los sectores doctrinales mencionados puede entenderse, en todo caso, precisamente como una referencia terminológicamente poco precisa a lo que se acaba de exponer.

5. Algunas conclusiones

Concluido el breve repaso de algunos de los contenidos de la teoría de la imputación objetiva, parece que pueden formularse dos conclusiones respecto de las dos cuestiones aquí planteadas:

5.1. La teoría de la imputación objetiva es el contexto teórico en el que se delinea el alcance objetivo *real* de las normas penales, de los tipos delictivos, no una mera tópica de problemas de imputación del resultado. Dicho con un ejemplo: cuando el Código penal prohíbe el “homicidio culposo”, de una mera operación lingüística no cabe extraer si debe considerarse que concurre una conducta de “homicidio” cuando, por ejemplo, un automovilista mata fácticamente a un peatón atropellándolo o cuando un padre produce fácticamente la muerte de su hijo al permitirle subir a un tobogán. Desde el punto de vista meramente natural, está claro que existe una relación fáctica (“causalidad”) entre las conductas respectivas y los resultados lesivos. Por el contrario, en el plano normativo -este es el contexto de la teoría de la imputación objetiva- habrá que verificar -para saber lo que significa “matar” o “homicidio”, y si concurre tal homicidio o, por el contrario, estamos ante un accidente o de un hecho del que responde la “víctima” u otro sujeto distinto- cuál es lo que se suele denominar el “riesgo permitido” en los respectivos contextos, es decir,

en el primer caso, consultando las normas jurídicas en materia de Derecho de la circulación (¿circulaba el automovilista a la velocidad permitida? ¿cruzó el peatón de modo reglamentario?, etc.), en el segundo, acudiendo a la *praxis* social (adecuación social: teniendo en cuenta la edad del niño y la altura del tobogán ¿era razonable en el correspondiente contexto social permitirle al niño que subiera? etc.).

Entendida la teoría de la imputación objetiva de este modo, es un procedimiento de interpretación de los tipos penales que significa la conexión entre el texto de la Ley y la realidad social.

5.2. Así las cosas, se trata de una teoría explicativa que es perfectamente aplicable a cualquier ordenamiento en el que exista el principio de legalidad que da carta de naturaleza a cualquier teoría del delito. El hecho de que se trate de una sociedad económicamente injusta, desigual, no impide la virtualidad de esta teoría. Es más: puede contribuir a mostrar con mayor claridad tal desigualdad que otras opciones teóricas menos articuladas, puede mostrar con mayor claridad un divorcio entre la norma y la realidad social. Por ejemplo: si las normas administrativas de un determinado país exigen en materia de seguridad en los alimentos que los establecimientos de venta de comestibles dispongan de un aparato de refrigeración de determinadas características, han de interpretarse -en el marco de la teoría de la imputación objetiva- las normas penales que puedan estar en relación con ello de acuerdo con ese Derecho administrativo. Así, si un consumidor compra un pastel de manzana ofrecido en un establecimiento, y éste está en mal estado y produce lesiones a quien lo come, y las malas condiciones del pastel vienen determinadas por la ausencia del aparato de refrigeración reglamentariamente prescrito, la conclusión es clara: se ha creado un riesgo no permitido de lesión con la venta del pastel, la conducta es objetivamente típica de un delito de lesiones. Ahora bien, si resulta que el aparato de refrigeración prescrito tiene un coste tan alto que es

inalcanzable para la gran mayoría de pequeños comerciantes de barrio, de modo que su exigencia les condena a la ilegalidad en su actividad, queda claro cuál es el significado político de tal solución jurídica, y cuál es la tensión entre el alcance normativo-objetivo de la Ley penal y las posibilidades individuales (subjetivas, económicas, etc.) de cumplimiento para los integrantes de las clases sociales ubicadas en los segmentos sociales más desfavorecidos por el sistema de explotación.

Dicho de modo frívolo: la teoría de la imputación objetiva no impulsa la revolución (ninguna teoría *jurídica* lo hace), pero deja al descubierto las razones que puede haber para hacerla.

Bibliografía

- Cancio Meliá, Manuel/Ferrante, Marcelo/Sancinetti, Marcelo. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires, 1998 (Bogotá, 1998).
- Cancio Meliá, Manuel. *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Mendoza, 2001 (México D.F., 2001).
- Castaldo, Andrea R. *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989.
- Feijóo Sánchez, Bernardo. *Teoría de la imputación objetiva. Estudio crítico sobre fundamentos dogmáticos y evolución*, México D.F., 2000.
- Frisch, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva* (traducción de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo, Carlos Pérez del Valle, Yesid Reyes Alvarado y Arturo Ventura Püschel), Madrid, 1995.
- Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá), Bogotá, 1994 (Buenos Aires, 1996; Madrid, 1996; Lima, 1998; México, 2001; Sao Paulo [trad. al portugués -de André Callegari- con base en la trad. española], 2002).
- Martínez Escamilla, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992.
- Puppe, Ingeborg. *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales* (traducción de Percy García Caveró) Granada, 2001.
- Reyes Alvarado, Yesid. *Imputación objetiva*, Bogotá, 1994.
- Roxin, Claus. *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976 (traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña)
- Rueda Martín, María Ángeles. *La teoría de la imputación objetiva*

del resultado en el delito doloso de acción (una investigación, a la vez, sobre los límites ontológicos de las valoraciones jurídico-penales en al ámbito de lo injusto) Barcelona/Bogotá, 2001.

Sancinetti, Marcelo. *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, 1997 (Bogotá, 1996).

LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Claudia López Díaz

I. Introducción

Junto con la relación de causalidad, la doctrina se refiere a lo que se ha denominado: “La moderna teoría de la imputación objetiva”. Sin embargo, hay confusión acerca de lo que debe entenderse por imputación objetiva, que puede obedecer a diversos motivos: la novedad de la discusión, que provoca frecuentes mutaciones en lo que dicen muchos autores; la actitud negativa para aprender una nueva teoría del delito; la creencia errada de que en Colombia no se pueden aplicar las teorías desarrolladas en el derecho alemán; el querer resumir los casos límites en grupos estrictos; el no entender su relación con la problemática de la causalidad ni sus implicaciones con la teoría general del delito; creer que la imputación sólo puede aplicarse a determinado tipo de delitos¹.

Considero que es importante impulsar el conocimiento de la imputación objetiva, pues con ella logramos resolver sin mayor dificultad casos que, a través del tiempo aplicando otras teorías, se pensaba tenían soluciones no ajustadas a derecho ni a la justicia.

¹ Cfr. Colección de Estudios números: I, 2, 3, 5, 8, II, I3, I4, 20 y Colección de Cuadernos de Conferencias y Artículos: I, 4, 6, I2, I5, I8, I9, 23, 26, ambas de la Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá.

La construcción del sistema del derecho penal ha oscilado entre el ontologismo y el normativismo. Este movimiento pendular puede observarse en las cuatro etapas más importantes que han caracterizado el desarrollo de la teoría del delito: naturalismo, neokantismo, finalismo y funcionalismo. Hemos transitado desde un concepto de imputación basado estrictamente en criterios empíricos (teoría causal de la acción) hasta llegar a un concepto fundamentado normativamente (teoría de la imputación objetiva).

Desde la perspectiva del naturalismo, el tipo penal fue concebido con base en criterios propios de las ciencias naturales, y por esta razón se elaboró sobre el dogma de la causalidad. La acción se entendía como una modificación del mundo exterior ocasionada por una manifestación de voluntad del sujeto, comprendida ésta como una simple inervación muscular. Para la realización del tipo bastaba demostrar que entre la actividad del sujeto activo y el resultado existía un nexo de causalidad que debía ser comprobado empíricamente. La imputación se redujo entonces a la relación de causalidad, y la teoría que sirvió de base para la explicación de este elemento fue la de la equivalencia, según la cual un resultado es consecuencia de todas las condiciones que han contribuido a su producción.

La primera fractura del naturalismo se presenta a comienzos del siglo XX, con la aparición de la filosofía neokantiana que ejerció un fuerte influjo en el derecho penal. El neokantismo produce un cambio de orientación metodológica. Además de la introducción de criterios de valor en el análisis de las categorías dogmáticas (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), uno de sus puntos de partida es que por un estudio empírico de la realidad no pueden encontrarse fundamentos normativos para su valoración (la llamada falacia naturalista); es decir, que del “ser” no se infiere ningún “deber ser”. Una de las principales consecuencias de esta concepción se reflejó en

la teoría del tipo: había que separar la causalidad de la imputación, porque de la causalidad como dato empírico no podían desprenderse los juicios de valor propios de la responsabilidad penal. Había que tomar el dato óntico de la causalidad tal como se presenta en la realidad, para examinarlo de conformidad con los criterios de valoración que brindaba el ordenamiento jurídico. Esta tarea la inició la teoría de la adecuación y de la relevancia típica, y la continuó la más moderna teoría de la imputación objetiva.

Del normativismo propio del neokantismo vuelve el derecho penal a una perspectiva ontologista: el finalismo. A finales de la década de los treinta, Hans Welzel lanza una severa crítica contra el naturalismo y el neokantismo y edifica el tipo penal con base en criterios prejurídicos. Con apoyo en las llamadas “estructuras lógico objetivas”, parte del punto de vista de que el legislador está atado a ciertos elementos ónticos que no puede modificar arbitrariamente. Uno de ellos es el de la acción final. El comportamiento humano se caracteriza porque el hombre, con fundamento en su saber causal, tiene capacidad para dirigir el curso de los acontecimientos hacia la consecución de determinados fines. Si la teoría del delito debe elaborarse con sujeción a las estructuras ónticas, a la naturaleza de las cosas, esto implica el traslado del dolo, que hasta entonces se hallaba ubicado en la culpabilidad, al tipo penal. Con esta modificación, el corrector, el limitante a la teoría de la equivalencia de las condiciones se encontraba en el dolo, que era un elemento del tipo, y en el dominio del hecho como criterio básico para la determinación de la autoría.

Sin embargo, hay que destacar en la sistemática finalista que también se trabajaba con tres elementos básicos que luego los tomará la teoría de la imputación objetiva: la adecuación social, el deber de cuidado necesario en el tráfico para el injusto del delito imprudente y el nexo de antijuridicidad entre el comportamiento riesgoso y el resultado.

Estos elementos ayudan hoy a explicar las instituciones del riesgo permitido, la prohibición de regreso y la realización del riesgo.

La orientación actual del derecho penal es de tipo funcionalista. La tendencia moderna se dirige a que las categorías dogmáticas no pueden elaborarse con base en elementos prejurídicos. Implica una ruptura con la dogmática ontologicista, porque los elementos de la teoría del delito tienen que ser interpretados de conformidad con los fines y funciones que cumple el derecho en la sociedad. Esto apunta, en consecuencia, a una renormativización de la teoría del delito. Su contenido dependerá de la misión que se le asigne al derecho penal: ¿Protección de bienes jurídicos? ¿Dirección de conductas? o ¿estabilización de expectativas sociales?

En los delitos de resultado la consumación de la acción punible depende de la realización del resultado típico. Acción y resultado no deben ser considerados separadamente, están en relación mutua de tal forma que el resultado se le pueda imputar al autor como producto de su comportamiento; como su obra².

Con la demostración de que una conducta es causal respecto al resultado, se plantea inmediatamente la pregunta sobre si a un autor se le puede imputar objetivamente este resultado. Sin embargo, la causalidad no es la única condición para la imputación de un resultado. Se requiere además que esa relación de causalidad comprobada también satisfaga las exigencias normativas particulares que resultan del respectivo tipo penal y de la teoría general del tipo penal correspondiente. Por esta razón, en el marco de la imputación del

² La doctrina mayoritaria considera hoy que hay dos categorías sucesivas e independientes en el tipo penal: la causalidad y la imputación. Posición que aquí no se comparte, pues estamos de acuerdo con los lineamientos de la teoría funcionalista estructural.

resultado típico debe diferenciarse rigurosamente entre la causalidad del resultado y los criterios normativos, en virtud de los cuales únicamente se puede resolver la pregunta de la imputación objetiva.

Hoy la necesidad de relación causal y determinación de la acción típica, enfrentan una aguda crisis. Respecto a la primera, la existencia de una relación de causalidad, es actualmente cuestionada, por lo que hoy se prefiere hablar de relación de riesgos. Y de la determinación de si una conducta es o no típica, se ha demostrado, a través de la aparición de las diversas teorías causales, que estas son incapaces de delimitar cuáles actividades deben o no considerarse típicas. Se ha demostrado que este es un juicio eminentemente normativo. Conforme a la teoría de la imputación objetiva sólo puede resultar objetivamente imputable un resultado cuando la acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto de acción protegido y el peligro se ha realizado en el resultado típico.

El anterior Código Penal colombiano contenía en su articulado de la Parte General una disposición expresa que regulaba el problema de la relación de causalidad y señalaba la existencia necesaria de un vínculo causal entre el comportamiento activo u omisivo y el resultado por él determinado. En efecto, decía el artículo 21 inciso primero:

“**Causalidad.** Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de éste, no es consecuencia de su acción u omisión. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo”

Al optar Colombia por ésta técnica legislativa se afilió, en principio, a la teoría de la equivalencia de las condiciones representada principalmente por Stuart Mill, Julius Glaser y Maximilian von Buri.

Afirma esta teoría que un resultado es causado por una acción, cuando ésta no puede ser supuestamente excluida sin que el resultado desaparezca en su forma concreta. Si suprimo mentalmente la acción y el resultado de todos modos se produce, es porque no existe un nexo de causalidad entre el comportamiento y la modificación del mundo exterior. En los delitos de omisión debemos preguntarnos qué hubiera pasado si se realiza la acción exigida: si suponemos mentalmente que se ha realizado la acción exigida y el resultado no se produce, es porque existe una relación hipotética de causalidad.

En el nuevo estatuto penal colombiano (ley 599 de 2000) encontramos que en el Título Primero, que se refiere a las normas rectoras, se establece en el inciso primero del artículo 9º:

“Conducta punible: Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado...”
(Destacado fuera de texto)

Nos parece que esta disposición así concebida es, sin duda, un gran avance en relación con el anterior artículo 21, ya que se rompe con el dogma causal³. Con ella se permite al aplicador del derecho, con fundamento en las respectivas propuestas doctrinales, en constante evolución, hacer correctivos normativos a la teoría pura de la causalidad material. Sin embargo, tal como lo he sostenido en diversas oportunidades, considero que este tema no debe ser expresamente resuelto por el legislador. Por sus permanentes avances debe quedar en manos de la doctrina y de la jurisprudencia.

³ En Colombia, hasta hace unos pocos años, se aplicó ciegamente el censurado principio: “causa causae causa causati”(el que es causa de la causa es causa del mal causado). Hoy, gracias a los juiciosos estudios, de algunos ex magistrados de la Corte Suprema de Justicia, doctores: Carlos Augusto Gálvez Argot, Fernando Arboleda Ripoll, Carlos Mejía Escobar;

El actual artículo 9º del Código Penal, trata al delito como conducta punible, mientras que el Código Penal del 80 hablaba de hecho punible y el del 36 de infracción. Esto en razón a que el constituyente de 1991, en los artículos 29, 86 y 198 ha acogido la teoría del derecho penal de acto⁴, en oposición al derecho penal de autor. Así pues, el tipo objetivo no se deberá estructurar más con base en la sola causalidad material entre conducta del sujeto agente y resultado, porque ella por sí

Jorge Aníbal Gómez Gallego y Jorge Enrique Córdoba Poveda, y de los Magistrados Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Yesid Ramírez y Germán Galán Castellanos, apreciamos un importante cambio jurisprudencial, ya que, aún en vigencia del Código Penal del 80, se aplicaba la teoría de la imputación objetiva, a pesar de que varios necios opositores señalaban que el Art. 21 del C.P. impedía tal interpretación.

⁴ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-239/97. “El artículo 29 de la Constitución, en armonía con la definición del carácter político del Estado como Social de Derecho, y del postulado de respeto a la dignidad de la persona humana, consagra el principio de que no hay delito sin conducta, al establecer que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa”. En estos términos, es evidente que el Constituyente optó por un derecho penal del acto, en oposición a un derecho penal del autor. Desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente. El derecho penal del acto supone la adopción del principio de culpabilidad, que se fundamenta en la voluntad del individuo que controla y domina el comportamiento externo que se le imputa, en virtud de lo cual sólo puede llamarse acto al hecho voluntario. (...) “Para el derecho penal del acto, uno de los criterios básicos de imposición de la pena es el grado de culpabilidad, de tal manera que a su autor se le impone una sanción, mayor o menor, atendiendo a la entidad del juicio de exigibilidad, es decir, la pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad. No obstante, es de considerar que el aspecto subjetivo de la prohibición no se agota, en todos los casos, en las formas de culpabilidad que enumera el Código Penal (dolo, culpa y preterintención). La ilicitud de muchos hechos no depende únicamente de su materialización y realización consciente y voluntariamente, sino que debe tenerse en cuenta el sentido específico que a la acción u omisión le imprime el fin perseguido por el sujeto. Tales componentes psicológicos pueden ser tenidos en cuenta únicamente cuando es el propio tipo el que de modo expreso los acoge, ya sea para fundamentar el injusto, su agravación, atenuación o exclusión. Esos componentes subjetivos adicionales cumplen la función de distinguir un comportamiento punible de otro que no lo es, o de diferenciar entre sí varias figuras delictivas. Para graduar la culpabilidad deben tenerse en cuenta los móviles de la conducta, pero sólo cuando el legislador los ha considerado relevantes al describir el acto punible. Dichos móviles, que determinan en forma más concreta el tipo, en cuanto no desconozcan las garantías penales ni los demás derechos fundamentales, se ajustan a la Constitución, y su adopción hace parte de la órbita de competencia reservada al legislador. Los móviles pueden hacer parte de la descripción del tipo penal, sin que por ello, en principio, se vulnere ninguna disposición constitucional.

misma es insuficiente. La imputación de la conducta se hará con base en criterios normativos o jurídicos. De esta manera, la causalidad no se debe entender simplemente como un proceso natural (causación) sino como un proceso dotado de sentido, por cuanto está fundamentado en un sistema normativo (imputación objetiva).

2. Diversas teorías de la causalidad

En derecho penal, para que la acción y el resultado puedan llegar a ser consideradas como conducta punible, debe existir entre las dos una conexión que demuestre que el resultado típico ha sido causado justamente por la actuación de la voluntad. La creación de esta conexión entre acción y resultado típico, corresponde a lo que se ha denominado, la teoría de la relación de causalidad.

Se parte de la doctrina filosófica de Stuart Mill, cuyo concepto de causa se compone por la totalidad de los antecedentes o condiciones que preceden al resultado. Pero tal concepción en derecho penal no serviría porque se tendría que regresar al infinito. Por eso debe establecerse si determinado acontecimiento ha sido causa determinante de un resultado como lo señalaba Mezger. Las diversas teorías que se han formulado respecto a la causalidad, o bien distinguen entre las varias condiciones antecedentes con arreglo a determinados criterios, para decidir y destacar las que tienen el carácter de causa; o bien no se hace tal distinción, dando valor causal a cada una de tales condiciones.

2.1. Teoría de la Equivalencia de las Condiciones

Esta teoría no distingue entre las condiciones: así la noción de causa alcanza un sentido muy amplio, su formulador es von Buri

(1869), y fue aplicada en su mayoría por la jurisprudencia colombiana en vigencia de los códigos del 36 y 80⁵. En esta teoría todas las condiciones son igualmente necesarias para el resultado en concreto, pues si quisiéramos mentalmente suprimir una de ellas el efecto desaparecería (*conditio sine qua non*). De esta manera no se puede distinguir entre las condiciones para adjudicar a una de ellas el carácter de causa, sino que todas son equivalentes en el resultado; por esta razón decimos que toda condición es causa del resultado. Al suprimir un antecedente cualquiera, desaparece el resultado en concreto.

Con esta concepción, dijo Binding, todo el mundo sería culpable de todo. Por eso se le buscaron correctivos, que fueron:

2.1.1. La prohibición de regreso de (Regressverbot)

Formulada por Frank, impide retroceder en la cadena causal cuando en la misma se interfiere la acción dolosa de un tercero. Por Ej.: el cazador que por negligencia deja su arma cargada en la taberna donde después varios hombres tienen una disputa, no es responsable si una de esas personas utiliza el arma para matar dolosamente a uno de sus contrincantes. Para otros autores, como Mezger, la “prohibición de retroceso” no implica una limitación general en derecho positivo sino que sólo actúa en determinados casos.

2.1.2. La corrección en la culpabilidad

Una vez determinada la causalidad se buscará en el juicio subjetivo, si hay o no reproche. Este sería el momento para corregir los excesos de la teoría de la equivalencia. Sin embargo, este correctivo no se podría

⁵ En Colombia se seguían las ideas plasmadas por los tratadistas Meyer, Hartmann, Radbruch, Finger, Frank y von Litszt, quienes aceptaban esta teoría para demostrar la causalidad en los delitos de resultado.

aplicar a los delitos cualificados por el resultado. En el ejemplo dado por von Hippel, de los conjuros y rezos para procurar la muerte de un hombre, que fallece, en efecto, por un ataque cardiaco, sólo estamos en presencia de un dolo de peligro que no es suficiente para cubrir el tipo legal, homicidio, que requiere dolo de lesión. En estos casos, por tales problemas, se suele aplicar la teoría de la causa adecuada. Por otra parte, se podría responder civilmente cuando la conducta se vincule a la mera ilicitud, sin exigencia de culpa (responsabilidad objetiva).

2.1.3. La corrección en la tipicidad utilizando criterios normativos aplicando la teoría de la imputación objetiva, desarrollada por Claus Roxin y Günther Jakobs

Por otra parte, a la teoría de la condición a pesar de ser incontrovertible como definición ontológica-causal, se le han criticado el método de constatación que utiliza porque:

a. La respuesta a la pregunta sobre si el suponer la exclusión de una acción determinada hace que desaparezca el resultado, presupone que se conoce la relación causal entre acción y resultado; de lo contrario, la pregunta no se puede responder. (Caso Contergan). Si se quiere saber que el consumo de éste somnífero produce en el periodo de embarazo malformaciones en los niños, no sirve de nada que supuestamente se excluya el consumo y se haga la pregunta si el resultado (malformación) desaparecería. Esta pregunta sólo se puede responder cuando de antemano se sabe que el medicamento produce esos efectos. Y si ya se sabe, la pregunta sobra.

b. No explica los casos de la causalidad hipotética. Son aquellos casos caracterizados por el hecho de que aún cuando se suprima la condición que ocasionó el resultado, éste sigue produciéndose de igual forma y en el mismo momento. (Por Ej.: enviar a una persona a los campos

de concentración: de todas maneras, de no haberlo hecho él, algún otro hubiera ordenado el envío y su muerte)⁶.

c. No explica los casos de causalidad alternativa. (Si A y B disparan en el mismo momento pero independientemente y le causan la muerte a C, la conclusión al aplicar el método de constatación es que ninguno de los dos sería causal para la producción del resultado muerte).

d. Acepta nexos condicionales anómalos o inusuales: (Si A invita a B a dar un paseo y por el camino un loco le propina a B unos garrotazos que le ocasionan heridas graves, debemos afirmar que A es igualmente causal que el loco, a pesar que se trata de un hecho imprevisible).

e. En los casos en que entre la conducta y el resultado aparezca una conducta dolosa de un tercero se le imputa la conducta también al primer accionante, porque la causalidad no se interrumpe, ya que se trata de una ley natural. Si, por ejemplo, alguien deja abandonada el arma cargada y otro mata a su enemigo de un disparo, la persona que abandonó por imprudencia el arma, es causal pese a que se trata de un homicidio doloso. (Casos de prohibición de regreso).

f. En los casos de los denominados cursos causales salvadores, en los que el autor A retira el salvavidas que ha sido botado para M que se está ahogando y como consecuencia de su conducta la víctima M muere ahogada: en este caso podría decirse que si A no hubiera actuado, se hubiera salvado M, por lo tanto deberá ser castigado como autor de homicidio comisivo consumado si el curso causal interrumpido por él hubiera impedido el resultado muerte con una gran probabilidad.

Pero en estos casos falta la causalidad entendida como “fuerza operativa

⁶ Así BGHSt 2,20 y 30,228.

dinámica y causante del resultado”, pues el causante de nuestro ejemplo es el agua, porque la actuación humana sólo le ha quitado una posibilidad de salvamento.

De esta manera podemos sacar una primera conclusión, y es que la teoría de la equivalencia es correcta, pero su limitación ha de encontrarse aplicando los criterios y las instituciones de la imputación objetiva.

2.2. Teorías Individualizadoras.

Son teorías que tratan de destacar un antecedente del resultado al que atribuyen el carácter de causa verdadera para la imputación penal, entre ellas:

*2.2.1. Causalidad próxima*⁷. Se sirve de un criterio empírico temporal. Son causa las condiciones más directas e inmediatas al resultado. La causa es directa cuando el resultado es previsible. De esta manera se introduce un elemento de la culpabilidad dentro de la causalidad.

*2.2.2. Teoría de la preponderancia*⁸. Se le da el carácter de causa a la condición última, pues es ésta la que rompe el equilibrio entre las condiciones positivas y negativas. Se trata no de causación física sino de causación humana producida por la voluntad y el poder del hombre. El concepto de autor delimita el concepto de causa. Sólo puede ser autor quien quiere todo el tipo delictivo; quien pone una mera condición, es cómplice.

⁷ Como precursores de esta teoría figuran los franceses: Chaveau et Hélie, Garud y Gracon.

⁸ Su principal exponente fue Binding.

2.2.3. Causalidad eficiente. Se trata de reconocer en un antecedente cuantitativo o cualitativo, el poder de causación. Entre las causas cuantitativas están la causa eficaz de Birkmayer y la causa determinante de Bruisa, Luchini y Campilli. Se dice que todas las condiciones son necesarias pues todas han contribuido al resultado, pero la que interesa al derecho penal es aquella que más ha influido en el mismo, y por lo tanto es la condición eficaz y verdadera causa. Pero este criterio de la cantidad es inadmisibles en derecho penal, porque, por ejemplo, si dos individuos han colocado dosis diversas de veneno en el vaso de jugo de su enemigo, sólo responderá el que haya puesto una mayor cantidad.

Las teorías de Kohler, Cathrein, Huther, Stopatto trabajaron con los criterios cualitativos distinguiendo entre causa, condición y ocasión. La verdadera causa, la causa eficiente, es el principio activo que da el ser a otra cosa o del cual ésta procede. Pero a la producción de un efecto concurren siempre otras concausas y condiciones tan necesarias como la causa eficiente y de aquí la dificultad de distinguir la una de las otras y de atribuir a una de ellas el efecto que ha procedido de todas. Sin embargo si acogemos el ejemplo de Kohler, podemos decir que la diferencia entre causa y condición es manifiesta. La semilla es causa única del nacimiento de una determinada planta y todos los demás antecedentes para que tenga lugar tal desarrollo, como por ejemplo, la calidad de la tierra, el clima, la humedad, etc., sólo representan condiciones. La causa es entonces actividad, fuerza; en tanto que la condición es algo inactivo por naturaleza.

“La causa es el principio en que virtualmente está contenido el efecto antes de producirse y al cual se atribuye después de producido; la condición es como la atmósfera apropiada en que la causa obra, solamente es necesaria para remover obstáculos que se ponen a la

obra de la causa o para poner en ésta en la disposición necesaria de obrar”⁹. La *ocasión* por su parte, es una circunstancia accidental menos ligada a la causa que la condición, su objetivo es facilitar, y algunas veces promover, la acción de la causa¹⁰.

3. Teorías que Distinguen entre la Causalidad y la Imputación

3.1. La Causalidad Adecuada (Luden, von Bar, von Buri)

Esta doctrina señala que la teoría de la equivalencia es insuficiente al afirmar ya la causalidad del caso particular, siendo que ésta debe ser captada a través de una pluralidad de casos con arreglo a criterios de probabilidad o posibilidad. Fue von Bar quien, en 1871, restringió la conexión causal en sentido jurídico sólo a lo que denomino “regla de vida”.

El hombre al actuar dolosa o culposamente convierte en irregular lo que era regular o lo que estaría dentro de la regla de la vida. Von Kries señala que del conjunto de condiciones que cooperan en la antijuridicidad de un resultado, es preciso destacar aquellas que son apropiadas o adecuadas para producir el resultado; es decir, no basta que en el caso concreto se produzca la consecuencia sino que es necesario examinar casos posibles en abstracto para ver si la consecuencia también se da. Pero ¿quién debe hacer ese juicio antijuridicidad? Según Rümelin, el pronóstico debe ser objetivo y debe ser tarea del juez. Quien juzga debe tener en cuenta todas las condiciones existentes y conocidas por el actor en el momento de actuar y aún las no conocidas pero previsibles para el autor.

⁹ Díaz Palos, Fernando, Ob. Cit, Pág. 20.

¹⁰ Montes, Jerónimo (O.S.A) Derecho penal español, t.I, Madrid, 1917, pp. 328-330, citado por Díaz Palos. Op. cit. p. 20.

En derecho penal únicamente se tiene como causante aquella conducta que de acuerdo con la experiencia general de vida, ostenta una tendencia general hacia el logro de un resultado típico; se trata de conductas que aumentan la posibilidad del mismo. En consecuencia, las condiciones que sólo por azar han colaborado al logro del resultado son consideradas jurídicamente irrelevantes. Hay que determinar si la acción base lleva o no inherente el peligro de producir el segundo daño. Se habla entonces de un juicio *ex-ante* y de la posibilidad y la probabilidad. El juicio de adecuación no puede basarse en la absoluta certeza sino en la estadística, y en la experiencia de la vida. Han de conocerse las circunstancias que el actor conocía al momento de actuar (delito doloso) o que el sujeto podía o debía conocer (delitos culposos).

La teoría de la adecuación permite la eliminación de cursos causales extravagantes. Evita el *regressus ad infinitum* (Ej. Lesión leve, muerte por descuido o falta a la *ley aratrix*).

Una causación es jurídicamente relevante cuando ha incrementado considerablemente la posibilidad de realización del resultado, y cuando no es absolutamente improbable que dicha conducta traiga consigo tal resultado.

Críticas

- a. Sólo permite resolver los problemas de los llamados cursos causales extraordinarios. No constituye en general una explicación de lo que es una conducta prohibida.
- b. Se limita a calificar sucesos según criterios estadísticos o de causalidad habitual.

3.2. La Teoría de la Relevancia Típica

Es un escalón más en la teoría de la causalidad. Se considera la precursora de la teoría de la imputación objetiva. Hace una diferenciación entre causalidad e imputación. Mezger parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones, pero la limita, y exige que la causa sea relevante para el derecho y adecuada para el tipo penal. La pregunta por hacerse sería la siguiente: ¿Se habría impedido por la “acción esperada” el resultado que desaprueba el ordenamiento jurídico? Si la respuesta es “sí”, la omisión es causal respecto del resultado. De esta manera no se confunde la omisión con la antijuridicidad, pues se puede separar la acción esperada de la exigida.

Se dice entonces que la relación causal por sí sola no puede fundamentar la responsabilidad por el resultado, sino que es necesario una irrelevancia jurídico penal del nexo causal. Acepta la teoría de la equivalencia, pero limita sus excesos en el ámbito de la tipicidad; a pesar de que reconoce que todas las condiciones son equivalentes, en sentido jurídico no es viable esta consideración, puesto que no todas pueden fundamentar la responsabilidad. Lo fundamental, de acuerdo con esta teoría, es una correcta interpretación del tipo penal. Hay que precisar cuáles son las condiciones que han contribuido a la producción del resultado que son relevantes para el derecho penal. Sin embargo, Mezger no estableció criterios para determinar la relevancia o no de determinada condición que pudiera llevar a un juicio de imputación.

3.3.- La Teoría de la Imputación Objetiva

Con la constatación que una determinada conducta se encuentra en relación de causalidad respecto del resultado del injusto que aparece tipificado, surge la siguiente pregunta: ¿Se le puede imputar objetivamente al autor el resultado causado, bien como un delito

doloso o bien como un delito culposo? Para contestar esta pregunta se necesita que lo ocurrido concretamente cause el resultado y satisfaga las exigencias del correspondiente tipo penal; es decir, que comprenda una violación, ya sea contra la norma prohibitiva o contra la preceptiva o imperativa, en la que se fundamenta el tipo penal.

Sin embargo, tal constatación no se puede considerar como definitiva, se requiere que dicha conducta sobrepase el marco o la medida del riesgo jurídicamente prohibido. Por lo tanto, la conducta típica presupone siempre la creación de un riesgo antijurídico, y tiene igual validez tanto para los delitos dolosos como para los culposos. Así las cosas, imputable objetivamente es un resultado injusto causado por una conducta humana sólo si esa conducta crea un peligro desaprobado jurídicamente para la realización del resultado y ese mismo peligro se concreta en el resultado.

3.3.1. Origen

Conforme lo resalta Armin Kaufmann, en su famoso y controvertido artículo: “¿Imputación Objetiva en el delito doloso?”, sobre el instituto de la imputación objetiva se ha hablado y discutido desde hace mucho tiempo. El uso moderno de este concepto tiene su fundamento en las ideas de imputación planteadas por Hegel desde el siglo XIX. Karl Larenz, a partir del pensamiento de Hegel, desarrolla una teoría de la imputación objetiva para el derecho civil, doctrina que luego retoma Hönig en el derecho penal con el fin de complementar la teoría causal de la acción. Larenz, además de criticar las teorías que pretenden explicar los fenómenos jurídicos con base en conceptos provenientes de la naturaleza, considera que la misión de la imputación objetiva será “ el juicio sobre la cuestión de si un suceso puede ser atribuido a un sujeto como propio”.

Así entonces, la imputación no es más que un intento de delimitar los hechos propios de los acontecimientos accidentales. Cuando se señala que alguien es causante de un determinado hecho se afirma al mismo tiempo que este acontecimiento es su propia obra, su propia voluntad, y no un suceso accidental.

Pero, ¿qué circunstancias permiten imputarle a un sujeto un suceso como obra propia? Si acudimos a la relación causal fracasaremos, pues conforme a *la teoría de la condición no puede tomarse una sola condición*, ya que todas tienen igual valor; por lo tanto Larenz se acoge al criterio de la voluntad y la previsibilidad que poseen todos los hombres y que los llevan a la realización de determinados fines. Es entonces la voluntad del individuo la que nos podrá señalar qué circunstancias pueden o no serle imputadas a un sujeto, al igual que la capacidad de prever y, con ésta, de evitar todas las consecuencias punibles de su comportamiento.

Hoy con la teoría de la imputación objetiva se logró superar el dogma causal porque según aquélla, para que se le pueda atribuir un resultado a un individuo, es necesario, ya en el plano del tipo objetivo, que el resultado por imputar, constituya la realización de un riesgo jurídicamente relevante creado por ese mismo individuo. Esta constatación ya no se deriva de la demostración de verdades ontológicas ni de determinadas posiciones filosóficas, sino de consideraciones teleológicas-normativas. Por esta razón el sistema del cual se deriva esta concepción, es un sistema funcional o teleológico-racional¹¹.

Conforme al pensamiento funcionalista, el Derecho Penal es una institución que tiene por objeto evitar de forma preventiva la lesión de bienes jurídicos (doctrina mayoritaria), o la lesión a la vigencia de

¹¹ Cfr. Schüneman, Grundfragen, pág 45.

la norma (así Jakobs). De la función que deba cumplir el derecho penal, se desprende que las normas sean normas de motivación, que persuadan a los ciudadanos para que se abstengan de cometer conductas punibles. Por esta razón sólo pueden prohibirse conductas que *ex-ante* aparezcan como peligrosas para la lesión del bien jurídico que se trata de proteger o que lesionen la vigencia de la norma.

La concepción de la peligrosidad *ex-ante*, se convierte en la piedra angular del desvalor de acción. De esta manera se pueden suprimir ya en el ámbito de la tipicidad las acciones que son inadecuadas, no con una fundamentación causalista sino normativa. La imputación objetiva se convierte entonces en un juicio teleológico en el cual habrá de determinarse si el suceso que realizó el sujeto agente estuvo o no dirigido por su voluntad y fue o no objetivamente previsible.

Como antecedente de esta concepción normativa podemos citar a Richard Hönl que escribe en 1930, en homenaje a Reinhard von Frank por sus 70 años, un artículo titulado: “Causalidad e imputación objetiva” (Kausalität und objektive Zurechnung). Hönl considera que no es posible que en el derecho todo suceso dependa de la relación causal existente entre acción u omisión y resultado, pues la causalidad es demasiado amplia. Para imputar una conducta se debe decidir qué nexos causales son relevantes para el derecho penal y cuáles no. De lo que se trata entonces es de valorar la relación causal, en caso de comprobarse, pero no con fundamentos naturalistas sino normativos.

La relación de causalidad adquiere valor para el derecho penal cuando ella es dirigida por la voluntad humana, y cuando se puede prever y dirigir su curso. Por eso Hönl dice: “El derecho sólo puede dirigirse a la voluntad en tanto fundamento espiritual del comportamiento. El derecho es ordenamiento de la vida en común en tanto es capaz de determinar el comportamiento humano. (...) Los mandatos sólo pueden

exigir la producción de un resultado deseado por el legislador y las prohibiciones la evitación de un resultado no deseado, en tanto le sea posible su producción o evitación a la persona que está en la situación que el legislador presupone, es decir, de un resultado que esa persona pudiera prever y, por ello, también producir o evitar. (...) Imputable, es aquel resultado, que puede ser concebido como dispuesto finalmente.”¹².

Hönig critica la teoría de la causalidad adecuada por limitarse al tema de la probabilidad y calculabilidad; él habla más bien de la posibilidad objetiva de pretender (*objektive Bezweckbarkeit*), a la cual considera como el criterio de imputación fundamental para determinar, con base en un juicio objetivo, la alcanzabilidad o evitabilidad del resultado. Con ayuda del elemento de la posibilidad objetiva de pretender, Hönig, logra demostrar que los procesos causales irregulares y no dominables de antemano, no pueden ser imputados así se produzcan conforme se deseaba. De igual manera no se puede enjuiciar como omisión una inactividad humana, cuando no existe la posibilidad de actuar¹³. Con base en los aportes de Larenz y Hönig se construyó la moderna teoría de la imputación objetiva, especialmente por Roxin y Jakobs.

3.3.2. Elementos básicos de la Imputación Objetiva

Los elementos de la imputación objetiva son: relación de causalidad en los delitos comisivos; creación de un riesgo jurídicamente desaprobado; y, relación de riesgos, es decir que el riesgo no permitido creado por el sujeto es el mismo que se concreta en el resultado.

¹² Cfr. Hönig, R. Festgabe für Frank, pp. 178-184.

¹³ Cfr. Roxin, Festschrift für Richard Hönig, Göttingen, 1970, pp. 133 y ss.

a. Relación de causalidad

Como se requiere una modificación del mundo exterior, se exige un vínculo causal entre la acción y el resultado. Exige pues la existencia de una ley natural que explique en realidad cómo ha operado en realidad la sucesión entre dos hechos, si el resultado es consecuencia de una acción humana. Generalmente se parte de la teoría de la equivalencia y de su fórmula. En los delitos de omisión y de mera actividad, no es necesaria la demostración de un nexo causal.

b. Creación de un riesgo jurídicamente desaprobado

La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado es un elemento general del injusto común para los delitos dolosos, culposos, comisivos u omisivos. Se debe determinar que el peligro creado por el autor está desaprobado por el ordenamiento penal. En la determinación de sí un peligro se encuentra prohibido entran en consideración las siguientes instituciones a saber: El riesgo permitido; el principio de confianza; la prohibición de regreso; y, las acciones a propio riesgo.

*3.3.2.1. El Riesgo Permitido**a. Generalidades*

Para decidir si estamos en presencia de una conducta que sobrepasa el riesgo permitido y por lo tanto es peligrosa, se suele acudir al pensamiento de la adecuación. Se dice entonces que una conducta es peligrosa, cuando es generalmente adecuada para la causación del resultado típico. Y es adecuada, cuando se aumentan de una manera significativa las posibilidades de producción de ese resultado.

El primer autor en desarrollar el concepto de adecuación social fue Welzel¹⁴, pues sostenía que toda norma contiene una descripción de

¹⁴ La teoría de la adecuación social en Welzel tuvo diferentes matices. En un primer momento, era una excluyente de tipicidad, en una segunda fase se convirtió en una causa de justificación

conductas sociales. Así entonces, una conducta será inadecuada socialmente cuando se aparta gravemente de los órdenes históricos de la vida social. El padre del finalismo se refiere por primera vez al concepto de adecuación social en su trabajo: “*Studien zum System des Strafrechts*” (1939), en el que dice que todas aquellas acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido quedan por fuera del concepto de injusto. Welzel propone llamar a estas acciones “socialmente adecuadas”.

Conforme al pensamiento de Welzel, no es posible el desarrollo de la vida social si no se exponen a peligro los bienes jurídicos. Sólo una concepción de la realidad como “mundo museal muerto” puede partir de una visión estática de los bienes jurídicos. En la vida cotidiana todos se exponen en forma permanente a que se pongan en peligro y se dañen sus bienes jurídicos, sin que ello necesariamente implique relevancia jurídico-penal alguna; esto porque el mundo del derecho es un mundo del sentido, del significado y es la adecuación social el concepto en el que se refleja la inserción del derecho penal en la sociedad. Además, los tipos jurídicos penales, son tipificaciones de comportamientos antijurídicos, por ello las acciones socialmente adecuadas, desde un principio no pueden ser típicas.

El concepto de adecuación plantea fundamentalmente tres problemas de concreción. Ellos son: La formación de las bases de juicio de adecuación; el grado de tendencia necesario para poder afirmar el carácter adecuado de la conducta y la determinación del resultado.

1) El problema de la formación de las bases de juicio de la adecuación. En este punto nos debemos preguntar: *¿cuáles de aquellas condiciones del resultado se deben tener en cuenta a la hora de juzgar la adecuación de una conducta?* Naturalmente, cuantas más circunstancias se incluyan

extrapenal. En una tercera etapa Welzel vuelve a colocar la teoría de la adecuación social en el tipo penal para colocarla finalmente como un criterio de interpretación del tipo penal.

en este juicio, mayor será la posibilidad de producción del resultado y más fácil será afirmar la adecuación del comportamiento. Así, por ejemplo, las posibilidades de muerte que se generan al herir levemente a una persona se aumentan si se conoce el estado de hemofílico de la víctima. Según Träger, hay que incluir en el juicio de adecuación aquellas circunstancias conocidas o reconocibles por un hombre prudente en el momento de la acción, más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor con base en sus conocimientos especiales (es lo que hemos llamado juicio de pronóstico posterior objetivo).

Al introducir los conocimientos especiales que tiene el autor en el juicio de adecuación se pretendía evitar los resultados insatisfactorios a los que se llegaba cuando tan solo se tenían en cuenta las circunstancias reconocibles por un observador prudente en el momento de la acción. (Ej. En el caso del hemofílico: no es lo mismo la lesión leve cuando no se sabe de la enfermedad de la víctima que cuando se sabe y se utiliza).

2) *El grado de tendencia.* De lo que se trata es de dar respuesta a la siguiente pregunta: *¿en qué medida ha de incrementar una conducta las posibilidades de producción del resultado para que pueda ser calificada de adecuada?* Las respuestas a esta interrogante son muchas, pero la mayoría de ellas giran en torno a dos conceptos: la probabilidad y la posibilidad. Para algunos autores la conducta es adecuada cuando existe la simple posibilidad de producción del resultado. Conforme a estos autores es suficiente que exista la posibilidad, no importa en qué grado, ya que ella es suficiente para el concepto de peligro. Así, creemos que este criterio es demasiado amplio, ya que la limitación de la responsabilidad que se conseguiría mediante el requisito de la adecuación sería ínfima o prácticamente nula.

El criterio de la probabilidad tampoco parece ser el más correcto para decidir por sí solo la adecuación ya que apenas podríamos tomar

como adecuadas unas pocas conductas. Normalmente decimos que algo es probable cuando es más factible que ocurra a que no ocurra, y en general acudimos a datos matemáticos y decimos que lo que supere el 50% es probable, y, por lo tanto, calificamos esa conducta como adecuada para la producción de ese resultado.

Debido a la inconformidad con las respuestas a la pregunta inicialmente planteada existen posturas eclécticas. Así por ejemplo, se habla de la posibilidad “próxima”, “relevante”, “notable”, “seria”¹⁵, de necesidad de un “incremento digno de mención de la posibilidad del resultado”¹⁶. También de un “grado no demasiado alto de probabilidad”¹⁷; de una “mínima probabilidad”¹⁸, de una “probabilidad no excesivamente pequeña”, o de que el resultado no sea “puro y simplemente improbable”.

Ante esta gama de opciones la mayoría de autores afirman la adecuación de un comportamiento, cuando éste crea una seria posibilidad de producción del resultado, y además dicen que cuando el juzgador se encuentre ante el problema de tener que decidir sobre el carácter adecuado o no de una conducta, ha de intentar, en primer lugar, claro está acudiendo a la experiencia, hacerse una idea de si la producción del resultado era prácticamente segura, muy probable, simplemente probable, muy posible, poco posible o prácticamente imposible.

Como la misión inmediata del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, en las primeras cuatro expresiones la peligrosidad de la conducta es, en principio, relevante para la fundamentación de la responsabilidad penal. El problema está en determinar la frontera entre

¹⁵ Burgstaller, Das Fahrlässigkeitsdelikt pág 37-38.

¹⁶ Mädrich, Das allgemeine Lebensrisiko, pág 70.

¹⁷ Rudolphi, SK &I, pág 24.

¹⁸ Engisch, Die Kausalität, pág 47.

la peligrosidad que por su insignificancia es irrelevante desde un principio, y la peligrosidad suficiente para poder afirmar la adecuación de la conducta. Para resolver esta cuestión el juez no ha de pretender determinar con carácter exacto qué grado de posibilidad crearía un comportamiento para superar lo adecuado, pues, aunque lo consiguiera, difícilmente podría constatarlo en la práctica. Para decidir el problema, el juez deberá atender en su lugar otra serie de consideraciones que le permitan decidir en los casos conflictivos si se trata o no de una peligrosidad relevante.

Estas consideraciones podrían ser, aparte claro está de las de la función del derecho penal (protección de bienes jurídicos, o la vigencia de la norma) y la comprensión de las normas como normas de determinación o motivadoras, ideas como la del principio de intervención mínima del derecho penal, la concepción del derecho penal de acto y no de autor; la necesidad de respetar un determinado ámbito de libertad de acción, etc. Atendiendo a estos principios es como habrá de decidirse si un determinado nivel de posibilidades es suficiente para sobrepasar la frontera de la irrelevancia penal.

3) *La determinación del resultado.* Se trata de establecer *cómo se debe contemplar el resultado en la prognosis posterior objetiva.* Es decir, se trata de decidir si el resultado se toma en consideración a su configuración inicial o con la inclusión de otras causas (Ej. El lesionado que muere en el hospital por un error del médico). Consideramos que el resultado debe referirse a su configuración inicial, ya que la adecuación es un criterio de imputación que ha de determinar si la conducta ha creado un riesgo típicamente relevante *ex ante* y establece si el resultado es la realización del riesgo prohibido. Para establecer si nuestra conducta está dentro del riesgo permitido debemos partir de la premisa de que no toda conducta peligrosa es relevante, a efectos de la imputación objetiva del resultado.

Actualmente no hay uniformidad en la definición del instituto del riesgo permitido; es más, en algunas ocasiones se utiliza como sinónimo de la adecuación social. Esta falta de unidad de criterio afecta el contenido material de este instituto, a tal punto que algunos autores consideran que se trata de un figura insignificante, porque los problemas que éste pretende resolver ya los han resuelto otras categorías dogmáticas¹⁹.

Por otra parte, existen otros autores que afirman el carácter independiente del riesgo permitido, pero no hay coincidencia sobre el lugar dogmático en el que debe estar. Algunos consideran que debe estar en la tipicidad otros, en cambio, lo señalan como causa de justificación.

b. Grupos de casos en relación con el riesgo permitido

Siguiendo a Preuss²⁰ podemos decir que son cuatro los casos que se pueden abarcar con el instituto del riesgo permitido:

b.1) El riesgo permitido en acciones de prevalente utilidad social. Este es el ámbito donde primero se desarrolló el riesgo permitido. Preuss ofrece como ejemplos de este grupo el riesgo que conlleva el tráfico (aéreo, ferroviario, vehicular; la explotación de canteras, las profesiones peligrosas (policía bomberos). En ocasiones lo que es útil para la sociedad lo es también para el sujeto en peligro (Ej. Una cirugía complicada). El mayor grupo de casos nos lleva a los delitos imprudentes, donde se produce un conflicto de intereses entre utilidad y riesgos que genera.

¹⁹ Cfr. Kienapfel, Das erlaubte Risiko...; Bockelmann, Wessels, Maiwald, Rehberg, Baumann/Weber, Preuss.

²⁰ Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, Berlin 1974.

b.2) *El riesgo permitido en supuestos de causalidad imprevisible.* Se sitúan en esta constelación el caso de la tormenta²¹. El riesgo propio de viajar en tranvía o avión no es un riesgo típicamente relevante, no hay pues, presupuesto de imputación. Para analizar cada uno de estos casos se debe hacer obviamente un juicio *ex-ante* para determinar si conforme a las circunstancias se ha o no creado un riesgo jurídicamente desaprobado.

b.3) *Riesgo permitido en acciones de salvación arriesgadas, sin seguridad de lograr éxito.* Este grupo de casos es explicado por Preuss utilizando el ejemplo de Jescheck del guardabosque que está presente cuando un niño es atacado por un perro, aquél dispara al perro pero la bala alcanza al niño y éste muere. Los ejemplos de este grupo de casos plantean problemas no propiamente de estado de necesidad pero si al menos análogos. (Ej. El padre que arroja a sus dos hijos pequeños por la ventana con la esperanza de que no perezcan en las llamas).

En Alemania, al igual que en Colombia, no se aplica el estado de necesidad porque para su reconocimiento se exige la protección del derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente y no evitable de otra manera. Esa inseguridad sobre si hay otro medio de salvación menos peligroso es la que impide en estos casos la aplicación de la justificante, hoy causal de ausencia de responsabilidad, y entonces se recurre a la figura del riesgo permitido. Así, entonces, el instituto del riesgo permitido, evitaría la creación de una nueva causa de justificación y se aplicaría como un principio de interpretación teleológico de la causa de justificación del estado de necesidad.

b.4) *Riesgo permitido por consentimiento en el peligro y en la acción.* A pesar de que el consentimiento es tratado por varios doctrinantes

²¹ Caso de la tormenta. Un sobrino envía a su tío al bosque con la esperanza que cuando esté allí caiga un rayo, lo mate y pueda heredar.

como una causa de justificación, hay autores que lo consideran como integrante del riesgo permitido, siendo este último la verdadera causa de justificación, Ej. : Las lesiones en juegos y deportes. En los casos que se contemplan en este grupo, la utilidad social, fundamento del riesgo permitido, no se aprecia en forma inmediata sino que aparece como consecuencia directa de la existencia del consentimiento.

Si incluimos el consentimiento dentro del riesgo permitido, se aplicaría el criterio del riesgo y entonces un riesgo socialmente inadecuado podría estar permitido o, mejor, el consentimiento ampliaría el ámbito de lo socialmente adecuado y con ello el del riesgo permitido. A nadie se le ocurre tomar como socialmente inadecuada una lesión en un partido de baloncesto, aun cuando se produzca a través de una infracción al reglamento del juego o se realice de manera dolosa, obviamente siempre y cuando esta lesión sea considerada como “normal” dentro de ese deporte. Aquí, como lo veremos más adelante, se distinguen los supuestos en que el consentimiento equivale a una “autopuesta en peligro” de aquellos de “puesta en peligro por parte de un tercero aceptada por éste”. En el primer caso el que se autopone en peligro carga con la responsabilidad, mientras que el que en el segundo evento el que puso en peligro se convierte en un partícipe de la autopuesta en peligro de la víctima y su conducta puede ser irrelevante para el derecho penal.

En los casos de puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, es discutible la validez del consentimiento, para considerarlo bien como causa de exclusión del tipo, o bien como causa de justificación, hoy ausencia de responsabilidad.

c. El riesgo permitido en la teoría funcional estructuralista de la sociedad

Para Jakobs, todo contacto social implica un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe. El riesgo es inherente a la configuración

social y ha de tolerarse irremediamente. De esta manera el riesgo permitido se halla vinculado a la estructura de cada sociedad, convirtiéndose entonces en una concreción de la adecuación social. No se deben tener en cuenta las situaciones de justificación. El riesgo permitido no se referirá entonces a la disolución de una colisión de bienes, sino a la fijación de lo que es el caso normal de la interacción. No se trata de un medio para proteger bienes sino un contexto de interacción. Por otra parte considera el mismo autor, que los comportamientos realizados dentro del riesgo permitido no realizan tipo penal alguno; por lo tanto no son comportamientos justificados sino que excluyen la tipicidad.

Pero, ¿quién decide si determinado riesgo está permitido, bien por que existe un aparato de normas o porque existen convenciones sociales? Según Jakobs, esa calificación sólo la puede hacer el titular de un rol que en su desempeño puede realizar tal actividad de modo socialmente adecuado. El rol relevante no es siempre el del mejor experto (Ej. La extracción de una verruga, lo puede hacer un médico general no necesariamente un dermatólogo). El rol del mejor experto sólo es decisivo cuando la actividad únicamente pueda ser desarrollada de modo socialmente adecuado por tal especialista (Ej. El funcionamiento de una central nuclear).

El principal problema de la teoría de la adecuación, como ya lo señalamos, es la referencia que se hace con la estadística, con la experiencia y con modelos perceptibles sensorialmente, en lugar de hacerse teniendo en cuenta la finalidad que tienen las normas penales dentro de una sociedad. Las normas penales regulan el comportamiento humano no porque sí, sino para posibilitar la vida social, que no tendría razón de ser sin la seguridad de las expectativas.

De todas maneras, para operar en la vida social actual y para mantener una oferta diferenciada de contactos sociales hay que asumir algunas defraudaciones de expectativas.

La fundamentación del riesgo permitido esta emparentada entonces con la ponderación de intereses en el estado de necesidad. El riesgo permitido tendrá lugar entonces cuando no sólo es evaluable la magnitud del riesgo, sino también la utilidad y el perjuicio, con arreglo a baremos jurídicos, es decir, a si se ha definido como interés jurídicamente reconocido o no. Sin embargo, el riesgo permitido no se puede obtener teniendo en cuenta sólo un patrón técnico, pues, a pesar de que éste determina lo que es usual o lo preferible, no resuelve el problema de la valoración. No se puede establecer el riesgo permitido con base en el saldo *costes-beneficio*, porque falta un modelo social suficientemente concreto y a la vez vinculante en relación con el cual se pudiera determinar la clase y medida de las desviaciones. Por esta razón, junto con el riesgo permitido por ponderación del riesgo aparece un riesgo permitido por “legitimación histórica”. De esta manera, el riesgo no es siempre producto de la ponderación sino, en ocasiones, de la aceptación de la tradición, y por ello éstas se consideran como socialmente adecuadas.

El derecho no tiene que proteger un arsenal de bienes en reposo sino que estabiliza expectativas en relación con determinados modos de comportamiento. Cuando una conducta daña bienes (contaminación por tráfico vehicular), pero sin embargo no defrauda expectativas, porque su aceptación se ha convertido en costumbre, ésta sólo constituirá una contradicción si la seguridad de los bienes se considera policialmente. Otro requisito del riesgo permitido es que sólo se tolera cuando la víctima potencial se ha concretado por lo menos vagamente; por ejemplo, el número de lesiones y muertes en el tráfico rodado de un día de San Juan en la ciudad del Espinal, se puede pronosticar *ex ante* casi con exactitud, incluso con material estadístico de alguien no experto. No obstante, si se pudiese identificar personalmente con la misma exactitud a las víctimas potenciales y no fueran *ex ante* anónimas, no cabría hablar ni siquiera de estado de necesidad, y mucho menos

de riesgo permitido, porque nadie debe tener motivo para quejarse de que le ha correspondido una parte demasiado grande de las desventajas de la libertad general de acción.

Por otra parte, el riesgo permitido se acaba donde comienza una peligrosidad especial; por ejemplo, nadie puede utilizar un vehículo cuando sabe que tiene los frenos defectuosos. Si lo hace, su conducta será típica aunque pueda estar justificada. Tampoco se puede aplicar aquí el aforismo según el cual “lo que no está prohibido está permitido”, porque existe lo que se denomina una reserva general de prohibición. No hay una fracción de autorizaciones del riesgo determinada que se exprese en valores numéricos, sino una medida oscilante en función del ámbito y de las circunstancias concomitantes. Por ejemplo, ningún conductor experimentado, levemente bebido, puede escudarse en que aún en este estado conduce su vehículo mejor que un principiante, porque la acción “conducción con bebida alcohólica” no está permitida.

En el riesgo permitido lo que importa es que determinadas acciones, por su forma, no superen defraudación de expectativas, porque su aceptación es necesaria, o al menos usual, para mantener la posibilidad del contacto social. La concreción de las acciones permitidas debe llevarse a cabo *ex ante*, dado que la aceptación no depende de la ausencia de resultado sino de la forma de la acción. Además, la acción debe ser objetivamente aceptable; no siempre se requiere que las capacidades que se le asignan al observador objetivo se refieran a altas cualidades sino que dependen de la situación y de los bienes expuestos al peligro.

En resumen, concluimos que la creación de peligros es inherente a toda forma de interacción de una comunidad organizada. Lo que se trata de precisar es el límite social a un riesgo, lo que ha venido

cambiando es el contenido material de la valoración, que depende del grado de desarrollo social. (Ej. Viajar en avión en el siglo XIX era un riesgo que superaba cualquier límite).

La principal fuente para establecer la permisión de un riesgo es la configuración social, porque a través de la interacción se van legitimando históricamente los peligros. Son las estructuras sociales de un momento histórico determinado las que establecen cuáles son los peligros que pueden ser aceptados por la comunidad organizada. En esta valoración entran en juego diferentes criterios: la utilidad social, la inevitabilidad del riesgo, la necesidad de determinadas empresas, la habitualidad general del peligro.

El ordenamiento jurídico no puede prohibir toda lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, porque entonces sería imposible una interacción social. El residuo de peligros socialmente tolerados es lo que se denomina riesgo permitido.

d. Determinación del riesgo permitido

Ante la imposibilidad de prohibir toda conducta que represente un peligro para los bienes jurídicos, la sociedad señala pautas de seguridad en la administración de los riesgos. Si el ciudadano se comporta observando esos deberes de seguridad, el riesgo que pueda crear está jurídicamente permitido, y en consecuencia no le son imputables los peligros o lesiones que ocasione a los bienes jurídicos.

d.I Normas Jurídicas. Se recogen las pautas de comportamiento que han de seguir los ciudadanos en la vida de relación, para evitar la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos. (Ej. En el derecho de la circulación; respetar semáforos, prelación, no conducir embriagado o bajo efecto de drogas en general).

d.2. Normas Técnicas y la ley artix. Las pautas de seguridad las recogen agremiaciones particulares que se encargan de señalar los procedimientos cuando se realizan actividades que implican riesgos.

d.3. La figura del modelo diferenciado. Cuando no se cuenta ni con 1 ni con 2, debe tomarse como modelo la conducta que hubiera seguido un hombre prudente y diligente en la situación en que se encontraba el autor.

d.4 El deber de advertir el peligro y los deberes de información. Cuando alguien va a desplegar una actividad, el primer deber que tiene es el de advertir el peligro para los bienes jurídicos. Surge para él un “deber de examen previo” (Ej. El médico que va a operar debe ordenar exámenes de laboratorio). También tiene el deber de valorar su propia capacidad para realizar la acción: “... *quien algo no sabe, tiene que informarse; quien algo no puede, tiene que dejarlo...*”

d.5. El significado social del comportamiento. Si no hay 1, 2, 3 ni 4 entonces debemos acudir a los criterios materiales que legitiman la creación de un riesgo, es decir, la utilidad social, la inevitabilidad del riesgo, la necesidad de empresa o la aceptación general del peligro.

Se deben ponderar los bienes jurídicos que entran en conflicto. La permisión de poner en peligro un bien jurídico es directamente proporcional al beneficio obtenido. Mientras mayor sea la utilidad social de la acción, mayor será la permisión al peligro. (Ej. Chernobil: las personas que sufrieron con la irradiación.

3.3.2.2. El Principio de Confianza

a. Generalidades

En este caso se responde únicamente por las conductas que se encuentran dentro del propio ámbito de competencia, porque no forma parte

dentro del rol del ciudadano controlar todos los posibles peligros que se puedan originar en la conducta de terceros. El principio de confianza encuentra su fundamento en el principio de autoresponsabilidad. Cada uno debe orientar su conducta de tal forma que no lesione bienes ajenos, pero no es su deber preocuparse porque los demás observen el mismo comportamiento. El principio de confianza se utiliza en la actualidad en cuatro ámbitos fundamentales:

a.1. En el tráfico automotor. Quien se comporta conforme a las reglas del tráfico, tiene derecho a esperar de los demás una conducta reglamentaria.

a.2. En la realización de trabajo en equipo. No es posible que alguien pueda cumplir acertadamente su trabajo si tiene el deber de controlar y vigilar la conducta de los demás colaboradores.

a.3. En la solución de aquellos casos en la que se facilita la comisión de un hecho doloso por parte de un tercero. Se tiene derecho a esperar que otros no actúen dolosamente. Aquí debe estudiarse el objeto utilizado para la comisión de la conducta punible: si son apenas elementos peligrosos no se responde cuando dolosamente actúa un tercero, pero si se trata de elementos reconocidos por todos como peligrosos (Ej. Bombas incendiarias), y si alguien está obligado a custodiar este material pero un grupo al margen de la ley lo sustrae, para cometer un atentado, el garante responde por complicidad culposa en el homicidio que se perpetuó, si el hecho era concretamente previsible.

a.4. En los problemas de realización de riesgos. A recibe un disparo de B; es trasladado al hospital, y en vez de extraer la bala lo operan de apendicitis; A muere: la muerte no le es imputable a B porque si no surgen circunstancias excepcionales tiene derecho a esperar del médico un comportamiento de acuerdo con la *lex artis*.

b. Excepciones al Principio de Confianza

b.1. Cuando surgen circunstancias especiales, se puede inferir que el otro participante en el tráfico no va a cumplir con los deberes que emanan de su rol.

b.2. Como el principio de confianza se basa en la autorresponsabilidad, no se puede esperar de determinadas personas una conducta ajustada al rol asignado (niños, adultos, ebrios, incapaces). Frente a ellos rige el principio de defensa.

b.3. Cuando el deber de cuidado de una persona consiste precisamente en la vigilancia y control de otras que se encuentran bajo su dependencia: el médico internista tiene vigilancia respecto al médico que hace la especialización.

3.3.2.3. La Prohibición de Regreso

¿Es punible el favorecimiento imprudente de una conducta dolosa, por ejemplo, si la amante le entrega veneno a su compañero casado, éste se lo da a su esposa y ésta muere? La amante ha creado un peligro jurídicamente relevante. Sin embargo, la conducta de ella se encuentra dentro del riesgo permitido. Hay una prohibición de regreso cuando alguien unilateralmente desvía hacia fines delictivos propios, una conducta que es adecuada socialmente.

3.3.2.4. Las Acciones a Propio Riesgo

Un tercero favorece o crea una situación en la cual el titular del bien jurídico realiza una acción peligrosa para sus propios bienes. El riesgo sólo se concreta por una conducta de intermediación de la propia víctima.

a. Presupuestos básicos para que se estructure una acción a propio riesgo

a.1 La víctima debe tener bajo su control la decisión del sí y del cómo del desarrollo de la situación peligrosa. a.2 La víctima debe ser un sujeto autorresponsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo. El peligro debe ser conocido o cognoscible. a.3. El tercero no debe tener una especial situación de protección frente al bien jurídico. Es decir no debe ostentar una posición de garante con respecto a la persona que se autopone en peligro.

La pregunta a hacerse en esta constelación de casos es la siguiente: ¿el comportamiento de quien se arriesga a sí mismo convierte la conducta del tercero en un riesgo jurídicamente permitido?

b. Principales casos

b.1- La participación en autopuestas en peligro: A entrega a un amigo una jeringa con droga para que se inyecte, y B muere como consecuencia de una sobredosis. La víctima ha organizado, con la intervención de un tercero, el peligro para sus bienes. La administración del riesgo está bajo el ámbito de responsabilidad del afectado, quien tiene el control sobre la acción generadora.

¿A qué título responde el que ha favorecido o creado una situación en la cual otra persona realiza una conducta peligrosa para sus propios bienes?: ¿Como autor culposo? ¿Como autor doloso de un delito de comisión por omisión? Con la aplicación de la teoría de la imputación objetiva el tercero no responde penalmente, porque la víctima actuó a propio riesgo. La víctima deja en manos de un tercero la decisión del sí y de la manera de realizar la lesión al bien jurídico.

Casos en los cuales la acción a propio riesgo no excluye la imputación al tercero:

1. Casos en que el autor tiene una posición de garante con respecto a la víctima. 2. Casos de autoría mediata. 3. Cuando el consentimiento de la víctima en una autolesión no tiene fuerza vinculante.

b.2 El Consentimiento en una utopuesta en peligro, realizada por otro: Se trata de aquellos casos en los que una persona no se arriesga a sí misma sino que se hace poner en peligro por otro. (A se sube a un carro a sabiendas de que el conductor está ebrio, se produce un accidente y A se lesiona o muere).

b.3. Las acciones peligrosas de salvamento: Alguien crea una situación de peligro para un bien jurídico y otra persona inicia libre y voluntariamente una acción de salvamento. Durante la operación de rescate, quien presta auxilio se lesiona o muere. ¿Puede imputársele el hecho a quien contrariando un riesgo permitido, crea una situación para que otro afecte sus propios bienes en una acción arriesgada de salvamento?

Por ejemplo, alguien prende una fogata en un bosque y al irse no revisa que esté completamente apagada, y como consecuencia de ello se inicia un incendio forestal. B pretende apagar el fuego y sufre lesiones graves. Debemos preguntarnos si ese turista desprevenido además de por el incendio debe responder por las lesiones ocasionadas a B.

En estos casos debemos señalar dos hipótesis:

Una, que si una persona asume voluntariamente una acción salvadora, y sufre lesiones como consecuencia de ello, dichas lesiones no se le

deben imputar a quien propició la acción peligrosa, porque si éste no ha influido en la determinación tomada, la asunción del riesgo cae dentro del exclusivo ámbito de responsabilidad de la víctima.

La segunda hipótesis es que el primer causante del peligro debe responder en los siguientes eventos: 1) Cuando la persona que se expone al peligro por el cumplimiento de un deber profesional no lo hace libre y voluntariamente (Ej. Si un bombero, en el caso que se contempla, resulta con quemaduras de tercer grado estas lesiones pueden imputarse también al descuido incendiario). Sin embargo, existe parte de la doctrina que está en contra de esta imputación, porque reconoce la acción a propio riesgo, ya que los riesgos profesionales son aceptados con base en un acto de libre albedrío²²; 2) Cuando la persona tiene que exponerse al peligro para evitar un daño mayor (Ej. Alguien bota una cerilla encendida desde un cuarto piso de un edificio y ocasiona el incendio de un parasol del apartamento del primer piso; el propietario se lesiona cuando trata de apagar el fuego que amenaza con extenderse al resto de la vivienda).

c. La Relación de Riesgo

c.I. Generalidades

Tal y como lo habíamos expresado, al demostrarse que el sujeto ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado es necesaria la comprobación de un tercer elemento y es que el riesgo creado sea el mismo que se concretó en el resultado. Por lo tanto, si el resultado es consecuencia de un riesgo diferente, el resultado no puede serle atribuido al autor, y su conducta deberá ser valorada conforme a las reglas de la tentativa en el caso de los delitos dolosos, o incluso en algunos eventos quedar impune cuando se trate de un delito imprudente.

²² Cfr. Roxin, Clus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, Pag. 247.

Casos:

a. A ocasiona a B una lesión; para salvarlo se requiere una transfusión; B se niega y muere. En este caso, la víctima crea una nueva relación de riesgo que explica el suceso.

b. Con la intención de matar, A dispara y le causa una herida leve a B, quien es trasladado al hospital; el personal médico utiliza material infectado y el paciente muere como consecuencia de esto.

c. En una excursión de un curso de preescolar, la maestra A omite la vigilancia de uno de los niños, quien se aleja del lugar; cuando iba a emprender la búsqueda, oscurece y una tormenta le impide realizar labores de rescate; el niño muere al haber caído a una quebrada.

En los anteriores casos A ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado: herir; disparar; descuidar la vigilancia de un menor. Sin embargo, no puede imputársele la muerte (la tentativa y las lesiones sí), porque el riesgo creado no es el mismo que se concreta en la producción del resultado. Éste es producto de un riesgo diferente, no imputable a A.

Los casos precedentes nos enseñan que un suceso se puede explicar como consecuencia de la violación de los deberes de autoprotección de la víctima, como consecuencia de un riesgo creado por un tercero, o por hechos de la naturaleza que el hombre no puede dominar.

c.2. Criterios para establecer la relación de riesgo

Para determinar cuándo el resultado es realización del riesgo creado por el autor, la doctrina ha brindado diversos criterios entre ellos los siguientes:

c.2.1. El Fin de Protección de la Norma

Es el criterio que ha tenido más aceptación en la doctrina para resolver los casos. Su contenido básico consiste en que las normas de cuidado no están instituidas para disminuir toda clase de riesgos, sino para evitar la realización de determinados resultados. Por lo tanto, si el resultado producido no es de aquellos que la norma trataba de evitar ese resultado no se le puede imputar al autor así hubiera creado un riesgo jurídicamente desaprobado. Por ejemplo: un cirujano concurre en estado de embriaguez a la sala de cirugía e interviene a un paciente; la operación como tal es un éxito pero por un descuido de la enfermera jefe se deja en el vientre del paciente una gasa, y éste muere después como consecuencia de una infección producida por el elemento extraño que queda en su cuerpo.

En el caso planteado el facultativo crea un riesgo jurídicamente desaprobado: operar en estado de embriaguez. Para determinar si este riesgo es el mismo que se concreta en el resultado (la muerte del paciente), debemos hacer un análisis en concreto de la norma de cuidado que se ha infringido y preguntarnos por su finalidad. En este caso la norma de cuidado transgredida (operar en estado de embriaguez) tiene por finalidad evitar que al médico se le afecten o pierda sus capacidades físicas e intelectuales que disminuyan su destreza, y que esto lo lleve a cometer un error en la *lex artix*. Entonces, la pregunta que nos hacemos es: ¿la muerte se produjo como consecuencia de una pérdida de la habilidad del facultativo? Si la respuesta es negativa, podemos concluir que el resultado prohibido no es de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida, y por lo tanto el resultado concreto muerte no se le puede imputar, porque el riesgo creado por él no se concretó en el resultado. Se trata de un riesgo distinto que no es de su competencia.

Para determinar el fin de protección de la norma de cuidado debemos acudir a los instrumentos ordinarios de interpretación: al método

sistemático, histórico, teleológico y a las diferentes teorías de la argumentación²³, por medio de los cuales se fija el alcance de una disposición. El sentido que le busquemos a cada norma no puede ser abstracto, como por ejemplo decir que es para evitar peligros o lesiones para los bienes jurídicos protegidos, sino que hay que buscarle el sentido concreto. También, debemos establecer si la acción base lleva o no inherente el peligro de concretarse en el resultado en el caso en examen.

c.2.2. La Elevación o el Incremento del Riesgo

Aquí entran en consideración un grupo de casos que han sido abarcados con el nombre de “conductas alternativas conforme a derecho”. En estas hipótesis, el autor ha infringido un deber de cuidado; sin embargo, se demuestra que con seguridad, o con una gran probabilidad, el mismo resultado se habría producido si se hubiera observado el deber de cuidado.

Ejemplo (BGHSt. II, I). Caso del ciclista: El conductor de un camión al sobrepasar un ciclista no se mantiene dentro de la distancia lateral mínima permitida, en cuanto que pasa a una distancia de 7,5 cm.; durante la maniobra de adelantamiento el ciclista, quien se encontraba en avanzado estado de ebriedad, cae entre las ruedas posteriores del remolque a causa de una maniobra súbita hacia la izquierda, producto de una acción

²³ De acuerdo con el profesor Robert Alexy, los argumentos jurídicos se clasifican en cuatro grupos: argumentos lingüísticos, que se apoyan en la constatación del uso del idioma existente de hecho; argumentos genéticos, que apuntan a establecer la voluntad real del legislador histórico; argumentos sistemáticos, que se apoyan en la idea de la coherencia y unidad del respectivo sistema jurídico. Este grupo está compuesto por ocho subgrupos, a saber: de garantía de coexistencia; contextuales; conceptual-sistemático; argumentos de principios; argumentos jurídicos especiales como por ejemplo la analogía; prejudiciales; históricos, y comparativos; argumentos prácticos, que pueden dividirse en argumentos teleológicos y deontológico. Los primeros se orientan a los efectos de la interpretación y se apoyan en último término en la idea de lo bueno. Los deontológicos hacen ver lo que independientemente de las consecuencias, es justo o injusto. Cfr. Alexy, Robert. *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 55 y ss.

instintiva, y muere instantáneamente. Se considera que el accidente también habría sucedido aun cuando A hubiera mantenido la distancia lateral exigida.

Ejemplo (RGSt. 15 de octubre de 1926). Caso de la cocaína y novocaína. Un médico infringe la *lex artis*, al aplicar equivocadamente cocaína para anestesiarse a un paciente, cuando lo indicado era novocaína. El niño muere como consecuencia de la anestesia; sin embargo, se demuestra que el niño tenía una especial sensibilidad física ante cualquier tipo de anestesia, y que con gran probabilidad también hubiera muerto aunque se hubiera utilizado el procedimiento indicado, vale decir, anestesiarse con novocaína.

El Tribunal Supremo alemán (BGH) y la teoría dominante llegaron a la conclusión de que en estos casos no existía culpabilidad, con el argumento de que al autor sólo se le podía imputar el resultado causado por él cuando una conducta alternativa conforme a derecho hubiese impedido con seguridad la causación del resultado. A una conclusión diferente llegó Roxin empleando la Teoría del Incremento del Riesgo (Risikohöhenlehre). La problemática surge porque en el delito imprudente se requiere un nexo entre la violación al deber de cuidado y el resultado producido. Y en estos casos, como el resultado también se habría producido con una conducta diligente del autor, faltaría dicho nexo, y por ende no se estructuraría el tipo objetivo del delito culposamente.

El Profesor Roxin considera que en los anteriores casos es posible imputar el resultado, porque para él lo determinante es precisar si la conducta contraria al deber de cuidado ha elevado el riesgo de producción del resultado. En los delitos de omisión, bastaría con que el autor disminuya la posibilidad de salvación para el bien jurídico. En los casos planteados hay que precisar el alcance del riesgo permitido, es decir, en qué medida la conducta antirreglamentaria del conductor o la aplicación de cocaína

por novocaína, aumenta la posibilidad de daño. Si al hacer este estudio se concluye por ejemplo que la novocaína produciría la muerte en un 80% y la cocaína en un 60%, se debe imputar el resultado al autor porque el comportamiento contrario a la norma de cuidado ha aumentado en un 20% la probabilidad del resultado letal.

Además, los seguidores de esta teoría, para acallar las críticas que se le hicieron de que esta sería una teoría inoperante porque *ex ante* toda conducta que infringe el cuidado necesario en el tráfico estaría elevando la producción del resultado, optaron por decir que en estos casos el peligro debe evaluarse *ex post*, para tener en cuenta todas las circunstancias que posteriormente fueran conocidas y que influyeron en el resultado. De todas maneras, si se comprueba que el resultado sería idéntico, se tendrá que la conducta antirreglamentaria no elevó el riesgo y entonces el resultado no se le podrá imputar.

c.2.3. El Comportamiento Incorrecto de un Tercero o de la Víctima

Algunos doctrinantes señalan que estamos en presencia de una nueva relación de riesgo, cuando después de originado el peligro jurídicamente desaprobado, la víctima o el tercero contribuyen dolosa o culposamente a la producción de un resultado más grave que el que conllevaba el peligro inicial.

Por ejemplo: A lesiona a B en el brazo y éste muere en el hospital como consecuencia de una sepsis (intoxicación en la sangre), la cual es producida por un descuido médico²⁴. Aplicando este criterio, tendríamos que A respondería únicamente por lesiones personales y cuando más por tentativa de homicidio. No respondería por homicidio,

²⁴ Caso tratado por la jurisprudencia alemana. OLG Celle, en NJW, 1958, 271.

ya que se originó una nueva relación de riesgo. En cambio el médico respondería por homicidio culposo. Consideramos que este criterio es válido, pero no puede tomarse como postulado absoluto, porque no es posible que toda intervención de la víctima o de un tercero posterior cree una nueva relación de riesgo. La solución depende del alcance que se le fije a la posición de garante que tiene el primer causante. Si está dentro de su ámbito de responsabilidad evitar que otro realice conductas lesivas, el comportamiento doloso o culposo de la víctima o de un tercero no desplaza el riesgo anterior y por lo tanto el resultado final le es imputable. Por el contrario, si no está dentro del ámbito de responsabilidad del garante evitar comportamientos imprudentes o dolosos de terceros o de la propia víctima, se genera una relación de riesgo que desplaza la anterior y en consecuencia el resultado final no le es imputable al primer causante.

En los casos de conductas médicas, lo importante es establecer probatoriamente si el comportamiento del facultativo desplaza el peligro creado por el autor, porque éste en principio confía en que el médico actuará conforme a la *lex artix*. Además, en casos en que la lesión es mortal y el médico actúa negligentemente, estaríamos en un caso de concurrencia de riesgos²⁵.

Otros autores sostienen que con relación a conductas posteriores de terceros debe distinguirse si se trata de una conducta activa u omisiva, porque en éstos últimos no puede haber interrupción de relación de riesgo inicialmente creada. Así por ejemplo, si alguien no inicia la labor de salvamento y el resultado se produce, es porque la acción base llevaba inherente el riesgo que conduciría a la realización del resultado. No estamos de acuerdo con este criterio, porque no podemos negar la responsabilidad penal del médico cuando una persona que ha

²⁵ Cfr. Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil. 11/109, 110, Pág.334 y 335.

sido atropellada por un carro fantasma y es llevada al hospital muere porque aquél, que se encontraba de turno, se había ausentado injustificadamente de su lugar de trabajo.

En efecto, si bien es cierto que la posibilidad que tiene un tercero de evitar un resultado no interrumpe la relación de causalidad, también es cierto que no puede negarse que esa omisión de salvamento puede desplazar el riesgo inicial y crear una nueva relación de riesgo que explique el resultado. En el caso que examinamos, si se comprueba que la intervención oportuna del facultativo hubiera salvado al paciente o hubiera disminuido sus lesiones, tendríamos que afirmar que el riesgo creado por el médico desplazó al originado por el primer causante y se constituye en la explicación del resultado.

Con respecto al comportamiento de la víctima, es importante destacar los casos ya analizados en el anterior apartado de las acciones peligrosas de salvamento y la infracción a los deberes de autoprotección. Sin embargo, en los casos que pertenecen a éste apartado, la víctima organiza su propia lesión sin división de trabajo. Recuérdese que lo que caracterizaba a las acciones a propio riesgo es que existe asunción conjunta del peligro entre la víctima y el tercero.

En los casos que en este momento nos incumben, la víctima crea “solita” una nueva relación de riesgo que explica el suceso. Es decir, teniendo la oportunidad de evitar el peligro, organiza la lesión o puesta en peligro de sus bienes, al trasladar libre y voluntariamente el riesgo creado por otro, a su propio ámbito de organización. (Ej. A recibe lesiones con incapacidad de 90 días, de acuerdo con la prescripción médica, A debe evitar ciertas comidas y bebidas, y hacerse diariamente una limpieza en la herida; A incumple con la prescripción médica y a los tres meses, se le debe amputar la pierna).

Estos casos excluyen la relación de riesgo porque están dentro del ámbito de responsabilidad de la víctima: protegerse ella misma ante los peligros. No obstante, no se excluye la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, sino la imputación del resultado. En consecuencia, en casos de delitos dolosos puede subsistir la responsabilidad a título de tentativa o de delito atenuado pero consumado.

c.2.4. El Principio de Confianza

Para el profesor Rudolphi, el problema del favorecimiento de una conducta dolosa o culposa de un tercero debe resolverse con base en la delimitación de los ámbitos de responsabilidad de las personas que participan en un evento causal. Una persona sólo es responsable por su propia conducta y no por la de terceros. Ella puede confiar, en principio, en que los demás participantes de la vida en relación se comportarán correctamente, y sólo puede contar con hechos punibles de terceros o con la conducta imprudente de la propia víctima, si se dan motivos concretos para ello.

Por ejemplo, el famoso “paseo de la muerte”, en Cartagena: una persona sufre una lesión en un accidente de tráfico, la policía conduce al lesionado a diversos hospitales, todos niegan la asistencia por tratarse de un paciente sin seguro y sin recursos económicos; el paciente muere en dicho “paseo”. En este caso, el daño ocasionado por los diferentes administradores de los hospitales no le puede ser imputado al primer causante, porque él tenía derecho a esperar de los demás un comportamiento ajustado a su rol.

Con fundamento en lo anterior, podemos concluir, que en materia de realización de riesgos no es fácil encontrar un criterio único que nos permita resolver tan compleja constelación de casos que se

presentan. En consecuencia es conveniente tomar el caso concreto y adecuarlo a uno de los grupos de casos que se citaron antes: fin de protección de la norma; incremento del riesgo; comportamiento incorrecto de un tercero o de la víctima; o, principio de confianza.

Bibliografía

- Bacigalupo, Enrique. Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Temis-Ilanud. Bogotá, 1984.
- Cancio Meliá, Manuel. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Eser, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Frisch, Wolfgang. Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag.
- Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre; Berlin 2a. ed. Walter de Gruyter & Co.1991.
- Jakobs, Günther. La imputación Objetiva en el derecho penal. Traducción Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colección de Estudios No. 1.
- Jakobs Günther. La imputación penal de la acción y de la omisión, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Hirsch Hans Joachim, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, en Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln.
- López, Ángel Torio. Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva. Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, Madrid.
- López Díaz, Claudia. Introducción a la Imputación Objetiva. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. 1996. Colección de Estudios No. 5.
- Maiwald, Manfred. De la capacidad de rendimiento del concepto de “riesgo permitido” para la sistemática del derecho penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

- Perdomo Torres, Jorge. La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión. Universidad Externado de Colombia, 2001.
- Perdomo Torres, Jorge. El delito de comisión por omisión en el nuevo Código penal colombiano, 2001.
- Reyes, Yesid. Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung, ZStW 105 (1993), Heft I.
- Roxin, Claus. Strafrecht Allgemeiner Teil, tomo I, 1992 Schönke-Schröder-Leckner, StGB, 24ava edición, 1991.
- Rudolphi, Hans-Joachim. Causalidad e imputación objetiva. Traducción Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia. Centro de Estudios de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Colección de Estudios No. 13.
- Sancinetti Marcelo: Cancio Manuel y Ferrante Marcelo. Teoría de la imputación objetiva, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- Schröder Schönke y Leckner, StGB, 24^a. Ed., 1991.
- Schünemann, Bern. Einführung in das strafrechtliche Systemdenken, en Grundfragen des modernes Strafrechtssystems, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1984. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Kausalität und objektive Zurechnung” von Hans-Joachim Rudolphi.

EL CONCEPTO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

Yesid Reyes Alvarado

I. Introducción

El tema de la imputación objetiva ha venido adquiriendo creciente importancia entre los estudiosos del derecho penal en los últimos años, lo cual no ha ocurrido tan sólo a nivel latinoamericano, pues ya a comienzos de la década del noventa la doctrina alemana lo calificaba como uno de los “temas de moda” del momento dentro de la dogmática. Debido a ello puede observarse igualmente una tendencia a ocuparse del tema, bien a partir de escritos monográficos sobre la naturaleza misma de la imputación objetiva, o a través de artículos puntuales referidos a alguno de los elementos que la componen, o relacionados con las implicaciones que ella tiene en el tratamiento de alguna figura específica de la teoría del delito. Si bien resulta usual que dentro de estas polémicas doctrinales se evidencie disparidad de criterios en el manejo del tema, llama la atención que en esta materia buena parte de los aspectos alrededor de los cuales se centran las más duras confrontaciones, son el resultado de la falta de precisión sobre lo que debe entenderse por “imputación objetiva”.

Esa falta de claridad respecto del concepto mismo de imputación objetiva ha llevado a que en algunos puntos las tesis aparezcan como frontalmente opuestas e irreconciliables, cuando en realidad se trata de posturas que sólo pueden ser entendidas como contrapuestas en la

medida en que han sido adoptadas a partir de dos concepciones diversas de la imputación objetiva, de manera que en tales eventos la polémica podría evitarse o, cuando menos replantearse, si quienes intervienen en la misma fueran conscientes de que no están de acuerdo sobre el contenido del tema que someten a debate. A partir de esta observación, con el presente escrito pretendo tan sólo poner en evidencia que la actual discusión en torno a las bondades y capacidad de rendimiento de la imputación objetiva en la dogmática penal, involucra dos formas completamente distintas de entender la imputación objetiva, de manera que una confrontación de opiniones sólo podrá resultar fructífera, si quienes en ella intervienen están de acuerdo en el concepto de imputación objetiva sobre el que desarrollarán la polémica. Con esto no quiero decir que desde el punto de vista del derecho penal sólo sea factible concebir dos formas de entender la imputación objetiva, pues lo cierto es que tratándose de un concepto casi tan antiguo como la ciencia penal misma, muchas han sido las acepciones que de él se han manejado a lo largo de toda la evolución de la teoría del delito. No obstante lo anterior, habré de referirme aquí sólo a las dos más recientes formas de entender la imputación objetiva, que son las que en los últimos treinta años han dado lugar a la actual polémica.

2. La imputación objetiva dentro de una concepción finalista de la teoría del delito

A comienzos de los años treinta, Hans Welzel formulaba en Alemania las primeras bases para el replanteamiento de una teoría del delito que, como la causalista, era cada vez más frecuentemente atacada por los diversos problemas sistemáticos que afrontaba. Un primer aspecto central en la propuesta de Welzel estaba constituido por su idea de despojar a la relación de causalidad de su preeminencia en la construcción de la teoría del delito, sobre el supuesto de que no era esa la forma correcta de trazar el límite entre aquellas conductas que

le interesan al derecho penal y aquellas otras que escapan de su radio de acción; desde el punto de vista meramente causal -señalaba Welzel- no hay ninguna diferencia entre el rayo que causa la muerte de un ser humano y el hombre que dispara sobre su congénere quitándole la vida, pues en uno y otro casos el fallecimiento de la víctima es el resultado de una causa, sin que por ello el derecho penal se interese tanto en la acción de quien accionó el arma de fuego como en la descarga eléctrica producida por el rayo. La circunstancia de que este último evento natural no le interese a la ciencia penal, pondría en evidencia (conforme al planteamiento de Welzel) que no es la existencia de una relación causal lo que despierta el interés del derecho penal y, por consiguiente, no es ella la que puede servir como elemento central para la construcción de la teoría del delito. Siguiendo con este símil, sostuvo Welzel que la verdadera diferencia entre la muerte causada por el rayo y la originada por la intervención del ser humano, radica en la *intencionalidad* de la conducta que, desde luego, no puede ser predicada del rayo sino tan sólo del ser humano, pese a que ambos pueden ser considerados como causa de las respectivas muertes¹. Con esto no pretendió nunca Welzel asegurar que la relación de causalidad carecía por completo de importancia dentro de la teoría del delito, sino tan sólo destacar que no es ella su aspecto central pues, a su modo de ver, lo que permite distinguir entre aquellos hechos que le interesan al derecho penal y aquellos que escapan a su ámbito de acción es la existencia de la *intencionalidad* de la conducta.

Un segundo aspecto central en la propuesta de Welzel tuvo que ver con el tratamiento de los bienes jurídicos, respecto de los cuales planteó que no debían ser entendidos de forma estática, como simples piezas de museo que deben permanecer encerradas en escaparates de vidrio

¹ Cfr. Hans Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, IIª edición, 1969, pág. 33.

para impedir que se los manipule sino que, por el contrario, debían ser comprendidos de manera dinámica, esto es, como elementos que forman parte de nuestra vida social y con los que estamos interactuando de manera permanente². Esta concepción dinámica de los bienes jurídicos supondría que no toda lesión que a ellos se cause resulta relevante para el derecho penal, pues existirían muchas formas de comportamiento que, siendo admitidas como válidas por el conglomerado social, suponen ataques o incluso lesiones a los bienes jurídicos sin que por ello se despierte el interés del derecho penal. Fue entonces cuando surgió el concepto de “adecuación social”, con el que se buscó caracterizar aquellos comportamientos que aun siendo lesivos de bienes jurídicos debían permanecer al margen del derecho penal, justamente por tratarse de conductas avaladas por el conglomerado social dentro del cual se desarrollaban.

Pese a que el planteamiento de Welzel estaba fundamentado sobre estos dos pilares, las críticas de la doctrina se dirigieron de manera primordial en contra de la figura de la adecuación social, frente a la cual Welzel no tuvo una concepción clara respecto de su ubicación sistemática, lo que no solamente le llevó a proponer de manera alternativa que se considerara dicha figura como causal de atipicidad y de antijuridicidad, sino que, además, le impidió demostrar con suficiente contundencia que los casos para los cuales resultaba útil la figura de la adecuación social no podían ser correctamente solucionados con los elementos tradicionales de la teoría del delito, como lo propugnaban los enemigos de la figura. Por el contrario, el concepto de intencionalidad de la conducta surtió una enorme fascinación entre los estudiosos del derecho penal, llevándolos a centrar sus esfuerzos en el rediseño de la teoría del delito a partir de esa noción de intencionalidad, que poco después fue reemplazada por la

² Cfr. Hans Welzel, “Studien zum System des Strafrecht”, En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), tomo 58, Walter de Gruyter, 1939, págs. 514 y 515.

de finalidad y que, con el paso de los años, permitió el surgimiento de una concepción del delito que hoy se conoce con la denominación de finalismo.

Si bien el hecho de desplazar el eje de la teoría del delito desde la relación de causalidad (sin llegar a sostener que ésta carece por completo de importancia) hacia la intencionalidad de la conducta supuso trazar una importante línea divisoria entre las corrientes causalista y finalista, lo evidente es que en cuanto las dos escuelas edifican su concepción del hecho punible a partir de conceptos tomados de las ciencias naturales -la causalidad y la intencionalidad-, ambas pueden ser consideradas como concepciones ontológicas de la teoría del delito. Como consecuencia de ello, la distinción que en una y otra teorías se efectúa entre los aspectos objetivo y subjetivo del delito responde por igual a parámetros ontológicos, pues tanto para los causalistas como para los finalistas todo aquello que ocurra fuera de la mente del ser humano debe ser tenido como parte del aspecto objetivo del delito, mientras lo que acaezca al interior de la psiquis deberá ser objeto de análisis dentro del aspecto subjetivo del delito. Por ello, la creación del concepto de injusto por parte de los finalistas, la distinción entre los tipos objetivo y subjetivo y el nuevo contenido que se le infundió a la noción de culpabilidad, si bien marcan una notable diferencia sistemática con el causalismo, no hacen desaparecer la estrecha relación con el mismo en cuanto esos nuevos elementos y contenidos de la teoría del delito siguen siendo organizados conforme a los mismos parámetros ontológicos que dentro del causalismo sirvieron inicialmente para calificar a la tipicidad y la antijuridicidad como los elementos objetivos del delito, y a la culpabilidad como el aspecto subjetivo del mismo.

El reconocimiento de que toda conducta humana es final acarrió entre otras importantes consecuencias el desplazamiento del dolo desde el ámbito de la culpabilidad (lugar que le correspondía dentro de la

concepción causalista del delito) al de la tipicidad, ubicándolo de manera concreta en lo que desde entonces se denominó el tipo subjetivo³. Pese al buen funcionamiento del sistema en relación con los delitos dolosos, claramente caracterizados por la existencia de una intencionalidad dirigida a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, pronto enfrentaron los finalistas problemas en el ámbito del delito imprudente⁴, pues siendo su principal característica la producción de un resultado no querido, el ingrediente de la intencionalidad de la conducta no prestaba ninguna utilidad para explicar la razón de ser de la punibilidad de los delitos imprudentes, lo cual suponía un serio inconveniente sistemático, sobre todo en tratándose de una teoría surgida en un país donde casi la mitad de los delitos que llegan a conocimiento de las autoridades son imprudentes.

Con la pretensión de solucionar este grave inconveniente sistemático, se propuso inicialmente reconocer que en el delito imprudente también existe una finalidad, solo que siendo ella jurídicamente irrelevante conducía a la producción de un resultado penalmente relevante; contra esta solución se dijo, con razón, que suponía el expreso reconocimiento de las fallas del finalismo⁵ frente a esta modalidad delictiva, en cuanto se admitía de manera expresa que la finalidad propia del delito imprudente resultaba irrelevante desde el punto de vista del derecho penal, a diferencia de lo que ocurría frente al delito doloso, en donde

³No sobra advertir que este desplazamiento del dolo fue parcial, en cuanto la consciencia de la antijuridicidad permaneció anclada dentro de la noción de culpabilidad, mientras lo que se ha dado en denominar “el dolo bueno” fue radicado dentro del tipo subjetivo del injusto.

⁴Aun cuando dentro de una concepción causalista de la teoría del delito resulta más frecuente la denominación de “delito culposo”, los autores finalistas suelen inclinarse por la expresión “delito imprudente”, la cual se ha venido abriendo paso dentro de la literatura penal europea, a diferencia de lo que suele ocurrir en el ámbito latinoamericano.

⁵Sobre esta propuesta de Niese y su apreciación crítica, puede consultarse, Eberhard Struensee, “Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts”, *En: Juristenzeitung (JZ)*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1987, pág. 55.

era justamente esa finalidad la que marcaba la diferencia entre aquellas conductas que resultaban de interés al derecho penal, y aquellas que escapaban a su ámbito de acción.

Welzel, por su parte, intentó dos soluciones diversas al problema, la primera de las cuales consistió en hacer referencia a una “finalidad potencial” del autor, afirmando que si bien quien comete un delito imprudente carece de la voluntad de causar un resultado nocivo, su conducta es penalmente reprochable en cuanto podía y debía haberse comportado en forma diversa a como lo hizo, para poder evitar la sobrevenida del resultado⁶; pese a que esa “finalidad potencial” debería estar referida a la posibilidad concreta de actuación del autor, era forzoso reconocer que esta propuesta suponía para el finalismo la aceptación de que en los delitos imprudentes el resultado es producto de esa “causalidad ciega”⁷ que con tanto empeño combatieron. La incompatibilidad de esa “finalidad potencial” con la intencionalidad propia de su sistema, hizo que pronto Welzel abandonara ese intento de solución reemplazándolo por uno diverso que descansa sobre el concepto de “infracción al deber objetivo de cuidado”⁸; de acuerdo con esta tesis, lo que en el delito imprudente se reprocha es la no observancia del deber de cuidado exigible en el desarrollo de la acción generadora del resultado lesivo. Pese a que la “objetividad” de este concepto pudiera parecer incompatible con una teoría final del injusto

⁶ Hans Welzel, “Studien zum System des Strafrechts”, En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), tomo 58, Berlin, Walter de Gruyter, 1939, pág. 559.

⁷ Sobre este aspecto no puede haber duda alguna, pues fue el propio Welzel quien admitió que en los delitos imprudentes se estaba en frente de una “causalidad ciega”; cfr. Hans Welzel, ZStW 58 (1939), ed. Cit., pág. 559.

⁸ La mención a la figura del deber objetivo de cuidado puede verse ya desde la primera edición del manual de Welzel, publicado en el año de 1947 (página 83). Entre los más recientes defensores de la concepción finalista de la teoría del delito se sigue manteniendo la violación al deber objetivo de cuidado como forma de explicar la punibilidad del delito imprudente; en este sentido puede confrontarse, por ejemplo, Georg Küpper, “Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, pág. 115.

de marcada tendencia subjetiva, la aparente inconsistencia podía ser obviada recurriendo a la afirmación complementaria del propio Welzel en el sentido de que la acción descuidadamente omitida debió ser intencional⁹, de manera que mientras en los delitos dolosos es necesario el examen de la conducción final de la acción, en los imprudentes la atención debe centrarse en la indebida ausencia de la conducción final de una acción encaminada a evitar el resultado, lo cual supondría que, en todo caso, lo determinante dentro de esta concepción del delito seguiría siendo la forma como la acción final es conducida por el autor¹⁰.

Pese a los esfuerzos realizados por los partidarios de esta corriente doctrinal, lo evidente es que con esta última precisión no se logra ocultar que el finalismo se vio forzado a abandonar la intencionalidad de la conducta como fundamento de la punibilidad del delito imprudente, lo cual puso en evidencia un gran problema sistemático al verse abocados a bifurcar la teoría del hecho punible, edificando el reproche al delito doloso sobre la intencionalidad de la conducta y la sanción al delito imprudente a partir de la lesión al deber objetivo de cuidado. No obstante lo trascendental de esta dicotomía dentro de lo que pretendía ser una concepción unitaria del delito, la aparente solidez teórica de la infracción al deber de cuidado como razón de ser de la intervención del derecho penal frente al delito imprudente, llevó a que la doctrina ampliamente mayoritaria la acogiese sin vacilación, al punto que incluso los defensores de esquemas causalistas la adoptaron como sustituto de sus tradicionales tesis de la previsibilidad.

No obstante lo anterior, la práctica judicial se encargaría pronto de demostrar que la lesión al deber objetivo de cuidado no era suficiente

⁹ Cfr. Hans Welzel, *Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen*, En: *Juristenzeitung (JZ)*, Tübingen, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1956, pág. 423.

¹⁰ Cfr. Hans Welzel, *Lehrbuch*, 9ª edición, 1965, pág. 130.

como correctivo de la relación causal para delimitar aquellos eventos en los que el derecho penal debe intervenir, de aquellos otros que deben permanecer por completo ajenos a su ámbito de aplicación.

Muy conocido en la literatura especializada es un proceso que fue sometido a estudio del Tribunal Supremo alemán en la década del cincuenta, en el que se juzgaba al conductor de un camión que, en carretera, sobrepasó un ciclista a una distancia inferior a la permitida por el Código de Circulación; durante la imprudente maniobra de sobrepaso, el ciclista perdió el equilibrio y pereció arrollado por las ruedas traseras del vehículo. Practicada la necropsia se estableció por parte de los médicos legistas que, en el momento de su muerte, el ciclista conducía su vehículo en avanzado estado de alicoramiento¹¹. Al pretender abordar el examen de este caso a partir de la infracción al deber objetivo de cuidado, se llegaba a la conclusión de que no solo el conductor del camión había infringido con su comportamiento el deber objetivo de cuidado al adelantar al ciclista a una distancia inferior a la permitida por el Código de Tránsito, sino que también este último había lesionado el deber objetivo de cuidado al guiar su bicicleta en estado de ebriedad, contraviniendo igualmente claros preceptos del Código de Circulación.

Esta particular situación ponía en evidencia que en casos como éste la lesión al deber objetivo de cuidado no servía como correctivo a la simple relación de causalidad para determinar quién podía ser tenido como “autor” de la muerte del ciclista, pues no solo los dos involucrados en el insuceso podían ser considerados como *causa*

¹¹ Sobre la descripción de este caso, cfr. BGHSt 11,1.

del fallecimiento de la víctima, sino que también ambos habían infringido con su conducta el deber objetivo de cuidado, haciendo imposible que con el simple recurso a esta última figura pudiera brindarse una adecuada solución al caso.

Si bien en su momento la mayoría de la doctrina compartió la solución de la Suprema Corte alemana en cuanto absolvió al conductor del camión como autor del homicidio imprudente cuya comisión se le atribuía, las discrepancias surgieron en torno de la fundamentación que sirvió de soporte a este fallo, pues se consideró que la alusión que la Corte hizo a la inevitabilidad del resultado aun en el evento de que el conductor se hubiese comportado conforme a derecho, no conseguía explicar correctamente su ausencia de responsabilidad.

Con la pretensión de sortear escollos de esta naturaleza, propuso Roxin en 1962 que el resultado debería serle imputable a una persona cuando ella, con su conducta, hubiera creado un riesgo que fuera superior al permitido para la ejecución de la conducta respectiva¹². Como este planteamiento supone la imputación de un resultado cada vez que alguien despliegue una conducta con la cual eleve el riesgo por encima del límite permitido, esta tesis fue conocida con el nombre de “*teoría de la elevación del riesgo*” o “*teoría del incremento del riesgo*”.

Es cierto que esta formulación original de la aludida teoría sufrió algunas importantes modificaciones¹³, debidas en buena parte a las críticas que se le hicieron por su desconocimiento al *in dubio pro*

¹² Cfr. Claus Roxin, “Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten”, En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Berlin, Walter de Gruyter, 1962, págs. 431 y 432. En el mismo sentido, Claus Roxin, “Strafrecht — Allgemeiner Teil (Lehrbuch)”, tomo I, München, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1992, § 11/59, págs. 238 y 239.

¹³ Cfr. Claus Roxin, “Literaturbericht — Allgemeiner Teil”, En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), tomo 78, Berlin, Walter de Gruyter, 1966, pág. 221.

*reo*¹⁴ y su potencialidad para sancionar por la simple contravención al deber de cuidado¹⁵, y también lo es que pese a su enorme difusión en la literatura europea y latinoamericana, aún hoy son muchas las observaciones críticas que sigue mereciendo¹⁶. Para los fines de este trabajo, sin embargo, baste con señalar que la creación de la teoría de la *elevación del riesgo* permitió a las concepciones de corte finalista contar con un mecanismo adicional para la solución de los problemas que planteaba el delito imprudente, y para cuya solución no resultaban suficientes ni la mera referencia a la relación causal, ni la remisión a la figura de la infracción al deber objetivo de cuidado.

Sin negar la utilidad que en la práctica parecía prestar el principio de la elevación del riesgo, la práctica judicial afrontaba dificultades con otra clase de supuestos de hecho, de los cuales resulta especialmente ilustrativo el siguiente: dentro del perímetro urbano de una pequeña población alemana, una señora conducía su vehículo a una velocidad superior a la permitida por el Código de Circulación, razón por la cual no pudo evitar atropellar a un hombre que intentaba cruzar la calle; debido al impacto, el peatón sufrió algunas heridas de consideración que hicieron necesaria una intervención quirúrgica y su permanencia en un centro hospitalario durante un período relativamente prolongado. El paciente, que inicialmente debió ser alimentado por medio de sonda, recibió después de algunos días la autorización médica para consumir alimentos por vía oral, por lo que una empleada de la clínica le suministró una sopa, durante cuya ingestión

¹⁴ Aun cuando se trata de una crítica hoy en día muy generalizada, quien inicialmente la planteó en directa referencia al escrito de Roxin, fue Klaus Ulsenheimer, “Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den fahrlässigkeitsdelikten, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1965, págs. 138 y 139.

¹⁵ También fue Ulsenheimer el primero en poner en evidencia este inconveniente de la teoría de la elevación del riesgo; cfr. Klaus Ulsenheimer, ed. cit., págs. 63 y 134.

¹⁶ Para una detallada exposición sobre el contenido y los inconvenientes de esta teoría, cfr. Yesid Reyes Alvarado, “Imputación Objetiva”, editorial Temis, 1994, págs. 244 y siguientes.

el paciente se atoró con un trozo de comida que finalmente se alojó en uno de sus pulmones, sin que el procedimiento de lavado pulmonar al que fue sometido de manera inmediata consiguiera evitar su fallecimiento a consecuencia de una neumonía¹⁷.

Para la solución de este problema no resulta de utilidad la invocación de la *relación causal*, ni la referencia a una lesión al deber objetivo de cuidado, puesto que resulta innegable que la procesada no solo fue causa del resultado muerte, sino que, además, su conducta fue claramente violatoria de las normas de tránsito que regulan la velocidad dentro del perímetro urbano y, por consiguiente, implicó una *lesión al deber objetivo de cuidado*. Pero incluso la remisión al principio de la *elevación del riesgo* resulta poco útil para la correcta solución del caso, pues siendo claro que condujo por encima de los límites de velocidad legalmente autorizados no puede negarse que la señora incrementó el riesgo, ante lo cual debería concluirse que era responsable de un homicidio imprudente, resultado que parecía inaceptable en las condiciones dentro de las cuales se produjo el fallecimiento de la víctima.

Con la pretensión de solucionar casos como éste, los penalistas recurrieron a una antigua teoría desarrollada por el derecho civil alemán¹⁸, conforme a la cual sólo se debía responder por las consecuencias nocivas de una conducta, cuando la norma que con ella se infringiera tuviera como finalidad la prevención del resultado dañoso efectivamente acaecido.

¹⁷ Este caso fue juzgado por el tribunal superior de Stuttgart en julio de 1981, y sus incidencias pueden ser consultadas en la revista *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) de 1982, página 295.

¹⁸ Doctrinalmente, quizás el primer trabajo sobre este principio se debe al civilista Ernst von Caemmerer, "Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung", *En*: *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), volumen I, München und Berlin, C. H. Beck'sche Verlagsbuhhandlung, 1956, págs. 569 y siguientes. A nivel jurisprudencial, y un año antes la Sala Civil de la Suprema Corte alemana había abordado el tema, tal como puede observarse en BGHZ 19, pág. 114.

De esta manera, y nuevamente a instancias de Roxin¹⁹ (secundado entonces por Gimbernat Ordeig)²⁰, surge dentro del derecho penal un nuevo mecanismo de solución a los problemas del delito imprudente, que desde entonces es conocido con el nombre de “*teoría del fin de protección de la norma*” y que, en el ejemplo propuesto, permitía liberar a la acusada de la responsabilidad penal por la muerte del atropellado, sobre el supuesto de que las normas que regulan el límite de velocidad dentro del perímetro urbano no tienen como finalidad el evitar que las personas fallezcan atoradas con residuos de comida.

Sin pretender desconocer que la *teoría del fin de protección de la norma* ha dividido las opiniones de la doctrina en cuanto a los supuestos de hecho respecto de los cuales debe ser aplicada²¹, lo que a efectos de este trabajo resulta relevante es la necesidad que dentro de un esquema finalista se tuvo de recurrir a la creación de un nuevo principio que les permitiera solucionar algunos de los inconvenientes prácticos que seguía planteando el análisis del delito imprudente; por eso no debe sorprender que el propio Roxin haya señalado que el *fin de protección de la norma* debe ser utilizado como un complemento necesario de la *teoría de la elevación del riesgo*²².

Los inconvenientes para solucionar supuestos de hecho relacionados con delitos imprudentes no terminaron, sin embargo, con la formulación de este nuevo principio, como lo demuestra un grupo de casos entre los que doctrinalmente ha llamado especialmente la atención el siguiente

¹⁹ Cfr. Claus Roxin, “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, En: Festschrift für Richard M. Honig, Göttingen, Verlag Otto Schwartz & Co., 1970, págs. 13 y siguientes.

²⁰ Cfr. Enrique Gimbernat Ordeig, “Delitos cualificados por el resultado y causalidad”, Madrid, ed. Centro de Estudios Ramón Arances, 1990, págs. 141, 142, 146 y 147.

²¹ Respecto de estos inconvenientes del fin de protección de la norma, cfr. Yesid Reyes Alvarado, “Imputación...”, ed. cit., págs. 204 y siguientes.

²² Cfr. Claus Roxin, Honig Festschrift, ed. cit., págs. 133 y siguientes.

evento: un sujeto que asistía como espectador a una obra de teatro, entregó su abrigo a uno de los empleados de la recepción sin antes advertirle que dentro de él se hallaba un revólver cargado y desasegurado; durante el transcurso de la función, uno de los acomodadores del teatro encontró el arma dentro del abrigo y, pensando que estaba descargada, la accionó dando muerte a un tercero²³.

Frente a la pregunta de si el dueño del abrigo podía ser responsabilizado como autor de un homicidio imprudente, la referencia a la *relación de causalidad* no arrojaba mayores luces, ante el evidente vínculo causal entre la conducta del propietario del abrigo y la muerte de la víctima; tampoco mediante el análisis del deber objetivo de cuidado se conseguía avanzar demasiado, pues no podía desconocerse que la forma descuidada como el arma de fuego fue dejada en el abrigo al ser entregado éste en la recepción del teatro, ponía de manifiesto una *infracción al deber objetivo de cuidado*; también resultaba insatisfactorio el recurso a la *teoría de la elevación del riesgo*, en cuando los hechos materia de análisis dejaban ver que con su conducta descuidada el propietario del abrigo había elevado el riesgo por encima de lo permitido; finalmente, de recurrirse a la teoría del *fin de protección de la norma* los resultados seguían siendo poco satisfactorios, pues resultaba imposible desconocer que las disposiciones legales que regulan la manipulación de armas de fuego tienen como una de sus más claras finalidades la de impedir que con su inadecuado manejo se causen lesiones o muertes a terceras personas.

Con la convicción de que en casos como este el autor de la conducta debería ser liberado de responsabilidad penal por el daño finalmente

²³ Para detalles sobre este caso juzgado por el Tribunal Supremo del Imperio Alemán, cfr. RGHSSt 34, pág. 91.

acaecido, alguna parte de la doctrina recurrió a la reformulación de un antiguo principio denominado “*prohibición de regreso*”, que había sido expuesto a comienzos del siglo XX en Alemania por Reinhart Frank como un mecanismo para impedir que la responsabilidad penal se extendiera de manera ilimitada²⁴; conforme a este planteamiento original de la *prohibición de regreso*, un garante no debe responder por todas las posibles afectaciones que pueda sufrir el bien jurídico cuya custodia le ha sido encomendada²⁵. En términos generales puede entonces afirmarse que con la *prohibición de regreso* se pretendió exonerar de responsabilidad penal a quien con su conducta posibilita la ejecución del hecho delictivo, equiparando así el comportamiento de esa persona con el de quien despliega un conducta socialmente adecuada²⁶.

Este de la *prohibición de regreso* es, ciertamente, uno de los principios que dentro de la dogmática penal ha generado mayores polémicas, al punto que desde sus remotos orígenes hasta el momento actual han sido muchas las fundamentaciones y desarrollos que de él se han propuesto, bien sea planteándolo como un mecanismo de interrupción del nexo causal, o exponiéndolo a partir de la noción de previsibilidad, o mencionándolo como un ejemplo de participación impune, o bien señalándolo como una limitación al principio de la dominabilidad del hecho²⁷. Con absoluta independencia de la polémica doctrinal que existe en torno de su contenido y fundamentación, lo que para los límites de este trabajo interesa es que su reformulación, en la segunda mitad del siglo XX, obedeció a un intento más de los partidarios de

²⁴ Sobre los orígenes de la prohibición de regreso, cfr. Herbert Tröndle, StGB, Vor § 13, Rd. 18b.

²⁵ Cfr. Heinz Bindokat, “Fahrlässige Beihilfe”, En: Juristen Zeitung (JZ), Tübingen, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1986, pág. 424.

²⁶ Cfr. Günther Jakobs, “Strafrecht - Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch”, 2ª edición, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1991, Rd. 7/4b.

²⁷ Sobre la evolución histórica del principio de la prohibición de regreso, cfr. Yesid Reyes Alvarado, “Imputación...”, ed. cit., págs. 318 y siguientes.

una concepción final del injusto, por solucionar los inconvenientes que a ellos planteaban algunos supuestos de hecho relacionados con delitos imprudentes.

El transcurso del tiempo demostró que ni siquiera con la adopción de este principio se conseguían solucionar de manera adecuada todos los inconvenientes que la práctica judicial planteaba en materia de delitos imprudentes, tal como puede observarse en otro grupo de casos del que es buen ejemplo la siguiente situación extraída de la jurisprudencia austríaca: Durante una acalorada discusión en una taberna, la víctima insultó reiteradamente al acusado, quien finalmente decidió agredirla lanzándole un vaso de vino contra la cara. Como consecuencia de este golpe, la víctima sufrió una cortada en el arco superciliar derecho y además una perforación en el globo ocular con sangrado interno en la antecámara del ojo. A las pocas horas de ocurrido el incidente, en un centro de atención médica le fue suturada la herida del arco superciliar y se le recomendó la práctica inmediata de una intervención quirúrgica para subsanar la herida interna del ojo, recomendación que fue rechazada por el herido. Dos semanas más tarde, cuando la víctima acudió a un centro clínico para que le fueran retirados los puntos de la sutura, fue aconsejado por los médicos en el sentido de que debería buscar un oculista para que le examinara la herida interna del ojo, consejo que también fue desatendido por el herido, quien prefirió seguirse tratando la herida con remedios caseros. Cuatro meses después, cuando la víctima decidió finalmente acudir a un centro hospitalario para que le fuera tratada la herida interna del ojo, este tuvo que serle quirúrgicamente retirado, debido a lo avanzado del proceso infeccioso²⁸.

²⁸ Detalles sobre este caso y su juzgamiento pueden encontrarse en, Manfred Burgstaller, "Erfolgszurechnung bei nachträglichen Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst", *En: Festschrift für Hans Heinrich Jescheck*, volumen I, Berlin, Duncker und Humblot, 1985, pág. 371.

Si de cara a este suceso se indagara por la posible existencia de una *relación causal* entre la conducta de quien lanzó el vaso de vino contra el rostro de la víctima y la pérdida del ojo que esta última sufrió, la respuesta debería ser de naturaleza afirmativa. De profundizarse un poco más en el análisis de los elementos hasta ahora utilizados para el estudio del delito imprudente, tendría que aceptarse que cuando el autor de la conducta lanzó un objeto contundente contra la víctima, no sólo *infringió el deber objetivo de cuidado* sino que, además, *incrementó el riesgo* de lesión al bien jurídico de la integridad personal con un comportamiento que, sin lugar a dudas, puede ser considerado como propio del *ámbito de protección de las normas* con las que a nivel social se pretende regular la conducta de los ciudadanos frente a los demás coasociados. Por lo que respecta a un eventual desconocimiento del principio de la *prohibición de regreso*, cabe decir que si se lo entiende de manera general como la imposibilidad de imputar un resultado a quien de manera culposa da lugar a la producción dolosa del mismo, se trata de una figura con la que en el presente caso no podría disculparse la responsabilidad penal del autor²⁹. Así las cosas, con el recurso a estos instrumentos de que disponía el finalismo para analizar los delitos imprudentes, debería concluirse que el autor de la conducta aquí analizada debería ser penalmente responsabilizado por el resultado “pérdida del ojo” sufrido por la víctima, solución que no resulta del todo satisfactoria.

Con la pretensión de brindar adecuada solución a casos de naturaleza similar al acabado de exponer, la doctrina recurrió a la creación de un

²⁹ No obstante lo anterior, debe reconocerse que es perfectamente válido un concepto más amplio de prohibición de regreso que comprenda no solamente la posibilidad culposa de delitos dolosos, sino en general la posibilidad de daño a intereses jurídicos, bien sea que ellos provengan de conductas posteriores erradas de la víctima o de conductas posteriores erradas de un tercero, sean estas últimas dolosas o culposas; sobre el particular, cfr. Yesid Reyes Alvarado, “Imputación...”, ed. cit., págs. 330 y siguientes.

nuevo principio que suele ser conocido con la denominación de “*ámbito de protección de la víctima*”, conforme al cual no deben serle atribuidos al autor de la conducta aquellos resultados que correspondan a la esfera de protección de la víctima. Tampoco frente a este criterio deseo terciar en la polémica doctrinal sobre si todas las conductas equivocadas de la víctima excluyen la responsabilidad penal del autor, o si solo sirven para este efecto aquellas que puedan ser consideradas como errores graves de la víctima³⁰, limitándome para efectos de este trabajo a una descripción genérica del principio en términos similares a como lo hace Frisch al puntualizar que el resultado no debe serle imputado al primer autor cuando él pueda ser tenido como consecuencia del comportamiento equivocado de la víctima³¹. Lo que dentro de este contexto interesa poner de relieve es que frente a la complejidad de los casos prácticos relacionados con la comisión de delitos imprudentes, la doctrina siguió viéndose impelida a la creación de nuevos criterios destinados a la correcta solución de esos complejos supuestos de hecho.

La desprevenida lectura de los múltiples escritos que durante los últimos cuarenta años se han venido confeccionando en torno del delito imprudente, permite observar que aparte de los criterios ya relacionados se ha hecho alusión a otros y que cada autor suele poner mayor o menor énfasis en la importancia de los mismos. Lo destacable es que con el transcurso del tiempo esos principios comenzaron a ser analizados por la doctrina bajo el rubro de “*imputación objetiva*”, que de esa manera puede ser definida como *una serie de principios surgidos al interior de las tendencias finalistas de la teoría del delito*

³⁰ Sobre el contenido de esta polémica, cfr. Yesid Reyes Alvarado, “Imputación...”, ed. cit., págs. 338 y siguientes.

³¹ Cfr. Wolfgang Frisch, “Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges”, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1988, págs. 45I y siguientes.

para intentar solucionar los problemas que dentro de ellas presentaba el ilícito imprudente.

De observarse, por ejemplo, los textos de Santiago Mir, Hans Heinrich Jescheck o Claus Roxin, se podrá apreciar cómo en los capítulos correspondientes al tema de la imputación objetiva se alude a criterios como el del “comportamiento alternativo conforme a derecho” y “el incremento del riesgo”³²; o se hace referencia a la “disminución del riesgo”, el “fin de protección de la norma” y el “comportamiento alternativo conforme a derecho”³³; o se desarrollan los principios de la “disminución del riesgo”, el “fin de protección de la norma”, la “conducta alternativa conforme a derecho”, el “incremento del riesgo” y la “atribución a la esfera de responsabilidad ajena”³⁴.

No pretendo con esto desconocer que con el transcurso del tiempo la doctrina se ha esforzado por sistematizar el estudio de estos principios a través de la distinción entre dos elementos que habrían de componer la noción de imputación objetiva, los cuales serían la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de dicho riesgo en el resultado. Lo que quiero poner de relieve es que aún dentro de esta sistematización la doctrina sigue desarrollando el tema en derredor de principios como los que aquí se han expuesto, tal como puede apreciarse en la obra de Roxin, considerado por muchos como uno de los principales impulsores de la imputación objetiva; en efecto, si bien él distingue entre la creación de riesgos jurídicamente desaprobados y la realización de los mismos en el resultado como elementos de la

³² Así, por ejemplo, Santiago Mir Puig, Derecho Penal parte general, ediciones P. P. U., Barcelona 1996, 4ª edición, págs. 282 y siguientes.

³³ Cfr. Hans Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, Berlin, 4ª edición, 1988, págs. 257 y siguientes.

³⁴ Cfr. Claus Roxin, Derecho Penal parte general, ed. Civitas S. A., Madrid, 1997, Tomo I, págs. 362 y siguientes.

imputación objetiva, dentro del primer requisito se ocupa de la disminución del riesgo y del empleo de los cursos causales hipotéticos, mientras como parte del segundo elemento desarrolla lo relacionado con los principios del fin de protección de la norma, la conducta alternativa conforme a derecho y el incremento del riesgo³⁵.

En contra de la imputación objetiva se han formulado muchas críticas, entre las cuales una de las más frecuentes consiste en el señalamiento de que se trata de una teoría que solo resulta aplicable a los delitos imprudentes, resultando, por consiguiente, carente de utilidad frente al análisis del delito doloso; respecto de esta afirmación bien puede decirse que parece más la referencia a una característica de la imputación objetiva que una censura a la misma, pues ya se ha visto cómo su origen dentro de las tendencias finalistas estuvo estrechamente relacionado con la búsqueda de soluciones a los problemas prácticos que el delito imprudente planteaba; expresado de manera diversa: si esta forma de entender la imputación objetiva nació para solucionar los inconvenientes del delito imprudente, resulta obvio que solo a ellos se aplique.

Una segunda observación crítica que con frecuencia se hace a la imputación objetiva consiste en sostener que ella solo es útil en relación con los denominados delitos de resultado, con lo que de nuevo parece aludirse más a una de sus características que a un verdadero error de concepción; en efecto, si se recuerda que esta forma de entender la imputación objetiva nació con la idea de brindar soluciones adecuadas a los problemas prácticos del delito imprudente y si además se tiene en cuenta que todos los delitos imprudentes lo son de resultado, no queda alternativa diversa de admitir que, habiendo sido concebida para el delito imprudente, su ámbito de aplicación no puede extenderse más allá de los denominados delitos de resultado.

³⁵ Cfr. Claus Roxin, Derecho Penal..., ed. cit., págs. 365 y siguientes.

Se ha señalado igualmente en contra de la imputación objetiva que se trata de una tesis que solo puede ser utilizada en relación con los delitos consumados, con lo que se pondría en evidencia que ella carece de importancia frente a las tentativas. También aquí puede decirse que con esta aseveración lo que en el fondo vuelve a ponerse de relieve es una característica de la imputación objetiva, pues sobre el supuesto de que ella fue concebida como mecanismo de solución de los problemas del delito imprudente y teniendo presente que esta clase de delitos no admite la tentativa³⁶, forzoso es concluir que esta forma de entender la imputación objetiva sólo pretende tener aplicación en el ámbito de los delitos consumados.

Finalmente quiero destacar una última y aguda observación hecha por Gimbernat Ordeig a la imputación objetiva y que ha sido considerada como una de las más fuertes críticas que contra ella se han formulado: “Lo que la teoría de la imputación objetiva hace es reunir toda una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, que en gran medida y hasta ahora habían deambulado por aquélla -desde la causalidad hacia la acción- sin encontrar un lugar sistemático correcto”³⁷. Pese a que esta afirmación sea frecuentemente considerada por algunos como una censura a la imputación objetiva, creo que con ella no se hace nada diverso de describir de manera sucinta y puntual, la génesis que aquella tesis tuvo dentro del finalismo y que de manera más detallada se ha presentado en la primera parte de este escrito, para de esa forma poner en evidencia que primero se recurrió a la creación o reformulación de criterios para intentar dar solución a algunos inconvenientes prácticos del delito imprudente, y sólo con

³⁶ Aun cuando desde el punto de vista puramente teórico resultaría válido sostener la posibilidad de que el delito imprudente admita la tentativa, se trata de una discusión que aquí se omitirá, en cuanto desbordaría, con mucho, los límites del presente trabajo.

³⁷ Enrique Gimbernat Ordeig, “¿Qué es la imputación objetiva?”. En: “Estudios de Derecho Penal”, editorial Tecnos, Bogotá, 3ª edición, 1990, pág. 212.

posterioridad se los reunió en torno al concepto de imputación objetiva para estudiarlos de manera conjunta y sistemática.

Para dar por finalizado este acápite considero importante advertir que esta concepción de la imputación objetiva es la que actualmente se encuentra más generalizada dentro de la dogmática penal, y que, dado su origen, se la desarrolla únicamente cuando se aborda el estudio de los delitos imprudentes, con lo que se hace evidente que la teoría del delito permanece bifurcada: una es la estructura sistemática de los delitos dolosos y otra muy diversa la prevista para los imprudentes.

3. La imputación objetiva dentro de una concepción normativa de la teoría del delito

Si algo tienen en común las concepciones causalista y finalista de la teoría del delito es la construcción de sus esquemas a partir de nociones que, como la causalidad y la intencionalidad, son tomadas de las ciencias naturales; por eso tampoco puede sorprender que la distinción que ellas elaboran entre los aspectos objetivo y subjetivo del delito esté cimentada desde un punto de vista puramente natural, en cuanto entienden por igual que todo aquello que ocurra al interior de la mente del ser humano forma parte del aspecto subjetivo del delito, mientras todo lo que acaezca fuera de ella pertenece al estanco objetivo del mismo; debido a esto, bien puede decirse que tanto el causalismo como el finalismo son dos concepciones ontológicas de la teoría del delito.

Una concepción normativa de la teoría del delito comienza por admitir que el hecho punible no es un fenómeno natural, sino producto de la vida del ser humano en sociedad; por eso en la actualidad es opinión ampliamente generalizada aquella conforme a la cual el derecho, y específicamente el derecho penal, no es nada diverso de un

mecanismo de control social. Una primera e importante consecuencia de esta aseveración, es la de que si el derecho penal es un instrumento concebido como regulador de la conducta del hombre en sociedad, y por consiguiente pertenece al mundo del deber ser, su estructura no puede ser diseñada y construida a partir de conceptos tomados de las ciencias naturales, como equivocadamente se hizo tanto dentro del causalismo como al interior del finalismo. Esto no significa que, al elaborar una teoría del delito, se esté desconociendo que las conductas humanas sometidas a su estudio pertenecen al mundo de lo natural; lo que se intenta poner de relieve es que el eventual reproche que esas conductas merezcan no resulta de su apreciación como meras manifestaciones ontológicas del intelecto humano, sino de la comparación del comportamiento efectivamente realizado con aquel que socialmente se esperaba del autor.

El funcionamiento de cualquier asociación (incluida, desde luego, la sociedad como tal) presupone la existencia de normas que regulen el comportamiento de cada uno de los individuos que la componen, lo que en términos más precisos significa que a cada persona le es exigible el desarrollo de determinadas actividades, cuya inobservancia implica para él consecuencias negativas. Si se quisiera expresar esta idea recurriendo al empleo de términos provenientes de la sociología, se diría que el derecho es un generador de expectativas a nivel social, cuya inobservancia puede ser catalogada como una defraudación³⁸.

Una correcta organización social supone, además, que no todas las personas posean las mismas obligaciones, y que esas obligaciones varíen incluso respecto de la misma persona, dependiendo de la actividad concreta que en un momento dado desarrolle. Así, por ejemplo, los

³⁸ Estos conceptos, cuya complejidad es más aparente que real, fueron recientemente llevados al ámbito del derecho penal por Günther Jakobs; cfr. Günther Jakobs, *Lehrbuch*, ed. cit., Rd. 7/37.

deberes de comportamiento que a nivel social tiene quien labora como salvavidas en una playa son diversos de los que posee un turista, así como las obligaciones radicadas en cabeza de un cirujano difieren de las asignadas a una madre; con la misma lógica, debe admitirse que cuando una misma persona guía un vehículo automotor debe cumplir con los deberes propios de un conductor, pero que cuando lo abandona para recorrer las calles a pie, debe atender las obligaciones inherentes a su condición de peatón. Esta diferencia en cuanto a los deberes que se imponen a cada ciudadano dependiendo de la actividad social que en determinado momento desarrolle, es lo que explica que mientras al salvavidas que nada hace por salvar a un bañista que se ahoga le pueda ser deducida responsabilidad penal como autor de un homicidio, ese reproche no le pueda ser hecho al turista que frente a la misma situación se abstiene de emprender una maniobra de rescate.

Recurriendo una vez más al lenguaje sociológico, las anteriores ideas podrían ser expresadas diciendo que cada individuo desarrolla diversos roles a nivel social, y que la correcta ejecución de las actividades propias de cada uno de esos roles supone el cumplimiento de determinadas expectativas de comportamiento, cuya inobservancia genera una defraudación social entendida como imperfecta ejecución de un rol; esas obligaciones que bajo determinadas circunstancias debe cumplir el individuo constituyen su ámbito de competencia, y cada persona asume frente al cumplimiento de esos deberes una posición de garantía frente a la sociedad. La base de una responsabilidad penal radica entonces en los ámbitos de competencia de cada individuo, pues sólo a quien respecto de determinadas actuaciones posee una posición de garante puede serle reprochado su comportamiento desviado.

En la concepción normativa de la teoría del delito se rescata el segundo gran pilar de la propuesta de Welzel, para admitir que los bienes jurídicos no deben ser entendidos de manera estática sino dinámica.

Con ello se quiere poner de presente que no toda lesión ni puesta en peligro de los bienes jurídicos le interesa al derecho penal y, por consiguiente, ni la vulneración causal de un interés jurídico (como parecía desprenderse de una concepción causalista), ni su intencional agresión (conforme a los planteamientos de corte finalista) son elementos que permitan distinguir aquellas conductas que le incumben al derecho penal de las que deben permanecer al margen de su atención. *Lo que en verdad interesa al derecho penal es la forma de ataque al bien jurídico*, pues mientras algunas de ellas carecen de relevancia para el Estado, otras dan lugar a su intervención a través del proceso penal. Ejemplificando la situación, puede decirse que mientras la muerte causada por un boxeador a su contrincante en desarrollo de un combate reglamentario no le interesa al derecho penal, la muerte de un ser humano a consecuencia de una agresión producto de un asalto callejero es penalmente relevante.

Nótese cómo el interés del derecho penal no se ha despertado por la existencia de una mera lesión causal e intencional del bien jurídico -pues ella está presente tanto en la conducta del boxeador como en la del asaltante-, sino justamente por la forma como ese bien jurídico ha sido atacado; en tanto el boxeador lesione (o incluso dé muerte) a su oponente en desarrollo de un combate reglamentario de boxeo, se tratará de una conducta valorada como correcta en cuanto su autor se ha mantenido dentro del riesgo permitido. Por el contrario, cuando el asaltante ataca a su víctima con la pretensión de despojarla de sus bienes, de lesionarla o incluso de ocasionarle la muerte, si bien es la causa de ese daño al bien jurídico y lo ha provocado de manera intencional, la intervención del derecho penal no obedece a esos factores sino al hecho de que el comportamiento desplegado por ese sujeto puede ser considerado como creador de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado.

Así como la teoría del delito no debe ser edificada tomando como

eje central de la misma conceptos extraídos de las ciencias naturales, así mismo la distinción entre lo que debe formar parte de los aspectos objetivo y subjetivo del delito debe ser elaborada con parámetros diversos de los meramente ontológicos. De esta manera, en una concepción normativa de la teoría del delito como la aquí propuesta, la diferencia entre las esferas objetiva y subjetiva no depende de que los elementos que las componen se hallen dentro o fuera de la mente del ser humano, como sí ocurría en las concepciones causalista y finalista. Por el contrario, *mientras lo objetivo será el estudio de la conducta del hombre en cuanto ser social, lo subjetivo hará referencia al análisis del comportamiento del hombre en cuanto individuo*; desde el punto de vista nominal, el primero de dichos aspectos recibirá el nombre de imputación objetiva, al paso que el segundo será denominado imputación subjetiva.

Para ilustrar la diferenciación propuesta, piénsese en el cirujano que es investigado penalmente por la posible comisión de un delito de homicidio imprudente, en cuanto el paciente a quien intervenía quirúrgicamente falleció en el transcurso de la operación. En un primer nivel de análisis, el de la imputación objetiva, debe analizarse la conducta del hombre en cuanto ser social, lo que en este caso concreto significa evaluar la actuación del *cirujano*, para determinar si ella se desarrolló dentro del riesgo permitido o si, por el contrario, con ella se creó un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado. El primer interrogante tendrá que ver, entonces, con la cuestión de si la intervención quirúrgica se desarrolló conforme a la *lex artis* (lo que supondría que el médico se mantuvo dentro del riesgo permitido), o si con ella se desconocieron los parámetros trazados por la ciencia médica (en cuyo caso el cirujano habrá creado con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado); en este primer nivel de valoración resulta importante tomar en consideración la “representación de la realidad”³⁹, entendida como el conocimiento que de la situación

competía al portador de roles, de tal manera que solo podrá imputarse objetivamente un resultado a quien en un determinado rol social le era exigible la comprensión de los elementos de su conducta y el conocimiento de la prohibición que con ella infringía. En el ejemplo propuesto, si se llegara a la conclusión de que la operación fue realizada conforme a la *lex artis*, la conducta del cirujano carecerá de interés para el derecho penal por encontrarse dentro del riesgo permitido, con absoluta independencia de que ella haya sido o no causa del fallecimiento de la víctima y sin importar siquiera si el médico actuó o no con intención de causarle la muerte.

Si, por el contrario, la respuesta fuese negativa en cuanto se demostrara que no solo la conducta del cirujano fue contraria a la técnica médica (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado), sino que además esa incorrecta intervención quirúrgica determinó el fallecimiento del paciente (realización del riesgo en el resultado), ese resultado le sería objetivamente imputable al cirujano y, en consecuencia, debería procederse a la elaboración del juicio de imputación subjetiva, en desarrollo del cual se analizarán las circunstancias individuales que determinaron el comportamiento del autor, lo que supondrá, fundamentalmente, establecer si su conducta fue intencional o imprudente y si en su favor puede predicarse la existencia de una causa individual de exención de responsabilidad. Una destacada ventaja de esta forma de distinguir entre los aspectos objetivo y subjetivo del delito, es la de que el Estado no está facultado para examinar el fuero interno del individuo (juicio de imputación subjetiva), sino solo en cuanto su comportamiento constituya un indebido ataque al bien jurídico (juicio de imputación objetiva); pero mientras un ciudadano se mantenga dentro del riesgo permitido, al Estado le está vedado

³⁹ Sobre el concepto de “realidad social” dentro del concepto de imputación objetiva, cfr. Yesid Reyes, *Imputación...*, ed. cit. Pág. 66.

incursionar en el fuero interno del individuo para intentar establecer la intención con que desplegó su conducta, o para averiguar la finalidad que con ella perseguía.

Con esta descripción que de la imputación objetiva dentro de una concepción normativa de la teoría del delito se ha hecho, resulta evidente que su origen, su naturaleza y su desarrollo difieren por completo de la imputación objetiva que tuvo su génesis al interior de concepciones de tendencia finalista. Por curiosa que resulte la afirmación, buena parte de los inconvenientes que se presentan al debatir sobre la imputación objetiva se derivan del desconocimiento de las diferentes perspectivas que sobre ella se manejan, de manera tal que resulta imposible discutir, por ejemplo, sobre el ámbito de aplicación de dicha teoría, sin estar previamente de acuerdo sobre si lo que está en discusión es la concepción finalista o la normativista de la imputación objetiva.

Respecto de las críticas enumeradas en páginas anteriores, por ejemplo, es claro que si bien ellas pueden resultar válidas cuando se las dirige contra la imputación objetiva de corte finalista, pierden todo sentido cuando se las trata de hacer valer respecto de la imputación objetiva concebida como parte de una teoría normativa del delito. En efecto, como dentro del normativismo la imputación objetiva es un primer elemento de la teoría del delito, que en su análisis precede a la imputación subjetiva, no resulta válido decir que ella se aplica tan sólo a los delitos imprudentes o de resultado, pues técnicamente es viable también para los dolosos y los de peligro. Sin ahondar demasiado en el tema, también debe advertirse que si dentro de una concepción normativa de la teoría del delito se descarta una noción ontológica de resultado y se asume un concepto normativo del mismo, resulta válido sostener que la imputación objetiva pueda ser aplicada incluso respecto de las tentativas. Y, finalmente, el origen mismo de la

imputación objetiva dentro del normativismo, hace que contra ella resulte inaplicable la ya mencionada observación de Gimbernat en el sentido de que la imputación objetiva no hace nada distinto de reunir una serie de criterios que hasta entonces no tenían un lugar sistemático claro en la teoría del delito.

4. Conclusión

A manera de conclusión puede entonces decirse que en la actualidad existen dos concepciones diversas de la imputación objetiva que se disputan el predominio dogmático: una, ampliamente mayoritaria, surgida como consecuencia de los inconvenientes que respecto del delito imprudente se afrontaron dentro de esquemas de tendencia finalista; y otra que nace con la propuesta de una concepción normativa de la teoría del delito. Por consiguiente, cualquier discusión que se intente sobre el tema debe tomar en consideración los diversos orígenes y desarrollos de lo que hoy se denomina, dando una engañosa apariencia de unidad conceptual, la teoría de la imputación objetiva.

Bibliografía

- Bindokat, Heinz. “Fahrlässige Beihilfe”, En: Juristen Zeitung (JZ), Tübingen, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1986.
- Burgstaller, Manfred. “Erfolgszurechnung bei nachträglichen Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst”, En: Festschrift für Hans Heinrich Jescheck, volumen I, Berlin, Duncker und Humblot, 1985.
- Frisch, Wolfgang. “Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges”, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1988.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. “Delitos cualificados por el resultado y causalidad”, Madrid, ed. Centro de Estudios Ramón Arances, 1990.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. “¿Qué es la imputación objetiva?”, En: “Estudios de Derecho Penal”, editorial Tecnos, Bogotá, 3ª edición, 1990.
- Jakobs, Günther. “Strafrecht - Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch”, 2ª edición, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1991.
- Jescheck, Hans Heinrich. Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, Berlin, 4ª edición, 1988.
- Küpper, Georg. “Grenzen der normativeringenden Strafrechtsdogmatik, Berlin, Duncker & Humblot, 1990.
- Mir Puig, Santiago. Derecho Penal parte general, ediciones P. P. U., Barcelona, 4ª edición 1996.
- Reyes Alvarado, Yesid. “Imputación Objetiva”, editorial Temis, 1994.
- Roxin, Claus. “Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten”, En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Berlin, Walter de Gruyter, 1962.

- Roxin, Claus. “Literaturbericht - Allgemeiner Teil”, En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), tomo 78, Berlin, Walter de Gruyter, 1966.
- Roxin, Claus. “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, En: Festschrift für Richard M. Honig, Göttingen, Verlag Otto Schwartz & Co., 1970.
- Roxin, Claus. “Strafrecht - Allgemeiner Teil (Lehrbuch)”, tomo I, München, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1992.
- Roxin, Claus. Derecho Penal parte general, ed. Civitas S. A., Madrid, 1997, Tomo I.
- Struensee, Eberhard. “Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts”, En: Juristenzeitung (JZ), Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1987.
- Tröndle, Herbert. StGB, Vor § 13, Rd. 18b.
- Ulsenheimer, Klaus. “Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den fahrlässigkeitsdelikten, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1965.
- Von Caemmerer, Ernst. “Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung”, En: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), volumen I, München und Berlin, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1956.
- Welzel, Hans. “Studien zum System des Strafrecht”, En: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), tomo 58, Walter de Gruyter, 1939.
- Welzel, Hans. Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen”, En: Juristenzeitung (JZ), Tübingen, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1956.
- Welzel, Hans. Lehrbuch, 9ª edición, 1965.
- Welzel, Hans. Das deutsche Strafrecht, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 11ª edición, 1969.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LO OBJETIVO Y
LO SUBJETIVO EN LA TEORÍA DE LA
IMPUTACIÓN OBJETIVA
Manuel Cancio Meliá

I. Introducción

Günther Jakobs ha contribuido de modo decisivo a la construcción de la llamada teoría de la imputación objetiva¹, tanto en lo que se refiere al desarrollo concreto de sus contenidos dogmáticos como al

¹ Entre sus trabajos relevantes para el desarrollo de esta teoría cabe citar los siguientes: "Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich zur Begründung der strafrechtlichen Haftung bei Begehung", en: ZStW 89 (1977), pp. 1 a 35 (= "La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión" [traducción de Manuel Cancio Meliá], en: Günther Jakobs, Estudios de Derecho penal, Madrid, 1997; "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", ZStW 97 (1985), pp. 751 a 785 (= "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico" [traducción de Enrique Peñaranda Ramos], en: Jakobs, Estudios de Derecho penal [vid. supra]); "Risikokonkurrenz - Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht", en: Wilfried Küper et al. (ed.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, pp. 53 a 75 (= "Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal" [traducción de Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá], en: ADPCP 1989, pp. 1053 y ss.; "Tätervorstellung und objektive Zurechnung", en: Gerhard Dornseifer et al. (ed.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln etc., 1989, pp. 271 a 288 (= "Representación del autor e imputación objetiva" [traducción de Carlos Suárez González], en: ADPCP 1989, pp. 493 y ss.); Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 1ª edición, Berlin etc., 1983; 2ª edición, Berlin etc., 1991 (= Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación [traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo de la segunda edición alemana], Madrid, 1995), sobre todo en su apartado 7; Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie, München, 1992 (= "El concepto jurídico-penal de acción" [traducción de Manuel Cancio Meliá], en: Jakobs, Estudios de Derecho

análisis de las bases sistemáticas de esta teoría². Precisamente porque los estudios de *Jakobs* en la materia -como en todos los demás ámbitos- no se limitan a la edificación de “dogmas” sectoriales que una vez establecidos se pretenden inmutables, o a la mera propuesta de catálogos de soluciones “plausibles” -cosa que sucede con cierta frecuencia precisamente con la teoría de la imputación objetiva³-, sino pretenden contribuir a la construcción de una concepción sistemática, no es éste (no puede ser) un tema cerrado para él. En efecto, en un

penal [vid. supra]); La imputación objetiva en Derecho penal (traducción de Manuel Cancio Meliá), Santafé de Bogotá, 1994; “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des ‘alteuropäischen’ Strafrechts”, en: ZStW 107 (1995), pp. 843 a 876 (= Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional [traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez], Madrid, 1996); “Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation”, en: GA 1996, pp. 253 a 268; “La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte” (traducción de Manuel Cancio Meliá), en: *Jakobs, Estudios de Derecho penal* (vid. supra); “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de los institutos jurídicopenales ‘riesgo permitido’, ‘prohibición de regreso’ y ‘principio de confianza’ ” (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), en: *Jakobs, Estudios de Derecho penal* (vid. supra); “Bemerkungen zur objektiven Zurechnung”, en: Weigend/Küpper (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 1999, pp. 45 a 63 (= “Observaciones sobre la imputación objetiva”, en: *Revista del Poder Judicial* 56 [1999], pp. 119 a 141 [traducción de Yamila Fakhouri Gómez]).

Cfr., por todos, el análisis de las aportaciones de *Jakobs* contenido en Suárez González/Cancio Meliá, “La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva”, en: *Jakobs, La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996, pp. 59 y ss. ² Es éste un área de trabajo de *Jakobs* que ha encontrado un especial interés en los países de habla española, como muestra el éxito editorial -desde luego, poco común en una monografía de dogmática jurídica- de su trabajo *La imputación objetiva en Derecho penal*, obra elaborada precisamente para las Jornadas Internacionales de Derecho penal organizadas por la Universidad Externado de Colombia en el año 1994; publicado originalmente por la Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de estudios n° I, Santafé de Bogotá, 1994 (reimpresiones en 1995 y 1996), conoce las siguientes ediciones ulteriores: edición española publicada por editorial Civitas, Madrid, 1996 (reimpresión en 1999); edición argentina publicada por editorial AdHoc, Buenos Aires, 1996; edición peruana publicada por editorial GrijLey, Lima, 1998; edición mexicana publicada por editorial Angel Editor, México D.F., 2001; edición brasileña (traducción del español de André Callegari) publicada en 2001, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2001.

³ Cfr. al respecto Cancio Meliá, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, México D. F., 2001, pp. 15 y ss., 36 y ss.

reciente estudio⁴ vuelve a plantear -en diálogo con voces críticas provenientes del finalismo- problemas básicos de la teoría de la imputación objetiva. En particular, aborda la decisiva cuestión acerca de cuál es la perspectiva (objetivo-general o subjetivo-individual) desde la cual debe producirse el enjuiciamiento de los contenidos de la teoría de la imputación objetiva.

En el presente trabajo también -como es lógico, restando especial atención a las contribuciones de *Günther Jakobs*- se intentará reflexionar sobre el carácter objetivo o subjetivo de la teoría de la imputación objetiva.

Para ello, en primer lugar se intentará presentar -aunque sólo muy sucintamente- el problema de la tensión entre la definición “objetiva” de la teoría de la imputación objetiva y determinadas constelaciones en las que la opinión dominante recurre a datos “subjetivos” para la determinación de la tipicidad objetiva (*infra 2.*). A continuación se llevan a cabo algunas consideraciones que pueden indicar que la problemática sólo podrá abordarse con éxito si se reflexiona acerca de la función del tipo objetivo como categoría (*infra 3.*).

2. El problema

2.1. Introducción

Simplificando al máximo, ¿qué modificaciones supone la teoría de la imputación objetiva en la teoría del delito? Frente a la situación bajo un paradigma causalista, supone la normativización del contenido del

⁴ “Bemerkungen zur objektiven Zurechnung”, en: Weigend/Küpper (ed.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, Berlin/New York, 1999, pp. 45 a 63 (= “Observaciones sobre la imputación objetiva”, en: Revista del Poder Judicial 56 [1999], pp. 119 a 141 [traducción de Yamila Fakhouri Gómez]).

tipo objetivo, que ya no puede entenderse como mera descripción valorativamente neutra de un suceso físico-causal. Este enriquecimiento del tipo, de carácter objetivo-valorativo, se suma al conocido enriquecimiento subjetivo (en los delitos dolosos) impuesto por el finalismo con el tipo subjetivo. Entonces, puede decirse que el elemento común más destacado de todas las elaboraciones doctrinales rotuladas “imputación objetiva” está, sin duda, en el reconocimiento de la necesidad de introducir filtros objetivo-normativos en la teoría del tipo.

Y precisamente en esta dirección se dirigen algunas aproximaciones críticas⁵ frente a la teoría de la imputación objetiva, formuladas, sobre

⁵ La validez de la teoría de la imputación objetiva también se ha puesto en duda, en ocasiones, por diversos sectores doctrinales minoritarios desde otras premisas distintas de las aludidas en el texto, con argumentaciones que para lo que aquí interesa no son de un interés central, y que por ello tan sólo se reseñan a continuación de modo muy breve. Así, desde la perspectiva de un concepto avalorativo de tipo Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 10ª edición, Bielefeld, 1995, I4/62 y ss., I4/88 y ss., I4/100, como es natural, no comparten el planteamiento de esta doctrina; cfr. también Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, Derecho Penal Español, Parte General, 17ª edición, Madrid, 1994, pp. 371 y ss., 378 y ss., quienes aún optan por tratar en el plano de la causalidad diversos supuestos que hoy suelen considerarse pertenecientes al ámbito de la imputación objetiva; por su parte, Cobo del Rosal/Vives Antón, Derecho Penal, Parte General, 4ª edición, adecuada al Código penal de 1995 por María Isabel Valldecabres Ortiz, Valencia, 1996, pp. 385 y ss., 388 y ss., rechazando la teoría de la imputación objetiva, distinguen entre “relación de causación” y “relación de causalidad”, concibiendo la primera como algo material y la segunda como relación ideal que concurrirá de existir “predecibilidad”; en la doctrina italiana, vid., por ejemplo, el punto de vista de Pagliaro, Principi di diritto penale. Parte Generale, 4ª edición, Milano, 1993, pp. 342 y ss., especialmente 342 y s., 370 y ss., quien en atención a las disposiciones existentes en el CP italiano acerca de la relación de causalidad (arts. 40 y 41 CPit) prefiere mantener las restricciones a la causalidad material -si bien coincidiendo en el fondo con los contenidos de la teoría de la imputación objetiva- bajo el rótulo de la relación de causalidad “en el sentido del Derecho” en vez de llevar a cabo una construcción autónoma. Se trata de puntos de vista completamente minoritarios en las doctrinas española y alemana, y de puntos de vista claramente desfasados cuando parten de una concepción avalorativa del tipo. Sin embargo, por otra parte, queda claro que la mera rotulación como “imputación objetiva” o como “causalidad”, partiendo de un entendimiento del tipo como categoría con elementos normativos, no tiene mayor relevancia; lo que ocurre es que ello impide una

todo, por representantes del finalismo⁶. Estas críticas -que, pese a constituir una puesta en duda radical de las tesis mayoritarias⁷, no han recibido, por lo general, una respuesta concluyente por parte de los partidarios de la teoría de la imputación objetiva⁸- aciertan a plantear

sistematización de esos elementos cuando no están referidos al resultado, sino a la conducta típica (es decir, impide abarcar buena parte de los problemas tratados por la teoría de la imputación objetiva en la actualidad). Desde otra perspectiva, por otro lado, en alguna ocasión también se ha sostenido (cfr. Bustos Ramírez, “Imputación objetiva (Cuestiones metodológicas y sistemáticas)”, en EPCr XII [1989], pp. 105 y ss., 136 y ss.; IDEM/Hormazábal Malarée, PG⁴, pp. 296 y ss.; cfr. también Larrauri Pijoan, “Introducción a la imputación objetiva” en EPCr XII [1989], pp. 221 y ss.) que alguno de los elementos de la imputación objetiva, en realidad, excluye la antijuridicidad. Desde esta óptica, la imputación objetiva opera a modo de “segundo correctivo” (así Bustos Ramírez, EPCr XII [1989], p. 114; Larrauri Pijoan, EPCr XII [1989], p. 245) que presupone la existencia previa de un comportamiento doloso o imprudente. Este sector parece entender que resulta necesario contraponer tipo y antijuridicidad, adscribiendo a esta categoría la valoración del comportamiento y, por tanto, la imputación del resultado: “para que el resultado sea imputado es necesario si la imputación es de carácter valorativo y no física que haya una valoración por parte de alguna regla jurídica, lo que no puede suceder en la tipicidad cuyo contenido valorativo viene de la norma prohibitiva que solo valora actos y no resultados” (Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, PG⁴, p. 312). Pero como señala Frisch con razón (Tipo penal e imputación objetiva, p. 87), no queda claro por qué razón la presencia de valoraciones ha de impedir que se conciba el curso subsiguiente a la acción y la producción del resultado como problema de tipicidad. En el ámbito de la tipicidad de los delitos dolosos, Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée explícitamente admiten como “criterios generales de atipicidad” la adecuación social y el consentimiento (PG⁴, p. 295) y como “criterios específicos” para determinar “si los procesos de interacción son o no peligrosos” la “disminución del riesgo, el riesgo permitido y el fin de protección de la prohibición (norma de cuidado)” y “el ámbito situacional al ámbito de protección del tipo penal-autonomía de la víctima, pertenencia de la situación a un ámbito de responsabilidad ajena” (PG⁴, pp. 298 y ss.). En los delitos imprudentes señalan que la concreción de la lesión del deber de cuidado es también un problema de antijuridicidad (PG⁴, p. 370).

⁶ Aunque no sólo, como se verá a continuación; en especial, debe considerarse en este contexto el importante trabajo de Burkhardt, “Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante- Betrachtung - Zugleich ein Beitrag wider die ‘Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven’” en: Jürgen Wolter/Georg Freund, Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, Heidelberg, 1996, pp. 99 y ss. y, como se ha dicho -cfr. texto correspondiente a la nota 4- el reciente trabajo de Jakobs, FS Hirsch (nota 4), pp. 45 y ss.; sobre ello más adelante en el texto.

⁷ Y afectar, como ha señalado con razón Silva Sánchez (“Introducción” a: Bernd Schünemann [ed.], El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales (traducción de Jesús María Silva Sánchez), Madrid, 1991, p. 18), sin duda alguna, a una de las “cuestiones importantes en la discusión” actual.

⁸ Cfr., sin embargo, las argumentaciones de Jakobs, “Tätervorstellung und objektive Zurechnung” en: Gerhard Dornseifer et al. (ed.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln, 1989, pp. 271 y ss., 275 y ss.; Roxin, “Finalität und objektive Zurechnung”, en: Gerhard Dornseifer et al. (ed.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln, 1989, pp. 249 y s., ambos sobre todo en relación con

una de las cuestiones esenciales en el plano metodológico de las aproximaciones formuladas bajo el nombre de “imputación objetiva” (precisamente, en qué consiste -si es que existe- su carácter “objetivo”). Por ello, parece necesario llevar a cabo una brevísimas exposición de estos puntos de vista para posteriormente poder pasar a sintetizar los presupuestos que cabe establecer en el ámbito al que estas aproximaciones críticas se refieren para la teoría de la imputación objetiva.

2.2. Las críticas del finalismo

2.2.1. Falta de adecuación en el delito doloso

Por un lado, se ha señalado, desde la perspectiva del finalismo, que la teoría de la imputación objetiva resulta superflua en el ámbito de los *delitos dolosos*. En este sentido, se ha afirmado que la imputación objetiva -cuyo origen en el delito imprudente lleva “sellado en la frente”, en famosa expresión de *Armin Kaufmann*⁹- en realidad ocupa el espacio correspondiente al dolo, y en ese sentido -en igualmente conocida expresión de *Hirsch*¹⁰- no respetaría el axioma de que “lo que es objetivo y lo que es subjetivo [es una cuestión que] no está a disposición de la dogmática”¹¹. En suma: en el delito doloso, la

la postura defendida por Armin Kaufmann; con un análisis global de la crítica del sector del finalismo contrario a la imputación objetiva, Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva* (traducción de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo, Carlos Pérez del Valle, Yesid Reyes Alvarado y Arturo Ventura Püschel), Madrid, 1995, pp. 63 y ss.; respecto del punto de vista de Hirsch, ahora en profundidad Jakobs, FS Hirsch (nota 4), pp. 45 y ss. en polémica con el trabajo de Burkhardt acabado de citar, exhaustivamente Frisch, “Straftat und Straftatsystem”, en: Jürgen Wolter/Georg Freund, *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996 pp. 167 y ss.

⁹ Armin Kaufmann, FS Jescheck I, p. 251.

¹⁰ “Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel”, en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln, 1988, p. 407.

¹¹ Sin embargo, Hirsch, “Zur Lehre von der objektiven Zurechnung” en: Albin Eser et al. (ed.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1998, pp. 119 y ss., ha revisado posteriormente alguno de sus puntos de vista, si bien manteniendo las críticas metodológicas a la teoría de la imputación objetiva.

imputación objetiva no tiene nada que hacer, ya que en determinados supuestos lo que faltaría es el dolo, mientras que en otros, sin el análisis del lado subjetivo no resulta posible valorar el hecho¹².

Alguna reflexión específica merece en este contexto una reacción reciente proveniente del campo del finalismo, el análisis de la teoría de la imputación objetiva por parte de *Sancinetti*¹³. Esta aportación se sitúa en realidad en un plano superior respecto de los contenidos dogmáticos concretos de esta teoría, de modo que puede decirse que *Sancinetti* lo que discute no es tanto la configuración de la imputación objetiva como su idiosincrasia: la tesis central que este autor sostiene es que en realidad la teoría de la imputación objetiva no es incompatible con un entendimiento subjetivo-monista del injusto¹⁴. Para *Sancinetti*, la teoría de la imputación objetiva tan sólo acota la materia de prohibición, mientras que es el dolo -que debe referirse a esa materia- el elemento decisivo de fundamentación del injusto. En este sentido,

¹² Cfr. Armin Kaufmann, FS Jescheck I, pp. 251 y ss., 271 y s., quien, además, sostiene que en conclusión se trata, en realidad, de problemas de la Parte Especial; en sentido próximo Hirsch, FS Universität zu Köln (nota 10), pp. 403 y ss., 405; IDEM, “25 Jahre Entwicklung des Strafrechts”, en: 25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland - 25 Jahre Juristische Fakultät der Universität Regensburg, München, 1993 p. 49; vid. también Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal Español, Parte General II, Teoría jurídica del delito, 6ª edición, Madrid, 1998, pp. 104 y ss., si bien para este autor (p. 105), la nueva regulación de la tentativa (a su juicio, excluyendo la punibilidad de la tentativa inidónea) en el CP 1995, obliga al menos a incluir, eso sí, en virtud de una decisión “equivocada” del legislador, al menos la previsibilidad objetiva también en los delitos dolosos, aunque ello no pueda redundar en una incorporación de la noción de cuidado objetivamente debido en el ámbito del delito doloso (p. 106); para Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Berlín, 1990, pp. 83 y ss., 92 y s., 96 y s. 115, 197, con un punto de vista algo distinto, faltaría el dominio final del hecho; próximo (dominio del curso causal) ahora también Hirsch, FS Lenckner (nota 11), pp. 131 y ss., 135 y ss.; vid. también Gracia Martín, en: Díez Ripollés/Gracia Martín, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales, p. 44, y coincidiendo parcialmente -en cuanto a que es el referente subjetivo el que tiene la “última palabra”- Sancinetti, Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal, Buenos Aires, 1997, pp. 104 y ss., 107.

¹³ Subjetivismo e imputación objetiva (nota 12), pp. 89 y ss.

¹⁴ Op. cit., pp. 19, 89 y ss., 94 y s., 96 y ss., 122 y ss.

la necesidad de elaborar requisitos de imputación objetiva no es contradictoria con un entendimiento subjetivo del injusto, ya que la “subjetivización no prejuzga acerca del *contenido* que hay que subjetivizar, es decir, acerca del ‘tipo objetivo’ ”¹⁵.

En el contexto de las presentes reflexiones no puede realizarse un análisis exhaustivo de este original intento de tomar el bastión de la imputación objetiva por sorpresa en vez de combatirlo -como han hecho otros sectores del finalismo a los que se alude a continuación en el texto-. Pero sí puede señalarse que parece dudoso que sea viable la convivencia feliz que *Sancinetti* parece pretender alcanzar: en este sentido, lo cierto es que hay una diferencia entre configurar la teoría de la imputación objetiva como una mera concreción de los límites del injusto (subjetivo) y el entendimiento que le suelen asignar sus defensores. Pues para éstos, la imputación objetiva no sólo acota la materia de prohibición como una especie de límite externo derivado de la teoría de las normas, sino que -de acuerdo con una concepción que reconoce la misión social de la construcción dogmática y consiguientemente de la “norma”- contribuye a la constitución del injusto, ya que no puede haber tipicidad sin relevancia objetivo-social de la conducta. En este sentido, es significativo que el propio *Sancinetti* reconozca que hay sectores de la imputación objetiva en los que el ámbito de ésta queda definido de modo completamente objetivo, sin que la adición de datos subjetivos pueda modificar los contornos de lo típico¹⁶.

2.2.2. Falta de adecuación en el delito imprudente

Por otro lado, igualmente desde la perspectiva del finalismo, se ha sostenido que la teoría de la imputación objetiva resulta inadecuada

¹⁵ Op. cit., p. 94, cursiva en el original.

¹⁶ Op. cit., p. 110, nota 29, pp. 111 y ss.

también en el ámbito del *delito imprudente*. En este ámbito, se utilizan dos argumentaciones.

En primer lugar, se afirma que la teoría de la imputación objetiva carece de relevancia, pero no por ser inadecuadas sus propuestas de solución, sino porque éstas en realidad no harían otra cosa que reproducir los contenidos ya elaborados por la dogmática de la imprudencia con la infracción del deber objetivo de cuidado -en el primer nivel- y con la llamada relación de contrariedad a deber -en el segundo nivel de imputación objetiva-¹⁷. Se trata, por lo tanto, en cierta medida tan sólo de una consecuencia de la crítica anterior planteada en el ámbito del delito doloso: no cabe elaborar una teoría conjunta de la imputación objetiva, ya que ésta resulta inviable en el delito doloso; en el ámbito del delito imprudente, los contenidos planteados por la imputación objetiva ya están recogidos por la dogmática tradicional del delito imprudente.

Por otro lado, también se ha planteado -sobre todo por *Struensee*- otra argumentación que, ésta sí, es paralela a la esgrimida en el ámbito del delito doloso: sí puede elaborarse una teoría unitaria para los problemas tratados por la teoría de la imputación objetiva, pero en realidad éstos se refieren, tanto en el delito doloso como en el imprudente, al tipo subjetivo, tipo subjetivo que -en contra de la opinión común- habría que elaborar también para todas las formas de imprudencia¹⁸.

¹⁷ Cfr. sólo LK¹¹-Hirsch, n.m. 32 previo al § 32; Küpper, Grenzen (nota 12), pp. 91 y ss., 99 y s., 100 y s.

¹⁸ Sobre esta cuestión, cfr. también a continuación en el texto; vid. Struensee, "Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit", en: GA 1987, pp. 97 y ss.; IDEM, "Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts", en: JZ 1987, pp. 53 y ss.; en la doctrina española, vid. Cuello Contreras, Culpabilidad e imprudencia. De la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito, Madrid, 1990, pp. 180 y ss.; Serrano González de Murillo, Teoría del delito imprudente (doctrina general y regulación legal), Madrid, 1991, pp. 88 y ss., 109, 110 y s., 118 y ss.

De modo sintético cabe decir¹⁹, entonces, que las críticas formuladas se refieren, en realidad, a dos cuestiones: por un lado, se trata de la posibilidad y justificación material de la introducción de criterios generales -para la infracción dolosa y la imprudente- de imputación objetiva. Por otra parte, más específicamente, lo que se discute es precisamente el carácter objetivo o no de esos criterios.

2.2.3. Algunas respuestas provisionales

En lo que se refiere a la primera de las cuestiones -la posibilidad de establecer filtros comunes para el delito doloso y el imprudente- parece que la discusión es más bien artificiosa. Pues que esos filtros existen -al menos en la expresión mínima de la exigencia, como criterio general, de la relación de causalidad en los delitos de resultado- es indiscutible. Y de hecho, las aproximaciones críticas más recientes por parte de los finalistas²⁰ no se dirigen propiamente en contra de la necesidad de un filtro objetivo general, sino que afirman que ese filtro en los delitos dolosos es en realidad la “dominabilidad objetiva”, careciendo la imputación objetiva de la doctrina mayoritaria de unidad sistemática, y no reconociendo la relevancia del elemento de la “dominabilidad objetiva”.

Así las cosas, simplificando al máximo, éste sector de la crítica se reduce en realidad a un doble planteamiento: por un lado la singularidad de la acción dolosa -que impediría la apreciación de un filtro común-, derivada de la teoría final de la acción. Por otro, la sustitución de los elementos propuestos por la teoría de la imputación objetiva por la “dominabilidad objetiva”.

¹⁹ Siguiendo a Frisch, Tipo penal e imputación objetiva (nota 8), p. 67.

²⁰ Así, el trabajo de Küpper, Grenzen (nota I2), passim, y ahora también el de Hirsch, FS Lenckner (nota II), passim.

En cuanto a lo primero: sin que aquí pueda entrarse en una discusión pormenorizada²¹, lo cierto es que la teoría final de la acción como base para afirmar una radical diversidad de delitos dolosos e imprudentes ya en la estructura típica no puede encontrar -abandonado en la actualidad de modo abrumadoramente mayoritario el paradigma metodológico de las estructuras “lógico-materiales”- un consenso mínimo. En cuanto a lo segundo: que la sistematización del filtro objetivo deba hacerse bajo el rótulo de la “dominabilidad objetiva” u otro es, evidentemente, lo de menos²².

Queda entonces la segunda gran línea de argumentación de las que se ha hablado: el carácter objetivo y subjetivo de los criterios de la teoría de la imputación objetiva. Como se verá inmediatamente a continuación, a esta crítica -formulada, como ahora se señalará, no sólo por autores finalistas- le corresponde una relevancia mucho mayor.

2.3. La perspectiva de enjuiciamiento

Como antes se ha dicho, una de las líneas críticas formuladas contra la teoría de la imputación objetiva se refiere precisamente a su carácter “objetivo” o no²³. En este sentido, lo cierto es que un examen algo más detenido de la doctrina de la imputación objetiva puede resultar sorprendente. Los elementos de esta teoría referidos a la caracterización de la *conducta* (por ejemplo, entre diversos conceptos utilizados por distintos autores, los de “creación de riesgo”, “alcance del tipo” o “creación desaprobada del riesgo”, “riesgo permitido”, etc.) en realidad son una generalización de los *contenidos del tipo*²⁴.

²¹ Vid., sin embargo, las consideraciones vertidas a continuación en 3.

²² Vid. esta argumentación en Jakobs, FS Hirsch (nota 4), pp. 44 y s. y *passim*.

²³ Sobre las interrelaciones entre uno y otro aspecto del hecho en las desviaciones del curso causal, cuestión que aquí queda fuera de consideración, vid. sólo Gómez Benítez, en Gimbernat/Schünemann/Wolter, Omisión e imputación objetiva, 1995, pp. 91 y ss.

²⁴ Vid. sobre esto Cancio Meliá, Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, pp. 64 y ss.

Se pretende que estos contenidos son de carácter “objetivo”. Pero ¿cuál es la perspectiva desde la cual se valoran esos contenidos? La respuesta es que la perspectiva respecto de la conducta (por ejemplo: riesgo permitido no) es *ex ante*²⁵ (mientras que en la constatación de la tipicidad del resultado, sería *ex post*). ¿Y cómo se formula esa perspectiva *ex ante*? Es aquí donde comienzan los problemas: de acuerdo con la posición mayoritaria, este juicio se hace desde la perspectiva de un sujeto ideal perteneciente al contexto social en el que actúa el sujeto. Es decir, por ejemplo, en el ámbito de la imprudencia: ante el estado de la calzada, teniendo en cuenta la iluminación, las características del vehículo, etc. ¿qué valoración (riesgo permitido-riesgo no permitido) hubiera hecho un “conductor racional”?²⁶.

Sin embargo, como inmediatamente se pensará, en muchas ocasiones el autor concreto no se corresponde con ese sujeto ideal. En lo que aquí interesa, puede divergir en *dos direcciones*: puede que sepa *más*; con un ejemplo de dolo: el sujeto “ideal” desconoce que la persona a la que va a dar un puñetazo es hemofílico, el sujeto concreto lo sabe. Puede que tenga *mayores facultades*: el conductor profesional puede frenar allí dónde el “conductor ideal” colisione irremediabilmente. Puede que sepa *menos*: el conductor inexperto, en lo que se refiere a la conducción por ejemplo en el Norte de Europa (por ejemplo, es caribeño) no sabe cómo debe comportarse en caso de hielo en la

²⁵ Puesto que este juicio desde la perspectiva *ex ante* se hace en la praxis procesal, como es evidente, en un momento posterior -el momento de enjuiciamiento del hecho- se denomina habitualmente “pronóstico objetivo posterior” (vid. sólo Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3ª edición, München, 1997, II/35; acerca de que esta denominación es incorrecta cfr. sólo Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 1ª edición, Berlin, 1983; 2ª edición, Berlin, 1991, 7/32, nota 52; pues en un juicio ideal [es indiferente cuándo se haga] y, como se verá a continuación, precisamente no es “objetivo”).

²⁶ Vid. por todos, Roxin, *AT I*³ (nota 25), 24/32 y s.

calzada; el “conductor ideal” en el ámbito de relación (por ejemplo, Noruega) sabe que no debe pisarse el freno de modo continuado para evitar un deslizamiento del vehículo.

¿Cómo resuelve esto la doctrina mayoritaria? Dicho en palabras de *Roxin*, hay que “generalizar hacia abajo, [e] individualizar hacia arriba”²⁷, es decir, los conocimientos y facultades inferiores a la media *no* se tienen en cuenta²⁸ (la conducta típica), los conocimientos y las facultades superiores a la media *sí* se tienen en cuenta (la conducta es igualmente típica)²⁹.

Tomando el ejemplo de los “conocimientos especiales” (es decir, *mayores* a los del sujeto ideal) en materia de infracción dolosa, entonces, que un dato perteneciente a la mente del autor (por ejemplo, el conocimiento de que el avión al que manda a su tío hay un artefacto explosivo) decida acerca de la determinación “objetiva” de la existencia de un riesgo típico del homicidio parece indicar que la crítica planteada por algunos autores y señaladamente por ARMIN KAUFMANN es correcta. ¿Qué imputación “objetiva” es ésta?

²⁷ AT I³ (nota 25), 24/51; vid. también Puppe, “Comentario previo a los §§ 13 y ss.”, en: Ulfrid Neumann/Heike Jung (ed.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I^a edición, Baden-Baden, 1995, n.m. 145 previo al § 13; Mir Puig, “Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho”, en: IDEM, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, pp. 234 y s., con ulteriores referencias.

²⁸ Conforme a la doctrina dominante, la infracción imprudente carece de tipo subjetivo, de modo que esos elementos individuales deberían tenerse en cuenta a efectos exoneratorios en la culpabilidad, cfr. por todos Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5^a edición, Berlin, 1996, § 54 I.

²⁹ Tan sólo se ha apartado de este consenso (al menos respecto de infracciones dolosas) Jakobs, GS Armin Kaufmann (nota 8), pp. 271 y ss. e IDEM, AT² (nota 25), 7/49 y ss.; de acuerdo con su posición, sólo deben incluirse en la base de enjuiciamiento aquellos conocimientos que formen parte del rol social en el que actúa el sujeto, ya que fuera de éste no existe la obligación de adquirirlos, de modo que no tendría sentido establecer el deber de activarlos una vez adquiridos.

Por otro lado, también en la otra dirección (capacidades o conocimientos *inferiores* a los del observador ideal) vienen planteándose críticas a la posición de la doctrina dominante. En efecto -aparte de las críticas formuladas por *Struensee* y otros representantes del finalismo, que convergen aquí en el resultado³⁰- recientemente se ha argumentado en contra de este procedimiento, fundamentalmente³¹, que es completamente contrario a la economía conceptual³²: ¿qué sentido puede tener fundamentar un juicio “objetivo” para afirmar la tipicidad de la conducta si en caso de resultar inevitable individualmente su realización no podrá haber responsabilidad penal?³³. Con esta crítica -que introduce en el contexto de la teoría de la imputación objetiva la ya antigua discusión entre determinación objetiva o individual de la imprudencia³⁴-, se ataca, como es evidente, a la misma esencia de la imputación objetiva.

Sintetizando, entonces, las críticas planteadas: ¿qué sentido tiene el establecimiento de un filtro (pretendidamente) “objetivo”? Es ésta una cuestión que no puede quedar sin contestar para la elaboración de una teoría de la imputación objetiva.

³⁰ Vid. las referencias supra I. b) en notas.

³¹ Respecto de otras críticas sistemático-metodológicas, vid. exhaustivamente Burkhardt, en Wolter/Freund, *Straftat* (nota 6), pp. 99 y ss.

³² En esta argumentación han coincidido últimamente Burkhardt, en: Wolter/Freund, *Straftat* (nota 6), pp. 103 y ss., 109 y ss.; Jakobs (apartándose al menos parcialmente de su anterior posición en AT² (nota 25), 7/47 y ss., *IDEM*, FS Hirsch (nota 4), pp. 55 y ss., 57, 58 y ss., 62 y s.; Lesch, *Grundlinien einer funktionalen Revision des Verbrechensbegriffs*, escrito de habilitación, Universidad de Bonn, manuscrito, 1997, 2. IV. c); también Schünemann, GA 1991, p. 217 (reformulando su propia posición, vid. *ibidem*, nota 42).

³³ Téngase en cuenta que desde el punto de vista de la doctrina dominante, se comprobará este extremo en la culpabilidad, al no aceptarse la existencia de un “tipo subjetivo” del delito imprudente.

³⁴ Vid. sólo Roxin, AT I³ (nota 25) 24/46 y ss.; Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3ª edición, Köln, 1981, n.m. 1097; Mir Puig, *Derecho penal, Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, 5ª edición, Barcelona, 1998, 11/40 y ss., con ulteriores referencias: la discusión versa acerca de si la evitabilidad individual debe valorarse ya en el marco de la tipicidad o, como propone la opinión dominante, en la culpabilidad.

3. Lo objetivo y lo subjetivo en la teoría de la imputación objetiva

3.1. Planteamiento

Está en juego, entonces, un presupuesto decisivo para un desarrollo dogmático de la teoría: se trata de determinar hasta qué punto es cierto que la teoría de la imputación objetiva puede concebirse como parte de la teoría del tipo objetivo, es decir, hasta qué punto se trata de una categoría verdaderamente objetiva, cuestión que, como antes se ha visto, está sometida a un intenso debate.

El punto de partida de este análisis debe estar en recordar el progresivo enriquecimiento -prácticamente desde su misma creación- del concepto de tipo de VON LISZT-BELING-RADBRUCH, objetivo y avalorativo, por elementos subjetivos y normativos³⁵.

El criterio de clasificación sistemática que dio origen a la noción original de tipo, es decir: elementos objetivo-fácticos en un sector de la teoría del delito, elementos valorativos y subjetivos en otros, está, como es sabido, ligado a un entendimiento metodológico completamente obsoleto. Entonces, la justificación sistemática para mantener determinadas estructuras dogmáticas debe provenir de otro lado. Pero también parece claro que algún criterio clasificador debe estar en la base de la construcción hoy comunmente aceptada de la teoría del delito, y que debe ser posible designarlo. Por ello, si la opinión dominante defensora de la imputación objetiva maneja la distinción entre “tipo objetivo” y “tipo subjetivo”, atribuye a la imputación objetiva al primero y después introduce datos subjetivos (como los “conocimientos especiales” en el delito doloso) para

³⁵ Sobre esta evolución cfr. sólo últimamente Frisch, en: Wolter/Freund, Straftat (nota 6), pp. 167 y ss.; Lesch, Revision (nota 32), IV. 2. b) aa).

determinar esa “imputación objetiva”, es evidente que la pelota está en su tejado. En este sentido, decir frente a las formulaciones de los críticos que la teoría de la imputación objetiva “no se detiene ante circunstancias subjetivas”³⁶ o que el homicidio, las lesiones, etc., es decir, el hecho imputado es “algo objetivo”³⁷, no parece más que una finta para salir del paso.

3.2. *El tipo objetivo*

En el marco de la teoría del delito -en síntesis- las distintas categorías vienen justificadas porque son elementos que tienen una función de filtro, es decir, que sirven para excluir de ulteriores análisis determinadas constelaciones de casos. Si los elementos subjetivos pueden ser tan determinantes³⁸ para la aparición de una conducta relevante para el tipo objetivo, ¿para qué esa figura del tipo objetivo?

La respuesta depende, *en primer lugar*, de que el tipo objetivo pueda constituirse efectivamente en *filtro*.

El punto de partida que debería quedar claro para el análisis de esta cuestión es que el tipo objetivo no es nada más que uno de los elementos del injusto global; no es un escalón de valoración propio³⁹. Sólo hay injusto cuando se puede afirmar la tipicidad *in toto*.

³⁶ Wolter, “Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem. Ein normtheoretischer Beitrag zum ‘Risikoprinzip’ von Claus Roxin und zur ‘Wesentlichkeit von Kausalabweichungen’”, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter, (ed.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin*, Heidelberg, 1995, p. 3.

³⁷ Roxin, GS Armin Kaufmann (nota 8), pp. 250 y s.; IDEM, “Die Lehre von der objektiven Zurechnung”, en: *Chengchi Law Review* 50 (1994), Sonderausgabe zum Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen Strafrechtlichen Symposium: Die Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven - ein gordischer Knoten in der Strafrechtsdogmatik, p. 247.

³⁸ De modo indiscutido en el delito doloso, y conforme a un creciente sector de la doctrina, también en el injusto del delito imprudente.

³⁹ Jakobs, FS Hirsch (nota 4), p. 45 nota 2.

Pero aún así, cabe la posibilidad que pueda eliminar del proceso de imputación determinados supuestos de hecho. Y al menos para aquellos autores que sostienen que hay determinados supuestos en los que ciertos conocimientos o facultades especiales superiores no deben ser tenidos en cuenta en la determinación de la tipicidad, queda claro que sí existe esa función de filtro⁴⁰.

Como es sabido, *Jakobs* es uno de los autores que de modo más decidido ha avanzado en esta dirección. Precisamente, sus ejemplos en los que a pesar de la clara concurrencia de “dolo”, por razones “objetivas” no debe imputarse, en su opinión, son aquellos puntos de su construcción de la teoría de la imputación objetiva que más discusión han provocado: recuérdese el caso del estudiante de biología que, trabajando en sus vacaciones de camarero, sirve a un comensal una rara y exótica fruta que le entregan en la cocina del restaurante, y ello a pesar de reconocer -por sus conocimientos botánicos especializados- tal fruta como altamente tóxica. Según *Jakobs*, las “razones objetivas” -que el “rol social” de camarero no incluye un control de los alimentos salidos de la cocina con conocimientos específicos de botánica- deben conducir a no imputar el resultado, por no ser objetivamente típica la conducta como acción de homicidio⁴¹.

Por ello, no se entiende que *Jakobs* en el reciente trabajo antes mencionado⁴² sostenga que el establecimiento de un filtro objetivo previo “en todo caso” sirve para la exclusión de ciertos conocimientos especiales, o que el establecimiento de tal filtro no hace daño, pero tampoco sirve para nada, ya que en última instancia el nivel máximo de la imputación viene determinado por el lado subjetivo.

⁴⁰ Así, señaladamente *Jakobs*, AT² (nota 25), 7/49 y ss.; cfr. a continuación en el texto.

⁴¹ Cfr. *Jakobs*, GS Armin Kaufmann (nota 8), pp. 271 y ss.

⁴² FS Hirsch (nota 4), pp. 57, 62 y s.

Pues si pueden excluirse algunos supuestos del proceso de imputación, ya está justificada la función de filtro y la validez del juicio objetivo. Que *Jakobs* señale que esto -como en general la pertenencia de algún elemento a injusto o culpabilidad- sea una mera cuestión “didáctica”, pero no del “concepto de delito”⁴³ indica, según parece, su creciente proximidad a un modelo unitario-hegeliano de delito⁴⁴.

Sin poder abordar aquí cuestión de tal magnitud, como es natural, sí cabe constatar lo siguiente: es indiscutible que todo el proceso de imputación jurídico-penal se ve determinado por la meta hacia la que camina: la constatación (o no) de culpabilidad. En ese sentido, una teoría del ordenamiento penal (en palabras de *Jakobs*: el “concepto de delito”) tiene que estar dominada por esta su esencia.

Ahora bien, no hay ninguna razón que haga pensar que una descomposición analítica de ese “concepto” sea mera “didáctica”: en efecto, la teoría del delito es un mecanismo de análisis de supuestos, de *reconstrucción dogmática* de la norma. Y en ello, como se observará a continuación, pueden pesar puntos de vista alejados de una percepción que puede percibirse como teórico-esencialista.

En efecto: es que, *en segundo lugar*, hay buenas razones -ínsitas en la función de la teoría del delito como instrumento dogmático- para que ello sea así: “... en el Derecho penal de un Estado de libertades no se trata del control de los aspectos internos, con inclusión de los motivos, sino del control de lo externo. La pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos que son ya, en cualquier caso, perturbadores”⁴⁵, es decir,

⁴³Ibidem, p. 62.

⁴⁴ En lo que aquí interesa: sin distinción entre injusto y culpabilidad; cfr. el desarrollo en Lesch, Revision (nota 32), III y IV.

⁴⁵ Son éstas palabras del propio *Jakobs*, ZStW 97 (1985), p. 761; vid. en el mismo sentido respecto de la cuestión debatida en el texto Frisch, en: Wolter/Freund, Straftat (nota 8), p. 194.

que la descomposición analítica del hecho llevada a cabo por la teoría del delito sólo puede ir avanzando en la introducción de elementos de contexto en la medida en que estos indiquen la realización de un hecho jurídico-penalmente relevante. Hay que comenzar por la perturbación general-objetiva, por el significado social “perturbación”, que se aprehende, en un primer paso, a través de la teoría de la imputación objetiva.

3.3. Lo “objetivo” y lo “subjetivo”

Ahora bien, que esta delimitación de sucesivos “niveles de contexto” no puede hacerse conforme a un esquema simplista “dentro de la cabeza” - “fuera de la cabeza” también es evidente. En este sentido, *“objetivo” significa concreción de la norma conforme a los patrones generales de un sujeto en un determinado papel social.*

Y desde esta perspectiva no pueden resultar convincentes las críticas que se han planteado en el sentido de que la teoría de la imputación objetiva estaría usurpando determinadas cuestiones pertenecientes a lo subjetivo. Pues si de lo que se trata es de una determinación general de los límites de la tipicidad objetiva en el sentido de general, no puede ser decisivo que los datos introducidos en este juicio sean, desde un punto de vista externonatural, de naturaleza “objetiva” o “subjetiva”. Al igual que otros datos del contexto que permiten esa valoración objetiva en el sentido de general, un dato subjetivo como el conocimiento de determinado hecho puede incluirse en el tipo objetivo sin que se destruyan las barreras entre tipo objetivo y subjetivo: pues la valoración en la que es introducida ese dato es distinta de la que procede realizar en el tipo subjetivo. Lo que importa para este análisis es el significado -en expresión de MIR PUIG⁴⁶-

⁴⁶ Vid. “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto”, ahora en: IDEM, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, p. 184; IDEM, “Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal”, ahora en: IDEM, *op. cit.*, pp. 233, 241.

“intersubjetivo” de la conducta⁴⁷. Y éste puede variar en función de los datos conocidos por el sujeto actuante. Esta diferenciación en cuanto al contexto relevante para efectuar el juicio de tipicidad puede incluso trasladarse dentro de la teoría de la imputación objetiva: desde esta perspectiva, las distintas instituciones dogmáticas que la configuran pueden obtener su diferente posición sistemática en función de la clase y cantidad de datos que se incorporen desde el contexto al juicio de imputación, yendo desde valoraciones más abstractas hasta la introducción de elementos más concretos del contexto⁴⁸.

⁴⁷ A los efectos que aquí se persiguen -mostrar que la introducción de datos subjetivos, como pueden ser determinados conocimientos, en la teoría del tipo objetivo, no supone un sacrilegio sistemático-, baste lo dicho en el texto. Otra cuestión es cuál es el peso que debe asignarse a lo “subjetivo” y a lo “objetivo” -esta vez, entendidas estas expresiones en su sentido habitual- en la fundamentación del injusto. Esta problemática -para Mir Puig, “Sobre lo subjetivo y lo subjetivo en el injusto”, en: IDEM, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho* (nota 40), p. 181, “el debate doctrinal tal vez más importante que ha tenido lugar en este siglo acerca de las bases de la teoría del delito”, y cuya consideración como tal, evidentemente, excede del ámbito del presente estudio- se ha manifestado en el contexto que aquí interesa sobre todo, en la cuestión de si el hecho de que una conducta sea dolosa puede afectar a su peligrosidad, es decir, si el comportamiento doloso es “más peligroso” que el imprudente, lo que conllevaría la imposibilidad de un tipo objetivo común para dolo e imprudencia (afirmativamente, por ejemplo, Mir Puig, “Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho”, 2^ª ed., en: IDEM, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp. 67 y ss., 69; IDEM, “La perspectiva ex ante en Derecho penal”, en: IDEM, op. cit., pp. 102 y s.; IDEM, “Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto”, en IDEM, op. cit., p. 187; IDEM, “Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en Derecho penal”, en: IDEM, op. cit., pp. 236 y s.; Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 388 y 400; Luzón Peña, “La ‘determinación objetiva del hecho’”, en: IDEM, *Derecho penal de la circulación*², p. 116; Torío López, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, en: ADPCP 1986, pp. 39 y s., 42; Sancinetti, “Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, en: Cancio Meliá/Ferrante/Sancinetti, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires, 1998, pp. 58 y ss.; Schünemann, “Über die objektive Zurechnung”, en GA 1999, pp. 220 y ss. En contra, Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid 1992, pp. 108 y ss.).

⁴⁸ Cfr. en esta línea Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 1^ª edición, Barcelona, 1998; 2^ª edición, Barcelona y Santafé de Bogotá, 2001, pp. 303 y ss., 315 y ss.

Bibliografía

- Baumann/Weber/Mitsch. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 10ª edición, Bielefeld, 1995.
- Burkhardt, “Tatbestandsmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung - Zugleich ein Beitrag wider die ‘Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven en: Jürgen Wolter/Georg Freund, *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996.
- Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée. *PG^t*.
- Bustos Ramírez. “Imputación objetiva (Cuestiones metodológicas y sistemáticas)”, en EPCr XII [1989].
- Cancio Meliá, *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, México D. F., 2001.
- Cancio Meliá, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 1ª edición, Barcelona, 1998; 2ª edición, Barcelona y Santafé de Bogotá, 2001.
- Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General II, Teoría jurídica del delito*, 6ª edición, Madrid, 1998.
- Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho Penal, Parte General*, 4ª edición, adecuada al Código penal de 1995 por María Isabel Valldecabres Ortiz, Valencia, 1996.
- Cuello Contreras, *Culpabilidad e imprudencia. De la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito*, Madrid, 1990.
- Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva* (traducción de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo, Carlos Pérez del Valle, Yesid Reyes Alvarado y Arturo Ventura Püschel), Madrid, 1995.

- frisch, "Straftat und Straftatsystem", en: Jürgen Wolter/Georg Freund, *Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem*, Heidelberg, 1996.
- Gómez Benítez, en Gimbernat/Schünemann/Wolter, *Omisión e imputación objetiva*, 1995.
- Gracia Martín, en: Díez Ripollés/Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, 1999.
- Hirsch, "Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel", en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln, 1988.
- Hirsch, "Zur Lehre von der objektiven Zurechnung" en: Albin ESER *et al.* (ed.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1998.
- Jakobs, Günther. "Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich zur Begründung der strafrechtlichen Haftung bei Begehung", en: ZStW 89 (1977).
- Jakobs, Günther. "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", ZStW 97 (1985).
- Jakobs, Günther. "Risikokonkurrenz - Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht", en: Wilfried KÜPER *et al.* (ed.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*.
- Jakobs, Günther. "Tätervorstellung und objektive Zurechnung", en: Gerhard DORNSEIFER *et al.* (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln etc., 1989.
- Jakobs, Günther. "Tätervorstellung und objektive Zurechnung" en: Gerhard DORNSEIFER *et al.* (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989.
- Jakobs, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 1ª edición, Berlin etc., 1983; 2ª edición, Berlin etc., 1991.
- Jakobs, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 1ª edición, Berlin, 1983; 2ª edición, Berlin, 1991.
- Jakobs, Günther. *Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, München, 1992.
- Jakobs, Günther. "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuropäischem' Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", en: ZStW 107 (1995).

- Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de estudios n° I, Santafé de Bogotá, 1994.
- Jakobs, Günther. “Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation”, en: GA 1996.
- Jakobs, Günther. *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997.
- Jakobs, Günther. “Bemerkungen zur objektiven Zurechnung”, en: Weigend/Küpper (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 1999.
- Jakobs, Günther. “Bemerkungen zur objektiven Zurechnung”, en: Weigend/Küpper (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 1999.
- Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª edición, Berlin, 1996.
- Küpper, *Grenzen der normatивierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlín, 1990.
- Larrauri Pijoan. “Introducción a la imputación objetiva” en EPCr XII [1989].
- Lesch, *Grundlinien einer funktionalen Revision des Verbrechensbegriffs*, escrito de habilitación, Universidad de Bonn, manuscrito, 1997.
- Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid 1992.
- Mir Puig, “Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho”, en: IDEM, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994.
- Mir Puig, *Derecho penal, Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, 5ª edición, Barcelona, 1998.
- Pagliari, *Principi di diritto penale. Parte Generale*, 4ª edición, Milano, 1993.
- Puppe, “Comentario previo a los §§ 13 y ss.”, en: Ulfrid NEUMANN/Heike JUNG (ed.), *NomosKommentar zum Strafgesetzbuch*, 1ª edición, Baden-Baden, 1995.
- Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, *Derecho Penal Español, Parte General*, 17ª edición, Madrid, 1994.
- Roxin, “Finalität und objektive Zurechnung”, en: Gerhard DORNSEIFER et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989.
- Roxin, “Die Lehre von der objektiven Zurechnung”, en: Chengchi Law Review 50 (1994), *Sonderausgabe zum Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen Strafrechtlichen Symposium: Die Verwirrung zwischen*

- dem Subjektiven und dem Objektiven - ein gordischer Knoten in der Strafrechtsdogmatik.*
- Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3ª edición, München, 1997.
- Sancinetti, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, 1997.
- Sancinetti, “Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva”, en: Cancio Meliá/Ferrante/Sancinetti, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires, 1998.
- Schünemann, “Über die objektive Zurechnung”, en GA 1999.
- Serrano González de Murillo, *Teoría del delito imprudente (doctrina general y regulación legal)*, Madrid, 1991.
- Silva Sánchez, (“Introducción” a: Bernd SCHÜNEMANN [ed.], *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (traducción de Jesús María Silva Sánchez), Madrid, 1991.
- Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- Stratenwerth, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3ª edición, Köln, 1981.
- Struensee, “Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts”, en: JZ 1987.
- Struensee, “Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit”, en: GA 1987.
- Suárez González/Cancio Meliá, “La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva”, en: JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996.
- Torío López, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, en: ADPCP 1986.
- Wolter, “Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem. Ein normtheoretischer Beitrag zum ‘Risikoprinzip’ von Claus Roxin und zur ‘Wesentlichkeit von Kausalabweichungen’”, en: GIMBERNAT/SCHÜNEMANN/WOLTER, (ed.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin*, Heidelberg, 1995.

CONSIDERACIONES TEÓRICAS SOBRE LA
POSIBILIDAD DE EXTENSIÓN DE LA
IMPUTACIÓN OBJETIVA A LOS DELITOS DE
MERA ACTIVIDAD*

Juan Luis Modolell González**

I. Introducción

Las siguientes notas constituyen un simple papel de trabajo sobre los tipos de mera actividad y la imputación objetiva, de allí que buena parte de las ideas aquí expuestas se encuentran aún en etapa de meditación y maduración. Por lo tanto no espere el lector encontrar en él planteamientos acabados o totalmente elaborados sobre el tema señalado. Dicho trabajo forma parte de una investigación más amplia sobre la materia, que actualmente realizo en el Institut für Strafrecht und Rechtstheorie de la Universidad de Freiburg, Alemania, dirigido por el Profesor Dr. Wolfgang Frisch. A él quiero agradecer su paciencia para discutir conmigo varias de las ideas aquí expuestas. Igualmente agradezco a la Fundación Alexander von Humboldt por haberme otorgado una de sus prestigiosas becas, y a la Fundación Fritz Thyssen

* Abreviaturas: AT (Allgemeiner Teil -Parte general-); BGH (Bundesgerichtshof –Tribunal supremo federal alemán-); GA (Goltdammers Archiv für Strafrecht); Jura (Juristische Ausbildung); Jus (Juristische Shulung); NK (Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch); ZStW (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft).

** Doctor en Derecho. Profesor de Derecho penal en las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela. Becario de la Fundación Alexander von Humboldt.

por financiar la misma, todo lo cual hizo posible esta estancia de investigación en Alemania.

A.- Tipos de mera actividad (concepto)

1.- La doctrina penal mayoritaria distingue entre tipos de resultado y tipos de mera actividad¹, sin embargo pueden apreciarse diferentes matices en la fundamentación de la mencionada distinción, y por ende en la definición del tipo de mera actividad. Así, un sector de la doctrina define este último aludiendo a la ausencia de un “resultado”, el cual se concibe, a su vez, como un cambio en el mundo exterior espacio-temporalmente separable de la conducta². Otros autores lo definen de manera semejante, aunque sin precisar en qué sentido se entiende el término “resultado”³. También algunos combinan en la definición de estos tipos penales, la ausencia de resultado con la forma usada por el legislador para describir el tipo⁴.

2.- Efectivamente, el tipo de mera actividad se caracteriza por la ausencia de un resultado sin embargo ello implica determinar, brevemente, cómo se entiende el término “resultado”. Según mencioné, un sector de la doctrina, aparentemente mayoritario, al distinguir entre delitos de mera actividad y delitos de resultado entiende que en estos últimos existe una modificación del mundo exterior espacio-temporalmente

¹ Como ejemplos de esta clase de delitos se mencionan, entre otros, la violación de domicilio, la bigamia, el falso testimonio, los actos lascivos, etc.

² Así, *Schönke/Schröder/Lenckner*, Strafrechtsgesetzbuch Kommentar, C.H. Beck, München, 2001, previo a los §§ 13 y ss, pág. 201 -130-; igualmente, *Jescheck/Wéigend*: Lehrbuch des Strafrechts, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pág. 263.

³ Por ejemplo, *Kindhäuser*, Strafrecht, AT, Nomos, Baden-Baden, 2002, pág. 79 -8. 12-; igualmente, *Otto*, Grundkurs Strafrecht, 2000, Walter de Gruyter, Berlin-New York, pág. 41 -10- .

⁴ Así, *Baumann/Wéber/Mitsch*, Strafrecht. AT. Lehrbuch, 1995, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, pág. 107 -39-; *Haft*, Strafrecht. AT, C.H. Beck, München, 2004, pág. 50; *Tröndle/Fischer*, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, C.H. Beck, München, 2004, previo al § 13, pág. 75 -13-.

separable de la conducta, modificación llamada precisamente “resultado”⁵. Ante esto, otro sector vincula el resultado al objeto de la acción (*Handlungsobjekt*)⁶ según lo cual el resultado se configuraría por la afectación de dicho objeto⁷. Esta definición de resultado conduce también a definir el tipo de mera actividad en torno al objeto de la acción⁸.

A los fines de aprovechar al máximo la relevancia dogmática del concepto de “resultado”, éste debe ser definido en su sentido

⁵ Véase, además de los autores citados en la nota 1, *Roxin*, Strafrecht. AT, C.H. Beck, 1997, pág. 274-102 y ss-; *Hafé*, como en nota 4, pág. 50; *Wessels/Beulke*, Strafrecht. AT, C.F. Müller, Heidelberg, 2003, pág. 7-23-.

⁶ También conocido como “objeto del acto” (*Tatobjekt*). El mismo se define como el objeto concreto sobre el cual recae la acción del autor, por ejemplo el automóvil hurtado, la persona muerta, etc. (así, *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, Frankfurt/M., 1972, pág. 199 y ss; *Wessels-Beulke*, como en nota 5, pág. 2 -8-, *Baumann/Wéber/Mitsch*, como en nota 4, pág. 13 -18-; *Maurach/Zipf*, Strafrecht. AT, Heidelberg, 1992, tomo I, pág. 269; *Schulenburg*, <<Dogmatische Zusammenhänge von Rechtsgut, Deliktsstruktur und objektiver Zurechnung>> en *Hefendehl/v.Hirsch/Wohlers* -edit-, Die Rechtsguttheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, Nomos, Baden-Baden, 2003, pág. 248). Es de resaltar, como bien lo expresa Schmidhäuser, que el objeto de la acción no necesariamente constituye la cosa en la cual se encarna el bien jurídico-objeto del bien jurídico-(Strafrecht. AT-Lehrbuch-, 1975, J.C.B. Mohr -Paul Siebeck-, Tübingen, pág. 38). Más adelante me referiré brevemente al llamado “objeto del bien jurídico”.

⁷ Así, *Jescheck/Wéigend*, quienes si bien aceptan lo relativo a la modificación del mundo exterior, añaden la referencia al objeto de la acción (como en nota 2, pág. 260). En sentido similar, *Schulenburg* (como en nota 6, págs. 247 y ss.). En contra de definir el resultado a través de la alusión al objeto de la acción, *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht. AT I, Carl Heymanns, Köln-Berlin-München, 2004, págs. 88 y ss -13-. La doctrina dominante reserva el término “objeto de la acción” para distinguir entre delitos de lesión y delitos de peligro, y en modo alguno para diferenciar entre el tipo de resultado y el de mera actividad. Así, el delito de lesión será aquel en el cual el *objeto de la acción* ha sido perjudicado en su integridad, a diferencia del delito de peligro en el cual el mismo sólo ha sido, valga la redundancia, puesto en peligro (por todos, *Roxin*, como en nota 5, pág. 281-122-; igualmente, *Wessels/Beulke*, como en nota 5, pág. 8-26-).

⁸ Paradigmática la definición hecha por *Amelung*, según la cual para la realización de los tipos de mera actividad no es necesario que el autor causalmente altere, o ponga en peligro, el “objeto del acto” -*tatobjekt*- (como en nota 6, pág. 212).

tradicional, es decir, como toda modificación del mundo exterior espacio-temporalmente *separada* de la conducta, producida causalmente por ésta, siendo, además, exigida dicha modificación por el legislador para la consumación del tipo. En esta clase de delitos el legislador exige algo más que la simple conducta del autor para la consumación, por lo tanto si la modificación del mundo exterior se confunde con la propia conducta o con parte de ella, no puede hablarse de resultado en el sentido arriba indicado⁹.

El concepto de resultado así entendido tendrá relevancia en lo que se refiere a las categorías utilizadas para relacionar el mismo con la conducta que lo genera: la causalidad y la imputación objetiva. Por su parte en el tipo de mera actividad, en principio, la causalidad no desempeña papel alguno por existir sólo la conducta del autor. Conceptualmente la causalidad sólo puede vincular entes distintos (causa y efecto), separables naturalmente, como serían la acción y la modificación del mundo exterior separada de aquélla (resultado). Esta cuestión además repercute en la forma de entender la imputación objetiva, la cual en los tipos de resultado material no puede prescindir de la causalidad mientras que, por el contrario, en los tipos de mera actividad podrá obrar autónomamente.

En relación a la confusión del resultado con el objeto de la acción, en ciertos casos la modificación del mundo exterior no se traducirá en una afectación de dicho objeto, en razón de la inexistencia de éste en el respectivo tipo penal¹⁰. Un ejemplo sería el delito de difamación el

⁹ De acuerdo a la definición expuesta deben entonces ser desechadas la opiniones que consideran que todo delito tiene resultado, o que entienden el mismo como la “realización del tipo” (así ya, *Binding*, siguiendo a *Rümelin* Die Normen und ihre Übertretung, segunda edición 1914–1965-, Scientia Verlag Aalen, tomo 2, I, pág. 300, nota n° 6. Por ello niega también *Binding*, siguiendo a *Kohlrausch*, la existencia de delitos de mera actividad).

¹⁰ Pareciera admitir la posibilidad de existencia de tipos penales sin “objeto de la acción”, *Hettinger*, Jus-Lernbogen, 1997, pág. L 35.

cual exige una afectación al honor, interés (bien jurídico) que no se traduce en un ente tangible capaz de ser afectado materialmente, por lo tanto no puede hablarse en este caso de la existencia de un objeto sobre el cual “recaiga”, se ejecute, la acción¹¹. Sin embargo, el tipo penal referido no sólo exige la conducta del autor para su consumación sino que, adicionalmente, requiere que el acto afecte el honor, cuestión que sucede al enterarse la colectividad o el afectado del hecho difamante¹². Enterarse de la expresión difamante pudiera ser calificado como un cambio en el mundo exterior distinto a la propia conducta, aunque no exista una afectación del objeto de la acción precisamente por la inexistencia del mismo en el tipo respectivo¹³. Además, en otros casos la conducta afectará al objeto de la acción pero no existirá un resultado en el sentido señalado. Así, el autor que entra en la morada ajena sin consentimiento del legítimo ocupante afecta el objeto de la acción, la morada, pero no realiza un cambio en el mundo exterior *distinto* de su propia conducta de ocupar la casa, o mantenerse dentro de ella.

En conclusión: el término “resultado” no es sinónimo de “afectación del objeto de la acción”, por lo tanto dichos términos no pueden ser utilizados indistintamente como parecieran hacer algunos autores.

3.- Otro sector de la doctrina¹⁴ define al resultado como “*Lesión del objeto del bien jurídico (Rechtsgutobjekt)*”¹⁵, e incluso como “*Lesión*

¹¹ A mi juicio constituye un equívoco afirmar, como hacen *Amelung* (como en nota 6, pág. 200) y *Schulenburg* (como en nota 6, pág. 248), que el objeto de la acción pueda consistir en una cosa incorporal, a diferencia, por ejemplo, de *Maurach/Zipf* quienes correctamente lo restringen a objetos corporales (cfr., como en nota 5, pág. 269 -14-). Si aquél se define como el objeto “sobre la cual se ejecuta la acción”, el mismo, al igual que la acción, debe traducirse en un ente tangible.

¹² *Stratenwerth/Kuhlen*, como en nota 7, págs. 88 y ss -13-.

¹³ También constituiría un equívoco afirmar, en el caso referido, que objeto de la acción sería el propio titular del bien jurídico.

¹⁴ Por todos, *Puppe*, Strafrecht. AT, Nomos, Baden-Baden, 2002, pág. 30; igualmente, de la misma autora, NK, previo al § 13, Lfg. -31.10.98-, págs. 61 y 62 -82-.

¹⁵ El mismo se define como el objeto concreto en el cual se materializa, encarna, el interés

del propio bien jurídico”¹⁶. Obviamente, el bien jurídico constituye un concepto ideal¹⁷, por lo tanto imposible de ser lesionado. Sin embargo el ente que representa dicho interés, precisamente el objeto del bien jurídico, sí puede verse afectado en el caso concreto, afectación que tiene carácter valorativo a diferencia del perjuicio al “objeto de la acción” (*Handlungsobjekt*), el cual necesariamente posee carácter material. En efecto, la afectación del objeto del bien jurídico (*Rechtsgutobjekts*) puede ser tanto material (muerte de una persona) como inmaterial (afectación del honor) en la medida en que el interés protegido por el tipo (bien jurídico) se traduzca en un ente tangible o intangible. No obstante, tampoco esta afectación se confunde con el término resultado. Puede que ambos coincidan, como en el caso del homicidio consumado en el cual la muerte de la persona representa tanto un resultado (modificación del mundo exterior separable de la conducta) como una afectación del objeto del bien jurídico (la vida) e inclusive del objeto de la acción (el conjunto de funciones vitales de la persona, afectadas por la acción del autor). Sin embargo ello no tiene que ocurrir así necesariamente, como se aprecia en el tipo de violación de domicilio: en este caso no existe un resultado (modificación del mundo exterior *separable* de la conducta), sino únicamente la conducta del autor (entrar en la morada o permanecer en ella) aunque ésta afecta el *objeto del bien jurídico*, la privacidad del ocupante legítimo de la morada¹⁸.

protegido por el tipo -bien jurídico- (cfr. *Schulenburg*, como en nota 6, págs. 248 ss.; *Schmidhäuser*, como en nota 6, pág. 37. Sobre la crítica a la distinción hecha por *Schmidhäuser* entre “bien jurídico” y “objeto del bien jurídico”, vid. *Koriath*, *Zum Streit um den Begriff des Rechtsgut*, GA, 1999, págs. 573 ss).

¹⁶ Así, Honig, <<Kausalität und objektive Zurechnung>>, en *Festgabe für Reinhard von Frank*, 1969 -1930-, págs. 182 y 183; *Ebert/Kühl*, <<Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat>>, en *Jura*, 1981, pág. 235.

¹⁷ *Wessels/Beulke*, como en nota 5, pág. 2 -8-.

¹⁸ Inclusive, considero que el llamado “objeto del bien jurídico” (*Rechtsgutobjekts*) sería

4.- Partiendo de estos presupuestos se puede definir el tipo de mera actividad como *aquel en el cual sólo se exige la conducta del autor para la realización del tipo, sin necesidad de un hecho (suceso) distinto a la misma. En estos delitos la conducta constituye el principio y el final de la realización típica, el punto final típico*¹⁹. Lo anterior también pudiera formularse de la siguiente manera: *la conducta del autor será el objeto central de las valoraciones necesarias para determinar la realización del tipo penal.*

La simple referencia a la descripción típica para definir esta clase de delitos no basta ya que existen algunas figuras legales en las cuales el legislador alude únicamente a la conducta del autor, sin embargo su consumación exige algo más. Así, volviendo al grupo de los tipos penales que protegen el honor, los mismos usualmente describen la sola conducta del autor sin embargo para su consumación no basta la simple atribución de un hecho capaz de lesionar el honor sino, como señalé anteriormente, que el titular del interés, o la sociedad, se entere del hecho. En este caso hace falta un resultado representado por el impacto en la sociedad o en el ofendido. Igualmente, en los delitos de revelación de secretos es necesario que al menos un sector de la colectividad se entere de la información reservada. Si bien en delitos como estos el legislador describe primordialmente la conducta del autor, hace falta algo más que su sola existencia para que pueda hablarse de un tipo consumado. Por lo tanto, tales tipos penales pudieran ser calificados como tipos de resultado en el sentido de que hace falta un cambio en el mundo exterior distinto de la propia conducta para la

el término apropiado para distinguir los conceptos de “lesión” y “peligro”. Así, la lesión sería la afectación de dicho objeto, de allí que el término lesión tenga naturaleza valorativa, aunque, como señalé anteriormente, el mismo pueda traducirse en una afección material o ideal, en la medida en que el bien jurídico se materialice, encarne, en un ente material (vgr. la vida de la persona) o inmaterial (el honor).

¹⁹ *Maurach-Zipf*, como en nota 6, pág. 286 -27-; *Graul*, *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, pág. 20.

consumación del hecho. Al existir un resultado como el señalado en delitos de esta clase resulta ineludible la aplicación de la causalidad y la imputación objetiva, entendidas en su sentido tradicional.

B.- ¿Imputación objetiva en los tipos de mera actividad?

Tradicionalmente la imputación objetiva se ha aplicado exclusivamente a los tipos de resultado material, a aquellos tipos en los cuales existe una modificación espacio-temporalmente separada de la conducta, causada por ésta, la cual se imputará posteriormente a dicha conducta según criterios valorativos (vgr. “disminución del riesgo”, “ausencia de un riesgo típicamente relevante”, “conducta alternativa conforme a derecho”, etc). Desde esta perspectiva la imputación objetiva obra, de cierta manera, como un correctivo de la causalidad y, obviamente, presupone ésta²⁰. El punto que desarrollaré a continuación se refiere a la posibilidad de aplicar la imputación objetiva a tipos penales que no ameritan un resultado en el sentido antes indicado, por lo tanto a tipos penales que no requieren una relación de causalidad entre un acto y un resultado como elemento de dicha imputación. Tipos semejantes los he denominado, a lo largo de este trabajo, tipos de mera actividad.

Ya algunos autores se han referido, explícita e implícitamente, a la posibilidad de aplicar la imputación objetiva a tipos de mera actividad, entre los cuales podemos citar a *Triffterer*, *Reyes Alvarado*, *Frisch*, en cierta forma *Jakobs*, y en España, *Torío López* y *Mir Puig*. Brevemente haré un resumen del método utilizado por algunos de ellos para justificar la citada ampliación.

²⁰ Aunque la causalidad puede que sea concebida como un elemento más del método de imputación (así, *Jakobs*, *Strafrecht*. AT, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993 págs. 185 ss -5 ss-).

I.- “Posibilidad de existencia”, riesgo y conducta prohibida (*Frisch*)

Distingue *Frisch* entre la conducta típica y la imputación objetiva del resultado: ambas categorías forman parte del supuesto de hecho, sin embargo la primera constituye el centro del injusto y se determina por su contraposición a la llamada norma de conducta (creación de un riesgo desaprobado), mientras que el resultado no formará parte del tipo prohibido, sino de, lo que el propio *Frisch* denomina, la norma de sanción²¹. Lo anterior tiene una relevancia práctica fundamental: dentro del tipo objetivo podrán distinguirse criterios para la imputación objetiva del resultado²², y criterios para la determinación del carácter desaprobado (típico) de la conducta²³.

No obstante, del pensamiento de este autor pudiera derivarse la posibilidad de aplicación de uno de los baremos tradicionales para determinar la imputación objetiva del resultado, concretamente la perspectiva ex-ante, a los tipos de mera actividad. Así, sostiene dicho autor que la conducta prohibida presupuesta en algunos delitos, concretamente en los tipos de mera actividad, se fundamenta en la “posibilidad de existencia de determinadas circunstancias” exigidas por la figura legal²⁴. Dicha “posibilidad” tiene carácter objetivo²⁵, determinada mediante el “óptimo juicio en la (según) la situación” (*optimale Urteil in der Situation*) tomando en cuenta el saber “ontológico” y “nomológico” del autor²⁶, juicio realizado, además, desde un punto de vista ex-ante. Por ejemplo, parafraseando un ejemplo

²¹ Al respecto, vid. *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolg, C.F. Müller, Heidelberg, 1988, passim.

²² Para *Frisch* la imputación objetiva sólo se refiere al resultado, ibidem, págs. 50 ss.

²³ Sobre la distinción entre la conducta típica y la imputación objetiva del resultado, ibidem, págs. 9 ss., 23 ss., 33 ss. y 50 ss.

²⁴ Vorsatz und Risiko, Carl Heymanns, Köln-Berlin-Bonn-München, 1983, pág. 356.

²⁵ Ibidem, pág. 358.

²⁶ Ibidem, pág. 359.

de *Frisch*, en el caso del delito de estupro el autor debe contar con que la víctima, según un punto de vista *ex ante* (modo de comportarse, aspecto, etc.), es menor de 14 años²⁷. Sólo si *ex ante* concurre dicha posibilidad de existencia se puede hablar de una conducta típica (prohibida).

Considero que para *Frisch*, en general, la aplicación del juicio *ex-ante* a los tipos de mera actividad se restringiría a la posibilidad de existencia de determinadas circunstancias requeridas por el tipo, algunas más importantes que otras, sin extender dicho juicio más allá. Según esta perspectiva no sería necesario para la determinación del injusto objetivo en estos delitos la relación entre la conducta y el peligro (abstracto), o lesión, del bien jurídico. Todo esto sería parte de la norma de sanción y no de la norma de conducta cuya infracción fundamenta la conducta prohibida.

2.- *Contrariedad al cuidado, lo “objetivamente reconocible” e imputación objetiva (Triffterer)*

Según *Triffterer*: “...sólo lo que es objetivamente contrario al cuidado, puede ser imputado objetivamente como injusto a una conducta y, así, al autor...”²⁸. Distingue además dos formas de imputación objetiva: la “producción de un riesgo jurídicamente desaprobado” y la “realización de ese riesgo”²⁹. A la primera la denomina “imputación objetiva general”, y a la segunda “imputación objetiva especial”³⁰. Sólo la “imputación objetiva general”, es decir, la relativa a la producción del riesgo jurídicamente desaprobado, puede ser aplicable a los delitos de mera actividad³¹.

²⁷ Al respecto, *ibidem*, págs. 371 y ss.

²⁸ Cfr. *Triffterer*, Österreichisches Strafrecht. AT, 1994, pág. 139 -181-.

²⁹ *Ibidem*, pág. 144 -99-.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Ibidem*-100-.

Mediante ella se determina si en la conducta del autor estuvo comprendido un peligro, jurídicamente desaprobado, de realización del tipo³². En resumen, según *Triffterer*, se aplican a los tipos de mera actividad los siguientes criterios: “peligro de realización del tipo”³³ y la “inadecuación social (riesgo no permitido)”³⁴.

3.- Kausalität, Sozialadäquanz und objektive Zurechnung (Jakobs)

Según *Jakobs* la imputación objetiva es aplicable a todos los delitos de la parte especial del Derecho penal, sin embargo “no significa lo mismo todo instituto de la imputación objetiva en cada delito de la parte especial”³⁵. Así, los problemas de causalidad conciernen en la práctica a los delitos de resultado³⁶, aunque, agrega *Jakobs*, cada conducta relevante tiene un lado externo, el cual es provocado por el autor, y puede ser planteado causalmente, sin embargo es desconcertante hablar de relación de causalidad en un delito que ya se consuma con la ejecución de una determinada conducta³⁷.

Por otra parte, para *Jakobs* la adecuación social es uno de los contenidos de la imputación objetiva, inclusive pudiera decirse que constituye su elemento fundamental al punto que llega este autor a afirmar que instituciones propias de la imputación objetiva, como el riesgo permitido, el principio de confianza, la comisión referida al garante y la prohibición de regreso son explicaciones (manifestaciones) de la adecuación social³⁸. De allí que, según esto, también delitos que se

³² *Ibidem*, pág. 144 -101-.

³³ *Ibidem*, pág. 145 -102-.

³⁴ *Ibidem*, pág. 145 -103-. Este último criterio lo aplica *Triffterer* a los delitos de peligro abstracto.

³⁵ *Jakobs*, como en nota 20, pág. 184 -4-.

³⁶ *Idem*.

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Ibidem*, págs. 184 ss -4b-.

conforman con la sola conducta del autor pueden ser analizados como socialmente adecuados o no, lo que implicaría a su vez la necesidad de tratarlos a través del tamiz de la imputación objetiva: la imputación objetiva sería el medio necesario para determinar la adecuación social de la conducta.

Aunque las consideraciones sobre la relación de causalidad que hace *Jakobs*, citadas anteriormente, se aprecian algo confusas, al punto que no puede determinarse claramente si también en los tipos de mera actividad puede hablarse de la existencia de una relación de causalidad, sin embargo a través de la adecuación social pudiera fundamentarse la ampliación de la imputación objetiva a los tipos de mera actividad.

4.- Quebrantamiento de la norma e imputación objetiva (Reyes Alvarado)

Expresamente extiende *Reyes Alvarado* la imputación objetiva más allá de los delitos de resultado. Así, siguiendo a *Jakobs*, sostiene este autor que la imputación objetiva contiene dos elementos: la creación de un riesgo desaprobado y la realización de ese riesgo en el resultado, el cual no es entendido en un sentido natural sino como “quebrantamiento de la norma”³⁹. En este punto pareciera *Reyes* utilizar el término resultado en dos sentidos distintos: como término en el cual debe realizarse el riesgo y como quebrantamiento de la norma. También afirma que con ayuda de la imputación objetiva se puede determinar qué conducta, para el Derecho penal, es lesiva de los intereses sociales, es decir, mediante dicha categoría se puede determinar el núcleo de la acción jurídico-penalmente relevante, para lo cual no sólo es necesario el resultado, sino además el irrenunciable aspecto de la creación de un peligro desaprobado jurídicamente, de

³⁹ *Reyes Alvarado*, ZStW, 105 (1993), pág. 130.

allí que la imputación objetiva no pueda permanecer limitada a los tipos de resultado, como el homicidio o las lesiones⁴⁰. Pareciera entonces, según lo anterior, que la imputación objetiva en los tipos de mera actividad cumpliría la función de determinar si la conducta ha creado un peligro desaprobado. Sin embargo es importante recordar de nuevo que para *Reyes Alvarado* el resultado no constituye una “consecuencia naturalística” sino una “lesión de reglas de la vida social (quebrantamiento de la norma)”⁴¹, por lo tanto pudiera decirse, partiendo de esta afirmación, que todo delito tiene un resultado.

Lo que no queda claro en la anterior construcción de *Reyes* es si dicha creación del peligro constituye a su vez un resultado, es decir, un quebrantamiento de la norma. Obviamente, crear un peligro desaprobado implica quebrantar la norma, pero ello no puede confundirse con el resultado entendido como ente atribuible a una conducta. Dentro de la terminología de *Reyes* el término “resultado” sería un adjetivo de la conducta. Aun cuando *Reyes* no dice nada más, según este punto de vista, la imputación objetiva se entendería como un medio para determinar la relevancia jurídica de la conducta, la cual se da con el quebrantamiento de la norma.

C.- El injusto objetivo de los tipos de mera actividad y los criterios de imputación objetiva

Una posible primera vía para fundamentar el injusto objetivo de los tipos de mera actividad sería sostener que el mismo se basa sólo en la infracción del deber (normativo)⁴², por lo tanto dicho injusto se reduciría a determinar el *carácter infractor del mandato jurídico* de la

⁴⁰ Ibidem, págs. 132 y ss.

⁴¹ Ibidem, pág. 136.

⁴² Así, *Münzberg*, *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1966, pág. 59 -vid también la nota n° 117 en la misma página.

conducta. A esto lo denomino desvalor de conducta⁴³. Sin embargo, desde mi punto de vista, el injusto objetivo del tipo de mera actividad no se limita exclusivamente al análisis de la simple infracción al mandato normativo. Así, dicha conducta en los tipos de mera actividad puede ser analizada desde dos puntos de vistas distintos: a) en su relación con el mandato normativo aludido anteriormente, donde se determinará si la conducta ha sido o no desaprobada por haber el autor infringido el deber (pudiendo hacerlo); y b) en relación con su carácter lesivo o no para el interés protegido por la norma, aspectos que constituyen las razones esgrimidas por el legislador para castigar una conducta⁴⁴. Por lo tanto, la conducta que realiza tipos semejantes puede ser calificada adicionalmente de lesiva o peligrosa para el bien jurídico.

Los niveles antes esbozados, dentro del injusto objetivo, operan de forma distinta. El análisis de la conducta en su relación con la norma (análisis sobre el carácter desaprobado de la conducta) se realiza desde un punto de vista ex-ante, ya que el mandato normativo sólo juega un papel determinante hasta el momento en que el autor actuó. La conducta concreta sólo puede ser prohibida hasta el preciso momento del comienzo de la actuación exigida por el tipo. Por su parte la determinación del carácter lesivo o peligroso de la conducta para el bien jurídico, se efectúa desde un punto de vista ex-post. En un tipo de mera actividad puede darse la sola conducta infractora de la norma

⁴³ La infracción al deber que fundamentaría el desvalor de conducta tiene carácter objetivo. Se parte de un mandato que opera como un estándar dirigido a los destinatarios, dirigido por tanto de forma indeterminada. Este carácter indeterminado del mandato (estándar de conducta) explica por qué, a nivel del tipo objetivo no debe ser conocido el mandato por el autor concreto del hecho, conocimiento relevante sólo en el ámbito de la culpabilidad. Por lo tanto, mediante este mandato general puede desvalorarse objetivamente la *infracción* del autor al deber impuesto por la norma. Además, para determinar el carácter desaprobado de la *conducta*, juega un papel esencial el juicio de la conducta del autor, desde un punto de vista ex-ante.

⁴⁴ Como hace algún tiempo afirmó Nowakowski, también el delito de mera actividad deriva su injusto del perjuicio del objeto protegido (Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, en ZStW, 63, 1951, pág. 326).

y sin embargo no existir la lesión, o el peligro para el bien jurídico, caso en el cual pudiera castigarse por tentativa inidónea (punible). Además, cabe el caso contrario, del sujeto que lesiona el bien jurídico pero sin infringir la norma, sin realizar una conducta desaprobada.

Valga el siguiente caso para ilustrar la anterior construcción: después de la segunda guerra mundial el marido obtuvo una declaración judicial de muerte de su esposa desaparecida, lo cual permitió que él contrajera un segundo matrimonio. Sin embargo el marido contaba con la posibilidad de que su primera esposa aún viviera⁴⁵ y, efectivamente, se determinó la existencia de la esposa tiempo después de que el marido contrajera el segundo matrimonio. Se plantea así el problema sobre la existencia de un injusto objetivo de bigamia. Según lo dicho *supra*, el primer nivel de análisis consiste en determinar si, desde un punto de vista *ex ante* existía la posibilidad de vigencia del primer matrimonio, para lo cual un observador objetivo debería determinar fundamentalmente si la declaración judicial se basa en hechos verosímiles en torno a la existencia de la primera esposa. En tal sentido, pareciera que por tratarse de una declaración judicial correctamente formulada, la misma no debería ser puesta en duda o, dicho de mejor manera: debe tenerse como cierta hasta prueba en contrario, sobre todo porque dicha declaración judicial se basa en un dato cierto, concretamente en la desaparición de la primera mujer durante la guerra. En este caso, si se determina *ex post* que la mujer aún vive, como ocurre en el caso expuesto, estaríamos ante un supuesto de riesgo tolerado, por lo tanto la conducta del esposo de contraer un segundo matrimonio no podía estar prohibida. Él actuaría dentro de su ámbito de libertad, de allí lo absurdo de dicha prohibición. Sin embargo, en el caso del BGH se aporta un dato adicional digno de consideración: el marido cuenta con la posibilidad de que su primera esposa aún viva. Esta circunstancia

⁴⁵ Hasta este punto basado en un caso del Tribunal Supremo alemán (vid. BGH 4, 6).

sería, lo que dentro de la doctrina tradicional de la imputación objetiva se conoce como “conocimiento especial del autor”⁴⁶. Dicha circunstancia conduce a distinguir los grados de ese conocimiento. Así, si al esposo, al margen de la declaración judicial, le consta realmente que la primera esposa aún vive, o su conocimiento es bastante probable que coincida con la realidad, debe entonces afirmarse la imputación (injusto objetivo) en caso de que contraiga un segundo matrimonio. Ahora bien, si el esposo tiene una simple sospecha, la cual *ex ante* no conduciría a un “observador objetivo”, colocado en la posición del autor, a pensar racionalmente que la primera esposa aún vive, debería negarse la imputación (injusto objetivo). Nótese como el baremo de la perspectiva *ex ante*, propio de la imputación objetiva⁴⁷, juega un papel determinante en la configuración del tipo objetivo del delito de mera actividad.

Pero al caso señalado aún se le pudiera agregar una variante: supóngase que el autor actúa convencido de que su primera esposa aún vive, o que el primer matrimonio aún es válido, circunstancias que *ex ante* no son determinables racionalmente por un observador objetivo, o son de una posibilidad bastante baja. En caso de que el esposo contraiga el segundo matrimonio, bajo la creencia anterior, no podría tampoco imputarse la lesión del bien jurídico ya que en dicho caso la subsistencia del vínculo matrimonial anterior sólo ocurre en la mente del autor: se trataría de un caso de tentativa inidónea no punible (que personalmente, siguiendo una antigua terminología, opto por llamar “tentativa inidónea absoluta”). En cambio, si desde el punto de vista *ex ante* era factible la creencia del autor para el observador objetivo, aún cuando después de la celebración del segundo matrimonio se desvirtúe la misma por la efectiva comprobación de la muerte de la

⁴⁶ Por todos, en su relación con la imputación objetiva en el tipo doloso, vid. *Roxin*, como en nota 5, págs. 315 ss. –50–.

⁴⁷ Al respecto, en relación al delito de resultado, *Frisch*, como en nota 21, págs. 71 ss.

primera mujer, habría que afirmar la existencia de una tentativa inidónea punible (que yo llamo, tentativa inidónea relativa). En este último supuesto se da la conducta prohibida, determinada desde un punto de vista *ex ante* (verosimilitud de la existencia de la primera esposa, según un observador objetivo situado en la posición del autor con los conocimientos concretos de éste), aunque *ex post* se desvirtúe tal circunstancia, por lo tanto no exista la lesión del bien jurídico. Todo ello refleja la importancia adicional del juicio *ex post* también en los tipos de mera actividad, al menos para diferenciar la punibilidad entre un tipo consumado y uno en grado de tentativa, y dentro de ésta, la existencia de una tentativa inidónea absoluta (no punible) o una relativa (punible)⁴⁸.

También pudiera ser relevante esta distinción de niveles de análisis para la determinación del objeto del dolo. Si el injusto del tipo, indistintamente que sea de mera actividad o de resultado, se circunscribe a la infracción del mandato, por lo tanto a la conducta, el dolo debe circunscribirse también a la misma. En tal sentido afirma *Frisch*, objeto del dolo no es el tipo penal mismo sino dicho tipo penal entendido como *conducta prohibida presupuesta*⁴⁹. Por lo tanto, el injusto del tipo de mera actividad se limitaría al análisis de la conducta como infractora del mandato normativo. En tipos semejantes, el análisis de la lesión o peligro del bien jurídico se confinaría al ámbito de la punibilidad, o, siguiendo la terminología de *Frisch*, al ámbito de la norma de sanción, por lo tanto no sería objeto del dolo.

⁴⁸ No obstante lo anterior, considero que el grueso de problemas de la tipicidad objetiva en los tipos de mera actividad se circunscriben al análisis de la conducta desaprobada, pero esto ocurre también en el tipo de resultado. Por ello, la mayor parte de criterios para determinar la tipicidad objetiva en los tipos de mera actividad se refieren a la desaprobación o no de la conducta. Sin embargo, una vez determinada la desaprobación o no de la conducta, posteriormente, puede hacerse el análisis sobre si la misma es lesiva, o peligrosa, para el interés protegido por el tipo.

⁴⁹ Como en nota 24, pág. 352.

Por el contrario, si se sostiene que el injusto se conforma también con la inclusión de la lesión o el peligro para el bien jurídico, debería entonces el dolo conllevar el querer, o al menos el conocer, dicha lesión o peligro. Así, en relación al tipo de mera actividad, el autor del falso testimonio debería conocer no sólo la falsedad de su declaración, sino también que su conducta afectaría, o pudiera afectar, el normal desarrollo del juicio en el cual él declara falsamente.

D.- Conclusión

Según todo lo dicho la conducta en el tipo objetivo del delito de mera actividad puede ser valorada desde un punto de vista interno (relación de la conducta con el mandato jurídico), es decir como prohibida o permitida (desaprobada). En este último aspecto sería esencial la valoración *ex ante* de la conducta del autor. Pero a su vez dicha conducta pudiera valorarse desde un punto de vista externo (en relación con el interés protegido), como lesiva (perturbadora) o peligrosa, para lo cual se acude al análisis *ex post* de dicha conducta del autor⁵⁰.

La inclusión de los análisis *ex ante* y *ex post* constituye la prueba de que los elementos tradicionales de la imputación objetiva del resultado material pueden ser extendidos a los tipos de mera actividad. Función siguiente de esta tendencia sería precisar qué otros baremos y criterios de la imputación objetiva pudieran ser aplicables a dichos delitos de mera actividad (vgr. la “conducta de la víctima”, “conducta alternativa conforme a derecho”, etc.)⁵¹.

Freiburg i. Br., 29 de julio de 2005

⁵⁰ Nótese que hablo de que la conducta puede ser calificada de “lesiva”, término valorativo, y no que esa “lesión” constituya un “resultado”.

⁵¹ Aunque, obviamente, la perspectiva *ex ante* impregna de cierta forma cada uno de los criterios de imputación objetiva.

Bibliografía

- Amelung. *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*. Frankfurt/M., 1972.
- Baumann/Weber/Mitsch. *Strafrecht. AT. Lehrbuch*. 1995, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld.
- Binding. *Die Normen und ihre Übertretung*. Segunda edición 1914 –1965. Scientia Verlag Aalen, tomo 2, I.
- Ebert/Kühl. <<*Das Unrecht der vorsätzlichen Straftat*>>. En: Jura, 1981.
- Frisch. *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolg*. C.F. Müller, Heidelberg, 1988.
- Graul. *Abstrakte Gefährungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*. Duncker & Humblot, Berlin, 1991.
- Haft. *Strafrecht*. AT, C.H. Beck, München, 2004.
- Hettinger. *Jus-Lernbogen*. 1997.
- Honig. <<*Kausalität und objektive Zurechnung*>>. En: Festgabe für Reinhard von Frank, 1969 -1930.
- Jakobs. *Strafrecht*. AT, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993.
- Jescheck/Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin, Duncker & Humblot, 1996.
- Kindhäuser. *Strafrecht*. AT, Nomos, Baden-Baden, 2002.
- Koriath. *Zum Streit um den Begriff des Rechtsgut*. GA, 1999.
- Maurach/Zipf. *Strafrecht*. AT, Heidelberg, 1992, tomo I.
- Münzberg. *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1966.
- Nowakowski. *Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit*. En: ZSt, 63, 1951.
- Otto. *Grundkurs Strafrecht*. 2000, Walter de Gruyter, Berlin-New York.

- Puppe. *Strafrecht*. AT, Nomos, Baden-Baden, 2002.
- Reyes Alvarado. *ZStW*, 105 (1993).
- Roxin. *Strafrecht*. AT, C.H. Beck, 1997.
- Schmidhäuser. *Strafrecht. AT -Lehrbuch-*.1975, J.C.B. Mohr -Paul Siebeck-, Tübingen.
- Schönke/Schröder/Lenckner. *Strafgesetzbuch Kommentar*. C.H. Beck, München, 2001.
- Schulenburg. <<*Dogmatische Zusammenhänge von Rechtsgut, Deliktsstruktur und objektiver Zurechnung*>> en *Hefendehl/v.Hirsch/Wohlers*-edit-, Die Rechtsguttheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, Nomos, Baden-Baden, 2003.
- Stratenwerth/Kuhlen. *Strafrecht*. AT I, Carl Heymanns, Köln-Berlin-München, 2004.
- Triffterer, Österreichisches Strafrecht. AT, 1994.
- Tröndle/Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. C.H. Beck, München, 2004.
- Wessels/Beulke. *Strafrecht*. AT, C.F. Müller, Heidelberg, 2003.

Este libro se terminó de imprimir en los talleres gráficos
de **Producciones Karol C.A.** (Calle 22 entre Avs. 6 y 7. Edif. Emperador
P.B. Telefax: 0274 252 38 70 - 252 72 38. Mérida)
en el mes de septiembre de 2005,
en Mérida - Venezuela.