

ESTUDIO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN DERECHO PENAL

Dr. Eduardo Franco Loor. MSc.*

RESUMEN:

La concepción de la Imputación Objetiva entiende que un resultado o hecho típico penalmente relevante sólo será imputado objetivamente cuando se ha realizado en él, el riesgo jurídicamente no permitido creado por el autor; o dicho de otro modo, para la Teoría de la Imputación Objetiva, un resultado debe imputarse al autor si se verifica que con su acción se elevó el nivel de riesgo permitido, siendo concretizado dicho riesgo en un resultado, resultado que a su vez pertenece al ámbito de protección de la norma penal. La teoría de la imputación objetiva es un tema de discusión dogmática, si consideramos que para la imposición estatal de una pena, principal consecuencia jurídico penal del delito, es necesario que haya una culpabilidad declarada al autor del hecho punible, constituyendo la imputación objetiva parte sustancial del Principio de Culpabilidad.

PALABRAS CLAVES:

Imputación Objetiva, riesgo permitido, Teoría de los roles, Principio de confianza, Prohibición de regreso.

* Doctor en Jurisprudencia. Diplomado en Docencia Superior, Magíster y Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas, Magister en Ciencias Internacionales y Diplomacia. Es Profesor Principal de la FACSO de la Universidad de Guayaquil, Profesor de la UEES, de la Universidad Tecnológica ECOTEC y de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Fue Magistrado de la III Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, Director Regional del CONSEP, Subsecretario de Trabajo y Recursos Humanos del Litoral, Subsecretario de Bienestar Social del Litoral e Intendente de Policía del Guayas. Ha publicado: "Derecho de la Comunicación Social en el Ecuador", "Derecho Internacional de la Comunicación Social" y "Fundamentos de Derecho penal moderno". Email: efranco_loor@hotmail.com
<http://eduardofrancoolor.blogspot.com/> [facebook.com/eduardofranco.loor](https://www.facebook.com/eduardofranco.loor).
Twitter: Efrancoolor

ABSTRACT:

The conception of the Objective Imputation means that a result or typical event criminally relevant only will be accused objectively when it has been made in it, the risk legally not allowed periodically created by the author, or another way for Theory of the Objective Imputation a result must be attributed to the author if it is verified that with his action was raised the level of allowed risk, that risk being materialized in a result, a result what belongs to scope of protection of the criminal standard. The theory of the objective imputation is a matter of dogmatic discussion if we considering that for imposition of state of a penalty principal result criminal law crime, it must be a declared guilty the perpetrator of the offense, being the objective imputation principal part of the principle of guilt.

KEYWORDS:

Objective Imputation, risk allowed, Theory of roles, Principle of confidence, back Prohibition.

SUMARIO:

Introducción.- Historia de la doctrina.- Fundamentos Teóricos de la Teoría.- La Imputación objetiva según Claus Roxin.- La Imputación Objetiva según Gunther Jakobs.- Criterios de Eugenio Raúl Zaffaroni. Ejemplos.- Conclusiones.- Bibliografía.-

Introducción.-

La ciencia siempre ha entendido que en el mundo fenomenológico, es decir, en el plano fáctico, real, a toda causa le sigue o tiene un resultado, y este es el *principio de causalidad*, y al nexo que une dicha causa con el resultado se llama *relación de causalidad*. Anota Esteban Righi¹ que pese a ser un tema polémico en ciencias naturales y filosofía, los juristas utilizaron un concepto tradicional de causalidad para establecer un

¹ Esteban Righi. "Derecho penal, parte general". p. 169

presupuesto básico que permitiera atribuir un resultado determinado (*el efecto*) al comportamiento del autor (*la causa*).

Y por ello, todas las teorías clásicas de la causalidad afirmaron que la relación que permite considerar un resultado acaecido como producto de la acción es una *relación de causalidad*, es decir, una relación de causa a efecto idéntica a la observable en los sucesos de la naturaleza. Sin embargo, se distinguió en todo caso con precisión entre ser causal y ser responsable por la producción del resultado: ambas categorías no se superponen. En general, puede afirmarse que la causalidad establece un límite mínimo de la responsabilidad, pero no toda causalidad implica, sin más, responsabilidad. La causalidad requiere, por lo tanto, una limitación: entre los comportamientos causales de un resultado típico sólo algunos culminan en la responsabilidad penal. La Teoría de la causalidad, por ello, se completa mediante correctivos de naturaleza no causal, sino normativa, es decir, correctivos que se deducen de la naturaleza de lo ilícito penal. Este conjunto de correctivos de la causalidad da lugar a la teoría de la imputación objetiva. El desarrollo de la cuestión muestra que gran parte de los problemas que se presentan se relacionan con el lugar sistemático en el que debe practicarse la corrección de la causalidad (en el momento de la adecuación al tipo objetivo, en el del dolo o en el de la culpabilidad).²

Por eso -anota Bacigalupo- desde un punto de vista puramente causal también los padres del homicida serían causa del resultado de muerte, pero sus comportamientos no interesan al Derecho penal. “La teoría de la imputación objetiva procura, por el contrario, determinar el fundamento – dice este autor - y el lugar donde debe llevarse a cabo una corrección de los resultados de las teorías naturalistas de la causalidad, sobre la base de principios deducidos de la naturaleza de la norma y del fin de protección del Derecho penal”.³

La construcción de la moderna teoría de la imputación objetiva, indiscutiblemente constituye un cambio del sistema de la teoría del delito basado en el concepto causal de la acción como reacción al sistema

² Enrique Bacigalupo. Derecho Penal. Parte general. p. 246 y sgte.

³ Ibidem. p. 247

finalista, toda vez que para los más encumbrados defensores de esta teoría, así lo asegura Martínez Escamilla en su obra "La Imputación Objetiva del Resultado", la teoría finalista de Welzel "no consigue con el criterio de la finalidad ontológicamente fijado, resolver los problemas que surgen en el marco del nexo objetivo entre acción y resultado". Por eso al decir de María Ángeles Rueda Martín⁴

Los defensores de la Teoría de la Imputación Objetiva proponen la utilización de una serie de criterios normativos y mediante los cuales se pretende además, la atribución de un determinado sentido social típico y que darían contenido a la doctrina general de la imputación objetiva

Los criterios de esta teoría indudablemente descansan sobre el sistema funcionalista teleológico del Derecho Penal, que es una tendencia doctrinaria que está en contradicción con el sistema neoclásico o finalista creado por Hans Welzel. La corriente funcionalista ataca fundamentalmente al punto de partida del finalismo, porque según ellos, es decir según su creador fundamental, Claus Roxin, la formación del sistema jurídico penal no puede vincularse a realidades ontológicas previas "acción, causalidad, estructuras lógico - objetivas, etc". Indiscutiblemente la Teoría de la Imputación Objetiva representa en la actualidad una gran transformación en la Teoría del Delito, especialmente en el marco de la tipicidad. El objeto de esta moderna doctrina es la configuración del nexo objetivo que ha de existir entre acción y resultado para que pueda confirmarse la responsabilidad del autor por la lesión del bien jurídico protegido. Nace no solo como un intento de resolver problemas surgidos en el marco del nexo entre acción y resultado, sino que pretende dar fin a los problemas de la causalidad, pero en el ámbito del injusto penal.

Según Esteban Righi, es una teoría que *anticipa* juicios de antijuridicidad, ya que: A) es un juicio de *imputación* que supone atribuir *normativamente* el resultado al autor; B) es *objetivo*, porque prescinde de todo dato subjetivo (como el conocimiento del autor).

⁴ María Angeles Rueda Martín. "La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el Delito doloso de Acción" p. 43

Anota Righi⁵ que desde sus primeras formulaciones, la teoría de la imputación objetiva sostuvo que el juicio de subsunción del comportamiento al tipo objetivo, requiere un juicio de imputación basado en que las normas sólo prohíben: A) resultados *evitables* por lo que no deben ser materia de imputación los que fatalmente se iban a producir, ya que en esos casos la acción no produjo un peligro no permitido; B) acciones que *augmenten* el peligro, lo que descarta la imputación cuando la acción lo disminuyó; C) acciones que *perjudiquen* la situación del bien jurídico, por lo que debe descartarse la imputación cuando la acción lo benefició; D) acciones que representen un peligro para el bien jurídico que protege, excluyendo la imputación si el resultado está fuera del *ámbito de protección de la norma*; E) resultados que provengan de acciones que hayan creado el peligro, por lo que decae la imputación por aplicación de la *prohibición de regreso*; y, F) lesionar el bien jurídico si el titular no podía consentir la afectación, lo que se vincula con el efecto eximente del *consentimiento* y la exclusión de la imputación en los casos de *autopuesta en peligro*.

Esta importante doctrina tiene muchos defensores como detractores y entre sus críticos más acervos se los puede ubicar desde el sistema del finalismo como los teóricos Kaufmann, Struensee, Luis Gracia Martín, Vives Antón y Eugenio Raúl Zaffaroni, y la autora antes citada. Entre sus grandes defensores, podemos encontrar a Claus Roxin, Günther Jakobs, Wolfgang Frisch. Esta concepción teórica nace fundamentalmente para los delitos de resultado, entendiéndose estos, según Roxin “aquellos tipos en los que el resultado consiste en una consecuencia de lesión o de puesta en peligro separada espacial y temporalmente de la acción del autor. Un delito de resultado p.ej. el homicidio: Entre la acción “v.gr. disparar el revólver” y el resultado “(muerte de la víctima) hay una distancia temporal y espacial. Pero también son delitos de resultado la estafa, en los que el perjuicio patrimonial es subsiguiente al engaño, e incluso las injurias o la provocación de escándalo público, en los cuales el conocimiento por parte de un tercero es un proceso autónomo frente a la acción del autor, pero necesario para que se cumpla el tipo”⁶.

⁵ Esteban Righi. “Derecho penal. parte general” p. 206

⁶ Claus Roxin. “Derecho Penal. Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito” p. 328

Las críticas de los finalistas a la imputación objetiva han señalado que con respecto al delito imprudente no hay lugar para una teoría de la imputación objetiva. Armin Kaufmann en su artículo “¿Imputación Objetiva en los Delitos dolosos?”, descarta la idea de que se deban trasladar las construcciones de la teoría de la imputación objetiva, desarrollada sobretodo en el delito imprudente, al delito doloso. En cambio Struensee, discípulo de Kaufmann lanza una severa crítica en contra de la teoría de la imputación objetiva formulada por Roxín en el sentido que según sus partidarios ella es ampliamente dominante en la ciencia del Derecho Penal post finalista, afirmando que en la jurisprudencia alemana no tiene aún un reconocimiento pleno, a diferencia de la española o la austriaca; para este autor, la imputación objetiva carece de razón de ser junto a un tipo subjetivo, o mejor dicho frente a un ilícito subjetivo.

Hoy esta teoría, como explica Righi, ha concretado una expansión de su ámbito de aplicación, pues se la consideró apropiada para establecer el núcleo de cualquier conducta penalmente relevante, sobre la base de considerar que todo hecho punible es la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, con lo que se concretó una teoría de la imputación que, de la finalidad de la prevención general positiva de la pena, dedujo como principios: A) la exclusión de la imputación cuando la acción no supera el *riesgo permitido*; B) la idea de que la imputación sólo alcanza a quien es *garante* de la evitación del resultado; C) la exigencia de que el riesgo no permitido creado por la acción haya sido el *que se realizó* en el resultado; y D) la exclusión de la imputación cuando la acción ha sido cubierta por el *consentimiento o la actuación a riesgo propio* del titular del bien jurídico.

En esencia, Claus Roxín sostiene que la imputación al tipo objetivo solo es un problema de la parte general cuando el tipo requiere un resultado en el mundo exterior separado en el tiempo y el espacio de la acción del autor. En los delitos de mera actividad, como el allanamiento de morada o el falso testimonio, la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción en los elementos del tipo respectivo que hay que tratar en la parte especial. En cambio, dice Roxín, en los delitos de resultado hay que decidir conforme a reglas generales la lesión del objeto de la acción se le puede imputar como obra suya al inculpado; y si no es así, éste no habrá matado, lesionado, dañado, etc, en el sentido de la ley. “Pues bien,

tal imputación objetiva es de antemano imposible en los delitos comisivos si el autor no ha causado el resultado. Si por ejemplo, no se puede comprobar que un determinado medicamento ha sido causal para los daños corporales sufridos por los pacientes tratados con el mismo, tampoco se puede aceptar que el fabricante del medicamento haya lesionado a un paciente. En consecuencia, la Teoría del nexo causal es el fundamento de toda imputación al tipo objetivo; pues el primer presupuesto de la realización del tipo es siempre que el autor haya causado el resultado” y agrega Roxín que, con la causalidad de una conducta para el resultado típico aún no se ha realizado siempre el tipo como antes se creía, aunque concurren los restantes elementos típicos escritos. Así por ejemplo, también puede faltar la imputación aunque el autor haya causado el resultado, pero esa causación se debe a la pura casualidad: Si A convence a B para que tome un vuelo a Mallorca en el que B muere al estrellarse el avión, ciertamente A, ha causado la muerte de B con su consejo, pero pese a ello o ha matado a B, porque el suceso se presenta como un accidente incalculable y por eso no se le puede imputar a A como obra suya”. Establecer los elementos de la imputación objetiva es la tarea fundamental de esta gigantesca doctrina, pues al decir de Roxín “la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo”.

Roxín en su obra fundamental *“Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito”* manifiesta que la dogmática antigua partía de la base de que con la causalidad de la conducta del autor respecto del resultado se cumple el tipo objetivo. Y en los casos en que parecía inadecuada la punición se intentaba excluir la pena en los delitos comisivos dolosos negando el dolo. Así se puede encontrar aún en Welzel el “ejemplo frecuentemente utilizado” de que alguien, “al comenzar una tormenta, envía a otro al bosque con la esperanza de que le mate un rayo”. Si contra toda probabilidad –dice Roxín- se produce efectivamente ese resultado, según la teoría de la equivalencia no se puede dudar que hay causalidad en el que dio el consejo; pero si con ello se considera realizado el tipo objetivo, sólo se puede eludir el castigo negando el dolo. Y eso es lo que efectivamente hace Welzel, al opinar que en este caso en el sujeto de atrás hay ciertamente una esperanza o un deseo, pero no la voluntad con poder de influencia real en el suceso que exige el dolo. Sin embargo, manifiesta Roxín, esta no es una fundamentación convincente:

pues es indiscutible que el autor subjetivamente quería exactamente aquello que ha producido objetivamente; y la planificación y el curso real coinciden entre sí. Y concluye el autor alemán diciendo de que, si a pesar de eso no consideramos correcta la punición, ello se debe de modo primario al carácter objetivamente causal del suceso. Sólo porque una causación de muerte puramente casual no la enjuiciamos ya objetivamente como homicidio en sentido jurídico es por lo que un dolo tendente a ello no es un dolo homicida, sino dirigido a algo impune.

Según Claus Roxín, algo similar sucede en el caso de que A dispara a B con dolo homicida, éste sólo sufre una lesión leve y va a un hospital para recibir tratamiento, pero perece en un incendio que se produce en el mismo. Dice el autor, que existe acuerdo unánime en que en constelaciones como ésta sólo se puede aceptar una tentativa de homicidio. Sin embargo, cuando la jurisprudencia y la aún doctrina dominante lo fundamentan aduciendo que falta el dolo homicida, porque éste ha de extenderse al curso causal concreto, se vuelve a desplazar sin razón el problema a la parte subjetiva; pues la muerte por el incendio del hospital, ya en el plano objetivo, no se puede enjuiciar como obra de A, de modo que la consumación del hecho no fracasa solamente por la falta de dolo. Y como la tentativa, que en todo caso hay que afirmar que ocurre, dice Roxín, también presupone un dolo homicida, sólo se puede negar el dolo respecto del concreto resultado homicida si a la causación de muerte, tal como se ha desarrollado, ya no se la considera como una "acción de matar" en el sentido del tipo. Por ello, Roxín, terminantemente asegura que esto es una cuestión de imputación objetiva y no un problema de dolo.

Por todo ello, según el genial alemán, creador científico de esta gigantesca doctrina, el primer cometido de la imputación al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de una causación (como límite extremo de una posible imputación) una acción típica, o sea, por ejemplo, de una causación de muerte una acción homicida relevante; la cuestión de si luego tal acción homicida también se puede imputar al tipo subjetivo y es por ello dolosa, sólo se discutirá a continuación.

Se asegura, que en la doctrina dominante, la imputación al tipo objetivo, se produce conforme a dos principios sucesivamente estructurados, que al criterio de Claus Roxín son:

Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto. Por ejemplo en el caso de la tormenta, antes explicado, falta ya una acción homicida, porque el hecho de enviar a alguien al bosque no crea un peligro jurídicamente relevante de matar. Roxín dice que en el caso del incendio del hospital el disparo del autor ciertamente ha creado un peligro no permitido de matar a la víctima; pero en el incendio del hospital no se realiza el peligro que parte de una lesión consecuencia de un disparo, de tal modo que por esa razón no se le puede imputar el resultado al autor como homicidio consumado. Mientras que la falta de creación de peligro conduce a la impunidad, la falta de realización del peligro en una lesión típica del bien jurídico sólo tiene como consecuencia la ausencia de consumación, por lo que en su caso se puede imponer la pena de la tentativa.

Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable, de modo que se cumple el tipo objetivo. Pero no obstante, excepcionalmente puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros y sus repercusiones. Dice Roxín, si por ejemplo, A incita a B ha que haga una escalada al Himalaya, en la que éste – tal como A había previsto – sufre un accidente mortal, entonces no sólo A ha causado la muerte de B, sino que en la muerte de B también se ha realizado un peligro causado por A. Y sin embargo A no ha cometido una acción punible de homicidio, puesto que si según el Derecho (alemán) vigente es impune incluso la incitación al suicidio, con mayor razón aún ha de ser impune la incitación a un amera auto puesta en peligro, que es de lo que aquí se trata. Por consiguiente el alcance no se extiende a la evitación de auto puestas en peligro dolosas, con lo que por esa razón no se puede imputar el resultado al incitador.

Por ello, la moderna teoría de la imputación objetiva, es decir la imputación al tipo objetivo, presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo. En este trabajo académico, desarrollaremos los aspectos más importantes de esta doctrina, que está ganando aceptación universal, pese a sus críticas y objeciones, y lo haremos en sus vertientes más significativas a través de los autores más renombrados, Roxín, Jakobs,

Frisch y otros. Es que la imputación objetiva del resultado está implícita del tipo (en los delitos de resultado); esto es, se le debe considerar en la parte objetiva de aquel, para diferenciarlo de los aspectos que conforman su parte subjetiva. Por ello asegura Mario Houed en su artículo "algunos aspectos importantes en el estudio y aplicación de la Teoría del Delito" , que en los delitos comisivos normales –los que se realizan mediante actividad- la imputación objetiva presupone inexcusablemente que exista relación causal material entre la acción y el resultado, pues si no ocurre de esa manera (o sin que así se compruebe) ya no se puede discutir si se imputa jurídicamente dicho resultado; en cambio, en los delitos de comisión por omisión o supuestos de omisión impropia no hay causalidad material entre la conducta omisiva y el resultado, pero sí imputación objetiva de éste a la omisión conforme a criterios estrictamente normativos.

La imputación objetiva aparece dentro de la doctrina actual, inscrita o inserta, dentro de criterios funcionalistas. El funcionalismo , también conocido como sistema teleológico racional del derecho penal, está representado por Roxín, su máximo exponente, y sus principales características son : a) la orientación básica del sistema penal hacia políticas criminales; b) la concepción de la responsabilidad jurídico-penal como una categoría que abarca tanto a la culpabilidad como al merecimiento y a la necesidad de pena; y, c) la aceptación de la teoría que estudiamos, es decir, la imputación objetiva, como regulador normativo del nexo causal.. Y dentro de la teoría del delito, el sistema funcionalista tiene algunas categorías dogmáticas, siendo las principales las siguientes: 1.- Sostiene la doble posición del dolo: en el tipo como en la culpabilidad. 2.-En la integración del injusto penal, procura mantener el equilibrio entre el desvalor de acción y el desvalor del resultado.3.- Admite la teoría del dominio del hecho para especificar las especies de autoría, coautoría, y participación. 4.-La culpabilidad la entiende no necesariamente como reprochabilidad si no más bien como responsabilidad, ello a través de criterios preventivos de merecimiento y necesidad de pena.5.- Distingue entre error de tipo y error de prohibición. 6.- Dirige al sistema penal hacia finalidades político-criminales de prevención especial y prevención general.y 7.-Permite la teoría de la imputación objetiva, como dijimos anteriormente, en tanto regulador normativo del nexo causal.

Por lo cual, para el sistema funcionalista, se entiende por *imputación objetiva*, al conjunto de elementos normativos que sirven para regular el

nexo causal, que a su vez pertenece a la parte objetiva de la tipicidad. La nueva categoría de *responsabilidad penal* se compone por: la culpabilidad (entendida como reprochabilidad) y la necesidad de pena que se requieran para el caso concreto. Como vemos, el sistema funcionalista, de Roxín, introdujo en el tipo objetivo una serie de elementos o categorías normativas que sirven como un regulador o direccionador del nexo causal. Estos elementos son insertados en lo que se conoce como teoría de la imputación objetiva. Conforme a ella, un resultado típico debe imputarse al autor si se verifica que con su acción se elevó el nivel de riesgo permitido, siendo concretizado dicho riesgo en un resultado, resultado que a su vez pertenece al ámbito de protección de la norma penal.

En el presente punto analizaremos con minuciosidad objetiva, pero con gran precisión la historia de esta doctrina, la fundamentación teórica de la misma, es decir, sus principales principios, como el principio del riesgo prohibido, el principio de confianza, el principio de actuación a propio riesgo y el principio de prohibición de regreso. Pero procederemos a establecer la parte dogmática fundamental de esta teoría desde el ángulo o creador Claus Roxín, con respecto a la creación de un riesgo no permitido, la exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo, la exclusión de la imputación si falta la creación de peligro, la creación de peligro y cursos causales. Además veremos los lineamientos teóricos más importantes esgrimidos por el discípulo de Hans Welzel, el afamado penalista alemán Günther Jakobs, quién establece institutos nuevos a la teoría de la imputación objetiva, como el principio de confianza, el principio de prohibición de regreso y el principio del rol.

Muchos autores sostienen que esta teoría no debe reducirse únicamente al campo de los delitos de resultado, toda vez que puede conformar de modo más amplio una teoría general de la imputación penal.

Historia de la Doctrina.-

Debemos empezar este subtema refiriéndonos a lo que es imputación. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua española manifiesta que *IMPUTAR* es "atribuir a otro una culpa, delito o acción". El filósofo Immanuel Kant afirmaba que "la imputación (imputatio)...es el juicio por el que alguien es considerado como *causa libera* de una acción" "nosotros atribuimos algo a alguien, como un predicado a cada sujeto. Le

atribuimos o le imputamos cuando es considerado como algo perteneciente a su persona, por ejemplo, una idea al genio. Imputamos... cuando (ese algo) es presentado como procedente de su voluntad". Es decir para Kant la imputación presupone, por un lado, un sujeto destinatario de la imputación, que es la *persona*; y, por otro lado, un objeto imputado, que es el resultado o el *suceso*. Incluso, se ha asegurado, al menos así lo afirma María Ángeles Rueda Martín⁷ que fue ARISTOTELES quien determinó por primera vez los principios de la imputación, en el sentido de que una acción es sólo imputable si se halla en nuestro poder, o si somos sus dueños de modo que también podríamos obrar de otra forma. Aristóteles desarrolla esta idea en su *Ética a Nicómano*.

Pero, en reconocimiento histórico, el término *imputación*, asoma por primera vez, en versión "moderna" en la obra de Samuel Pufendorf "Elementorum jurisprudentiae universales libri duo" de 1.660. Por ello, Andrea Raffaele Castaldo⁸ asegura que Pufendorf, con esta expresión entiende la posibilidad del individuo de impedir -gracias a su "fuerza"- que se produzcan acontecimientos nocivos, hasta en la hipótesis en que él, imposibilitado en el momento en la comisión del hecho, sin embargo habría podido evitar ponerse en la situación que ha dado origen al comportamiento peligroso. Con acierto, se establece que Pufendorf "desde las fuentes del Derecho natural y teleológicas desarrolló las teorías de los presupuestos y los límites bajo los cuales el curso de un proceso parte de una persona y puede serle "imputado" como su acción para , posteriormente, proceder a su valoración (teoría de la *imputatio*), con lo que creó un concepto jurídico fundamental tal como ha resaltado la doctrina"⁹ El concepto de imputación en el sentido de la *imputativitas* es el concepto mismo de acción y el elemento rector de ésta es la voluntad y el dominio del hecho; la *imputatio* es un juicio mediante el que se determina la valoración de un hecho que tiene como causante a una determinada persona, al decir del análisis de la autora española.

Después de un proceso histórico teórico, en las que aparecen las concepciones de FEUERBACH, aparece en el escenario el filósofo Jorge

⁷ op.cit. p. 66

⁸ "La Imputación Objetiva en el delito culposo de resultado" p. 64

⁹ Véase obra de María Ángeles Rueda Martín. p. 72

Guillermo Federico HEGEL, quien pone los cimientos del asunto que tratamos; para él imputar (cargar algo objetivo en la cuenta del sujeto) debía ser algo acotado, pues de la multiplicidad de los cursos causales, sólo era posible atribuirle aquello que podía ser considerado como algo propio.¹⁰ Según Hegel si un hecho produce unos efectos en el exterior “la voluntad es responsable de él en la medida en que la existencia alterada lleva en sí el predicado abstracto de lo *mio*”, para afirmar seguidamente que “el derecho de la voluntad consiste en que un hecho suyo sólo se reconozca como su acción propia y sólo tenga responsabilidad sobre aquello que ella sabía de sus presupuestos en su fin, es decir, lo que estaba en su propósito. El Hecho sólo puede ser *imputado como responsabilidad de la voluntad*: éste es el derecho del saber”¹¹

Hans Welzel, en la década de los años 30 del siglo pasado, específicamente en 1939, elaboró aspectos importantes del génesis de la teoría de la imputación objetiva. En la década del 50, de ese siglo, la teoría estuvo vinculada a la teoría objetivo-final de la acción como teoría de la acción típica, que se denominó luego *concepto social de la acción*. Pero es en 1927 cuando el concepto de imputación objetiva nace por obra de un civilista hegeliano LARENZ, y en 1.930 HONIG (neokantiano) lo propuso para el derecho penal. Larenz denomina imputación objetiva “al juicio sobre la cuestión de un suceso puede ser atribuido a un sujeto como propio”. Para Larenz “la imputación no significa otra cosa que el intento de delimitar el hecho propio del acontecer fortuito” de modo que cuando alguien es presentado como el autor de un hecho se quiere decir que “es su hecho propio” y como dice Larenz “no es obra de la casualidad sino de su propia voluntad”, para él la imputación al hecho es la relación de un suceso con la voluntad. Aquí Larenz coincide con Hegel, en el concepto de acción de éste¹².

Lo trabajado jurídicamente por Larenz, lo traslada a la ciencia del Derecho Penal HONIG quien acentúa la cuestión relativa a la imputación del resultado del hecho propio; es decir, complementa expresamente la categoría naturalística de la causalidad mediante la categoría normativa

¹⁰ Véase obra de Guillermo Julio Fierro. “Causalidad e Imputación”. p. 380

¹¹ Traído a colación en la obra de Rueda Martín. p. 74

¹² Véase obra de Rueda Martín. p. 82

de la imputación objetiva, de manera que para que haya responsabilidad penal no basta sólo con la existencia de una relación de causalidad, sino que, además se precisa la imputación objetiva del resultado, que al decir de Rueda Martín, según este autor (Honig) se decide en función de la cuestión axiológica del *significado* de la relación causal para el ordenamiento jurídico. Para María Ángeles Rueda Martín, en opinión de Honig, el resultado producido fortuitamente porque está ausente la posibilidad de control real por el hombre, no puede ser objetivamente imputado ya que falta la "finalidad objetiva", por todo lo cual el juicio de la imputación objetiva es un juicio posterior independiente que se añade al juicio causal¹³.

Welzel en su artículo *Kausalitat und Handlung*, escribe sobre la imputación objetiva y dice que ésta "no significa imputación a la culpabilidad, no declara nada de nada sobre la valoración del suceso a imputar, sino que sólo atribuye el hecho particular unido a la unidad de la acción al punto central personal que la domina". Para este autor alemán la *finalidad*, esto es, el dominio del hecho final real a través del cual se determina cuándo un resultado es producto específicamente de la voluntad humana y cuándo es producto de un proceso casual de la naturaleza, es allí, para Welzel, cuando un hecho es realmente "obra" de un autor determinado. Welzel doctrina sobre la teoría de la adecuación social, en donde su concepción de acción finalista está presente en el seno de la tipicidad.

Pero es en 1970 que Claus Roxin, en su artículo de homenaje a Honig: "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho Penal" que reinicia o fomenta la teoría de la imputación objetiva, que hoy conocemos, aunque posteriormente, la ha reelaborado.

Fundamentos Teóricos de la Teoría.-

El objetivo básico de esta doctrina es la atribución de un determinado sentido social típico a la acción mediante una serie de criterios normativos que esencialmente son: un resultado sólo es objetivamente imputable cuando la acción causante del mismo ha creado un riesgo

¹³ Véase obra citada, p. 84

jurídicamente desaprobado (o típicamente relevante) que se ha realizado en un resultado típico que pertenezca al ámbito o fin de protección de la norma infringida¹⁴. En la actualidad es un concepto dominante en la doctrina alemana *que un resultado sólo será imputado objetivamente cuando se ha realizado en él el riesgo jurídicamente no permitido creado por el autor*. El criterio del riesgo permitido, especialmente del riesgo en derecho penal, es unánime en los diferentes autores de esta doctrina, que si bien ha tenido sus detractores, específicamente en los que se alinean en el sistema finalista, se ha configurado como una doctrina más elaborada por los trabajos del propio Roxín, de Schunemann y de Günther Jakobs, como veremos posteriormente

Paz M. de la Cuesta Aguado establece como fundamentos de la teoría los siguientes;

- 1.- La creación de un riesgo penalmente relevante o no permitido.
- 2.- La realización del riesgo imputable en el resultado,
- 3.- El fin de protección del propio tipo penal infringido o alcance del tipo penal.¹⁵

La imputación objetiva según Claus Roxin.-

Fue Roxín quien se opuso al concepto ontológico de acción, por ser éste inamovible e incrustado en la estructura del ser, cuando el tipo debe mirarse según los contenidos sociales y observar el comportamiento final en sentido jurídico, esto es, contemplarlo todo desde la óptica de la función político criminal. A Roxín le interesa el concepto de acción en el ámbito normativo y no en el campo ontológico, y de allí parte para formular la imputación objetiva como criterio para estudiar primeramente los delitos culposos y luego los dolosos.¹⁶ Roxín es considerado el

¹⁴ p. 98 y 99 obra de Rueda Martín.

¹⁵ "Tipicidad e Imputación Objetiva" IV Dra. Paz M. de la Cuesta Aguado en <http://inicia.es/de/pazen/red/tipi4.htm>

¹⁶ Cfr. Jesús Alberto Gómez Gómez."La Estructura de la conducta y la Imputación Objetiva". p.118

más importante representante de la perspectiva de imputación objetiva vinculada al principio del riesgo, que indica cómo un resultado causado por el agente que actúa sólo puede ser imputado como obra suya y cumple el tipo objetivo, si el comportamiento ha creado un riesgo no permitido para el objeto de la acción, cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto, y esa consecuencia se encuentre dentro del alcance del tipo. De allí que Roxín elabora su fundamentación de la imputación objetiva, según los planteamientos del incremento del riesgo, de acuerdo con lo cual lo sustancial es especificar si la conducta del autor generó un riesgo de acuerdo con lo cual lo sustancial es especificar si la conducta del autor generó un riesgo por encima del permitido.¹⁷

Cabe indicar, que según muchos autores, entre los cuales está Mario Coged, el criterio del riesgo permitido es y debe ser aplicable para todo delito culposo o doloso siendo esto importante consecuencia del reconocer que la calificación de una conducta como permitida o desaprobada no depende de la intención del autor.

Para Claus Roxín *hay exclusión de la imputación en caso de disminución del riesgo*. Expresa que ya de entrada falta una creación de riesgo y con ello la posibilidad de imputación si el autor modifica un curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, y por tanto mejora la situación del objeto de la acción.¹⁸ Indica Roxín que quien ve cómo una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro, y, aunque no la puede neutralizar, sí logra desviarla a un aparte del cuerpo para la que es menos peligrosa, a pesar de su causalidad no comete unas lesiones, al igual que tampoco las comete el médico que con sus medidas sólo puede aplazar la inevitable muerte del paciente. Con estos criterios, como ejemplos, Roxín, dice que ha de excluirse la imputación del resultado, porque sería absurdo prohibir acciones que no empeoran, sino que, mejoran el estado del bien jurídico protegido¹⁹

Además Roxín señala *sobre la exclusión de la imputación si falta la creación de peligro*. Enseña que:

¹⁷ Ibidem. p 119

¹⁸ op.cit. p.365

¹⁹ op. cit. p. 366

Hay que rechazar la imputación al tipo objetivo cuando el autor ciertamente no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado de modo jurídicamente considerable. A estos supuestos pertenece el ya mencionado caso de la tormenta, pero también otra incitación a realizar actividades normales y jurídicamente irrelevantes, como pasear por la gran ciudad, subir escaleras, bañarse, subir a la montaña, etc. Incluso aunque tales conductas en situaciones excepcionales puedan dar lugar a un accidente, el Derecho no toma en cuenta los mínimos riesgos socialmente adecuados que unidos a ellas, por lo que de entrada no es imputable una causación del resultado producida por las mismas. Como la provocación de una conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa no puede estar prohibida, no habrá una acción típicamente delictiva aunque excepcionalmente tal actuación sea causal respecto de una lesión de un bien jurídico. Y lo mismo sucede si un peligro ya existente no es incrementado de modo mensurable...²⁰

Como es lógico, dentro de su concepción, una conducta con la que no se pone en peligro de modo relevante un bien jurídico legalmente protegido, sólo podrá acarrear por casualidad el resultado, por lo que éste no se puede provocar finalmente de ese modo.

Además plantea que *aunque el autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante, sin embargo la imputación se excluye si se trata de un riesgo permitido*. Para Roxín el concepto de riesgo permitido es éste: una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo. Y dice:

Prototipo del riesgo permitido es la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico diario. No se puede negar que el tráfico diario constituye un riesgo

²⁰ op. cit. pp.366, 367

relevante para la vida, salud y bienes materiales, cosa que prueba irrefutablemente la estadística de accidentes. No obstante el legislador permite el tráfico viario (en el marco de determinadas reglas de cuidado) porque lo exigen intereses preponderantes del bien común. La autorización de la conducción automovilística se basa en una ponderación global, que (si se respetan todas las normas del tráfico) ya no deja surgir el tipo delictivo. Es decir, que la conducción de un automóvil está permitida aunque en el caso individual no persiga intereses superiores....²¹

En su obra magna (*Derecho Penal. Parte General. Tomo I Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*) Roxín analiza la realización del riesgo no permitido con estos considerandos:

- a) La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro;
- b) La exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido;
- c) La exclusión de la imputación en caso de resultados que no están cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado.

Así, con respecto al punto a), manifiesta que la imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por eso está excluida la imputación, en primer lugar, si, aunque el autor haya creado un peligro para el bien jurídico protegido, el resultado se produce, no como efecto de plasmación de ese peligro, sino en conexión causal con el mismo. Roxín señala, que aquí se cuentan sobretodo los casos en que un delito doloso en un primer momento se queda en fase de tentativa, provocando el resultado como consecuencia de un curso causal imprevisible, en caso de que la víctima de una tentativa de homicidio no muere en el propio atentado, sino en un incendio en el hospital. Así pues, en el caso de partida el autor ha creado ciertamente un peligro para la vida de la víctima y también ha causado su muerte; pero como no se le puede

²¹ op. cit. pp. 371, 372.

imputar ese resultado porque éste no supone la realización del peligro creado, sólo habrá cometido una acción homicida intentada, y no consumada, y esto no es un problema de dolo sino una realización del tipo objetivo²².

En cambio en el punto b) sobre la exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido, Roxín señala que en los casos de riesgo permitido la imputación al tipo objetivo presupone que se rebase el límite de la autorización y con ello la creación de un peligro no permitido. Señala:

Pero así como en la creación usual de peligro la consumación requiere además la realización del peligro, en caso de riesgo no permitido la imputabilidad del resultado depende adicionalmente de que en el mismo se haya realizado precisamente ese riesgo no permitido, y eso falta en muchos supuestos, en los que en concreto se puede volver a efectuar diversas graduaciones

En criterio de Roxín el caso relativamente más sencillo es el de que la superación del riesgo permitido sencillamente no repercute sobre el resultado en su concreta configuración, por ejemplo, el Director de una fábrica de pinceles suministra a sus trabajadoras pelos de cabra china para su elaboración, sin desinfectarlos previamente como estaba prescrito. Cuatro trabajadoras se infectan con bacilos de carbunco y mueren. Una investigación posterior da como resultado que el desinfectante prescrito hubiera sido ineficaz contra ese bacilo no conocido hasta ese momento en Europa. Manifiesta Roxín que aquí el autor al omitir la desinfección, en un enjuiciamiento *ex ante* ha creado un gran peligro, pero el mismo, como posteriormente se ha podido comprobar, no se ha realizado, si se le imputara el resultado, se le castigaría por la infracción de un deber, cuyo cumplimiento hubiera sido inútil y eso lo prohíbe el principio de igualdad, pues si el curso de los hechos coincide totalmente con el que se hubiera producido manteniéndose dentro del riesgo permitido, tampoco se puede manejar de modo distinto la imputación del resultado. Por tanto si el fabricante hubiera tenido dolo homicida sólo

²² op.cit. p. 373

podría ser castigado por tentativa; y, en el caso más verosímil de mera imprudencia se produciría la impunidad.²³

Por último, para el doctrinario alemán, también hay casos en los que la superación del riesgo permitido de entrada ha aumentado claramente el peligro de un curso del hecho como el que luego se ha producido, pero pese a ello no puede tener lugar la imputación del resultado. Y pone los siguientes ejemplos: 1) dos ciclistas marchan de noche uno tras otro sin alumbrado en las bicicletas. El ciclista que iba adelante, debido a la falta de iluminación, choca con otro ciclista que venía de frente. El accidente se podría haber evitado sólo con que el ciclista de atrás hubiera llevado su vehículo con iluminación. -2) Un dentista le extrae dos muelas a una mujer bajo anestesia total, y ésta muere de un fallo cardíaco. Aunque ella le había avisado antes de que tenía "algo en el corazón", el dentista había omitido hacer intervenir a un internista, como requería el cuidado debido. Sin embargo, se puede suponer que en la exploración por un internista no se habría descubierto la dolencia cardíaca; pero lo que sí es cierto es que, debido al retraso que hubiera causado el reconocimiento por el internista, la mujer en todo caso hubiera muerto más tarde. En estos casos, expresa Roxín, la conducción prohibida del segundo ciclista con una bicicleta sin alumbrado ha aumentado considerablemente el peligro de que el primer ciclista causara un accidente, al igual que desde el principio era reconocible que la intervención de un internista como mínimo aplazaría los riesgos de una intervención. Pese a todo no tiene sentido la imputación del resultado: pues el fin del precepto que impone la iluminación que impone la iluminación consiste en evitar accidentes que procedan directamente de la propia bicicleta, pero no en que se ilumine a otras bicicletas y se eviten sus choques con terceros; e igualmente, el deber de consultar a un internista no tiene la finalidad de provocar un aplazamiento de la intervención y de ese modo prolongar al menos a corto plazo la vida del paciente. Por eso no se ha realizado el peligro que quería prevenir el precepto de cuidado infringido, y ahí fracasa la imputación del resultado. Manifiesta Roxín, que sólo hay que ser consciente que en la realización del riesgo no permitido se trata siempre del fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido (del mandato de iluminación, del deber de consultar a

²³ op.cit. pp.. 375, 376

un médico especialista, etc) y no del fin de protección del tipo penal. En cambio, los casos propiamente dichos de exclusión de la imputación por el fin de protección del tipo son aquellos en que la norma típica (la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.) no abarca de antemano determinadas conductas y consecuencias.²⁴

En resumen la posición de Roxín se sintetiza en el sentido de que para este autor siendo que el Derecho penal sirve para la protección subsidiaria de bienes jurídicos, éste no tiene como finalidad la protección de todo bien jurídico. Y dice Roxín: “Cuando uno se pregunta cómo es que se puede lograr la protección de bienes jurídicos a través del derecho penal, la respuesta resulta lógica y evidente: si se prohíbe superar los límites del riesgo tolerado para proteger los bienes jurídicos y alguien supera mediante su actuar los límites permitidos del riesgo y éste se realiza en el resultado, entonces se es autor de un hecho prohibido” Por lo que el pensamiento básico para Claus Roxín, de la teoría de la imputación objetiva es que un sujeto es autor de un injusto penal cuando, sin estar amparado por una causa de justificación, ha creado un riesgo no permitido para un bien jurídico penalmente protegido y este riesgo se ha realizado en un resultado prohibido.²⁵

Para Roxín, en suma: en la categoría del injusto se plasma el fin político-criminal del derecho penal que se traduce en la protección subsidiaria de bienes jurídicos. “De la concepción que sostiene la protección de bienes jurídicos –alega– se deriva la teoría de la imputación objetiva, a través de la cual sólo se prohíbe crear riesgos no permitidos para bienes jurídico-penalmente protegidos, y conforme a la cual, procede imputar al autor el daño causado al bien jurídico, siempre que éste sea el reflejo de la creación previa de un riesgo no permitido. En torno al principio del riesgo no permitido, resulta indispensable realizar una ponderación de intereses respecto de cada bien jurídico penalmente protegido, en la cual juegan un papel fundamental los intereses de seguridad y la libertad. Todas estas tesis se fundamentan en una premisa político-criminal y tienen un sustento en consideraciones orientadas al fin

²⁴ Roxín op. cit. pp. 377, 378

²⁵ Claus Roxín. “Evolución y modernas tendencias de la Teoría del delito en Alemania”. Ujjus. México. 1era reimpresión de la 1era edición. 2009. p. .20 y sgte.

del derecho penal. De ahí que desde los fundamentos, se distinga el sistema por mí propuesto y otros esfuerzos de sistematización hechos en el pasado, basados en los hallazgos objetivos y subjetivos del Ser.”²⁶

La imputación objetiva según Gunter Jakobs.-

Para Jakobs el fin primordial de la pena es la prevención general positiva, es decir, que la sanción busca garantizar las expectativas sociales esenciales a través del ejercicio en el reconocimiento de la norma. La pena sirve para confirmar la confianza en la vigencia de la norma, a pesar de la ocasional infracción que cometa el agente del delito, además esa sanción pretende lograr el “ejercicio en la fidelidad hacia el derecho”, y finalmente, aparece la conexión existente entre la conducta atentatoria de la norma y la obligación de soportar las consecuencias, que el profesor alemán llama: “ejercicio en la aceptación de los costes”²⁷. Es que para el autor alemán, el bien jurídico penal es siempre la vigencia efectiva de la norma, y ese concepto puede derivar de lo afirmado por su profesor Welzel de la siguiente manera: “Más esencial que la protección de los bienes jurídicos concretos es la misión de asegurar la vigencia (observancia) de los valores de acción de la actitud jurídica” y, dentro de la teoría del delito para el eminente alemán, la teoría de la imputación objetiva cumple una función primordial que permite determinar los ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, así faculta constatar cuándo una conducta tiene carácter (objetivamente delictivo). Por ello, para este autor la teoría se divide en dos niveles: a) la calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento); y, b) la constatación –en el ámbito de los delitos de resultado- de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado).

Leamos lo que dice el propio Jakobs:

²⁶ Claus Roxín, en la conferencia que dictó en México el 25 de Octubre de 2007. En obra arriba citada. P. 22 y 23.

²⁷ Jesús Alberto Gómez Gómez. La Estructura de la Conducta de la Imputación Objetiva. Segunda edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005

Lo que caracteriza el comportamiento humano, jurídico – penalmente relevante no es que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos –esto también se produce por catástrofes naturales, animales, etc-, sino su significado: contiene el esbozo de un mundo. Este significado ha de averiguarse a través de una interpretación que parta de la comprensión general y proceda en este sentido, de modo objetivo; pues sólo entonces las conclusiones alcanzadas resultarán comprensibles en la vida social y serán algo más que una peculiaridad individual. *Los fundamentos de esta interpretación, es decir la averiguación y la fijación de lo que significa un determinado comportamiento, desde el punto de vista social, constituyen el objeto de la teoría de la imputación objetiva* ²⁸

Por todo ello, piensa Jakobs que “el principio fundamental de esta teoría es el siguiente: el mundo social no está ordenado de manera cognitiva, con base en relaciones de causalidad, sino de manera normativa, con base e incompetencia, y el significado de cada comportamiento se rige por su contexto. Por lo tanto, el hecho de que un comportamiento cause de modo cognoscible un resultado pernicioso, per se, no quiere decir nada, pues puede que en el contexto el suceso le competa a otra persona. En este sentido, y a modo de ejemplo, dice Jakobs que, la producción masiva de automóviles también causa accidentes de tráfico y casos de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, y ello, además, de modo perfectamente previsible, pero sin que respondan sin más los productores. Asegura el autor que estudiamos que, simplificando, se trata de delimitar el comportamiento socialmente adecuado y el comportamiento socialmente inadecuado y que una vez realizada esta delimitación, queda claro qué comportamiento se exige en cada contexto de una persona. Según Jakobs si la persona no cumple con esa exigencia, su comportamiento tiene un significado delictivo. Aquí aparecen sin lugar a duda la teoría de los roles.”²⁹

²⁸ Günther Jakobs. La imputación objetiva en derecho penal. Universidad Externado de Colombia, 1998

²⁹ Ibidem.

El autor alemán que estudiamos sostiene que ésta teoría se ocupa de la determinación de las propiedades objetivas y generales de un comportamiento imputable, y expresa que:

Especialmente en los delitos de resultado surge la necesidad de desarrollar reglas generales de imputación objetiva, por el siguiente motivo: la ley menciona solo la causación de un resultado, pero esta causación sólo puede bastar si es jurídicamente esencial. El carácter esencial falta no sólo cuándo se pone de manifiesto, en relación con el tipo subjetivo, que el resultado no era subjetivamente evitable, sino que falta ya cuándo el autor no es responsable de aquello a lo que da lugar. Ejemplo: El organizador de una verbena no es responsable de las diversas infracciones penales que tenga lugar en su transcurso (tráfico de drogas, lesiones, injurias, conducción en estado de embriaguez, salida de establecimientos de hostelería sin pagar las consumiciones) o al menos no responsable ya por el mero hecho de haber organizado la verbena ³⁰

La mayoría de los doctrinarios que estudian este tema establecen que a criterio de las tesis normativistas de Jakobs, ésta teoría tiene cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de establecerse el juicio de tipicidad: a) el riesgo permitido. Aquí se parte de una definición claramente normativa del "riesgo", desligada de probabilidades estadísticas de elección. Para Jakobs todo contacto social entraña un riesgo, incluso cuando todos los intervinientes actúan de buena fe. Dice Jakobs que a través de un apretón de manos, a pesar de todas las precauciones, una infección; en el tráfico rodado puede producirse un accidente que era inevitable; un alimento servido por alguien puede estar en mal estado si que sea posible percibirlo. Y que nadie puede vivir como un ermitaño fuera del contexto social, al menos esa es la regla general. Y dice el genial autor alemán "que no es posible una sociedad sin riesgo y no se plantea seriamente la renuncia a la sociedad, n puede haber una garantía normativa de total ausencia de riesgo, sino que, por el contrario, el riesgo

³⁰ Günther Jakobs. Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Marcial Pons, 1997

inherente a la configuración social irremediablemente ha de tolerarse y ello como *riesgo permitido*.³¹

Se puede definir el riesgo permitido como el estado normal de interacción, es decir como el vigente status quo de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, hasta el punto que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica; dicho de otro modo, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación. b) el principio de confianza. Determina cuándo existe, con ocasión del desarrollo de una actividad generadora de un cierto riesgo (permitido), la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también intervienen en dicha actividad (de modo que si no se procediera así, el riesgo dejaría de ser permitido), y cuando se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos. Jakobs sostiene que cuando el comportamiento de los seres humanos queda entrelazado, no forma parte del rol del ciudadano controlar permanentemente a todos los demás; de otro modo, asegura el autor, no podría haber reparto del trabajo. Por eso existe un principio de confianza.

Günther Jakobs dice al respecto sobre el principio de confianza:

En determinados ámbitos –pero sólo en determinados ámbitos– También cabe vincular el principio de confianza a la idea de protección de bienes jurídicos. Quien siempre está controlando a otros. No puede concentrarse plenamente en su propia tarea y por ello en la mayoría de las ocasiones pierde más respecto de la realización de ésta, de lo que gana a través del control de otros. Pero esto no es la única razón, ni siquiera la razón fundamental. Esta, por el contrario, estriba en que el otro es a su vez un sujeto responsable. La idea de responsabilidad quedaría destruida si el otro fuese concebido de modo exclusivamente cognitivo y no, también, como sujeto responsable. El principio de confianza puede aparecer de dos

³¹ Günther Jakobs. La imputación objetiva en derecho penal. Universidad Externado de Colombia, 1998

modalidades. En primer lugar, se trata de que alguien, actuando como tercero, genera una situación que es inocua, si el autor que actúa a continuación cumple con sus deberes. En este caso, la confianza se dirige a que el autor realizará su comportamiento de modo correcto. Un ejemplo trivial: alguien le da a otra persona un reloj ajeno de gran valor; esto sólo dejará de producir un daño si quien lo recibe lo coge con cuidado. En el caso normal, puede confiarse en que así suceda. En segundo lugar, la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada correctamente por parte de un tercero, de modo que quien hace uso de ella, el potencial autor, si por su parte cumple con sus deberes, no genere daño alguno. De nuevo un ejemplo: el cirujano confía en que las herramientas que utiliza en la operación hayan sido esterilizadas correctamente³²

Según Jakobs al igual que el riesgo permitido, también el principio de confianza aparece en todos los ámbitos vitales, puesto que prácticamente en todas partes cabe encontrar organización en régimen de reparto de tareas. Dice que, en este sentido, puede que se trate de un reparto de trabajo muy denso –en el equipo de cirujanos, en la carlinga de un avión- o más bien laxo –así, en el tráfico rodado, por ejemplo, en lo que se refiere a la confianza en que el sujeto obligado a respetar la preferencia efectivamente cederá el paso, y que no cabe imaginar una sociedad sin este punto de partida³³ En otras palabras, al decir de Gómez Gómez, el principio de confianza, nos posibilita la división del trabajo social, mediante el reparto de las responsabilidades, exceptuando a las personas que no tienen capacidad para responder. Así, el cirujano tiene deberes de vigilancia sobre el galeno asistente no experimentado, y por eso tiene que dar órdenes sin descuidar su cuota personal de trabajo, aunque puede alegar el principio de confianza, si a pesar de ello el auxiliar no cumplió con su rol³⁴

³² Gunther Jakobs. "La Imputación Objetiva en Derecho Penal." p. 34 y 35

³³ op.cit. p. 35

³⁴ Jesús Alberto Gómez Gómez "La Estructura de la Conducta y la Imputación Objetiva" p. 130

Manifiesta Jakobs finalmente que el principio de confianza significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza a confiar en su comportamiento correcto (entendiéndolo no como suceso psíquico, sino como *estar permitido* confiar). Dice que este principio de confianza no es sólo un supuesto particular del riesgo permitido, sino también de la prohibición de regreso, que veremos después. Asegura Jakobs que no se trata únicamente de que las personas, en acciones comunes o contactos anónimos, puedan ser factores perturbadores al igual que los procesos naturales impredecibles (en esta medida riesgo permitido), sino que también se trata de la responsabilidad de estas personas por sus fallos (en esta medida, prohibición de regreso). Dice que mientras en el riesgo permitido cabe definir un conflicto como fallo del autor, o de la víctima, o como desgracia, en la prohibición de regreso se añade la posibilidad de definir el conflicto como fallo del tercero interviniente; esta posibilidad de tratar un conflicto podría formar la raíz principal del principio de confianza.³⁵

Otro principio fundamental de esta teoría, en el marco del análisis Jakobiano, es la Prohibición de Regreso. Con este principio pretende el autor enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. La prohibición de regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamientos imprudentes como dolosos, con base a criterios objetivos-normativos. De ese modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación punible. Por eso dice Günther Jakobs que la responsabilidad por un delito de resultado mediante comisión decae cuando una acción llega a ser causal de un resultado típico sólo porque un tercero desvía, sin relación con el agente las consecuencias de la acción hacia el daño, y da un ejemplo: el deudor paga su deuda y el acreedor compra con ese dinero, tal como sabía el deudor, un arma y mata a una persona del modo que también preveía el deudor; aquí, según Jakobs, no cabe apreciar complicidad del deudor en el homicidio, toda vez que se trata del ámbito de la *prohibición de regreso*. Además para el autor que analizamos, la limitación de responsabilidad afecta naturalmente también a los hechos imprudentes, por ejemplo, en el

³⁵ Gunther Jakobs. "Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación". pp. 253, 254

caso acabado de mencionar falta el dolo, pero no la previsibilidad del curso causal, el que realiza el pago tampoco responderá por homicidio imprudente³⁶

En otras palabras, el principio de prohibición de regreso indica que la actuación no dolosa en delitos dolosos es impune. La prohibición de regreso se da cuando aparecen varias personas aparentemente involucradas, y así, si el deudor paga al acreedor y éste utiliza este dinero para traficar estupefacientes o cometer un cohecho, aunque el primero lo sepa no tiene nada que ver con lo que haga el segundo con su plata, porque quien se comporta de modo socialmente adecuado no responde por las consecuencias que otro de a los acontecimientos.³⁷ Dice Jakobs que la prohibición de regreso no deroga deberes *existentes*, sino que sólo establece que el comportamiento actual es *per se* insuficiente para generar responsabilidad³⁸

Según el autor que estudiamos:

La responsabilidad jurídico-penal siempre se fundamenta en el quebrantamiento de un rol. Entre los roles de cuya infracción se trata cabe diferenciar fácilmente dos clases. Por un lado, se trata de roles especiales que una determinada persona ostenta porque debe configurar junto con otras personas un mundo común más o menos completo; este es el caso, por ejemplo, del rol de padre – los padres deben formar con los hijos un conjunto- , o del rol de cónyuge – junto al esposo o a la esposa ha de construirse un mundo conyugal común- , o el de los servicios de urgencia – deben actuar en caso de necesidad por quien no está en condiciones de ayudarse a sí mismo. Estos roles cuando adquieren relevancia jurídica siempre son segmentos referidos a personas de aquellas instituciones que dan a la sociedad su configuración fundamental específica, que se considera indisponible en el momento actual, refiriéndose lo específico de esta configu-

³⁶ op. cit. pp. 259, 260

³⁷ Gómez Gómez.op. cit. p. 132

³⁸ Gunther Jakobs "La Imputación Objetiva en Derecho Penal" p 88

ración a que concurren además de la juridicidad de la constitución de la sociedad, que se toma como presupuesto. Se trata por ejemplo, de la relación entre padres e hijos (aún), del matrimonio, del estado como corporación de protección dotada de un monopolio de violencia, etc.³⁹

Distingue Jakobs, que los titulares de roles de esa índole responden al quebrantarlos, generalmente a título de autores, ya que deben a la víctima de manera directa el mantenimiento del ámbito común. En este sentido, por ejemplo, el tutor responde como autor de administración desleal tanto cuando dispone el mismo ilegítimamente de la fortuna de su tutelado, como si induce a un amigo suyo a hacerlo, como si no impide a una tercera persona realizar el acto de disposición: también en los últimos dos casos, no es el carácter conjunto de su comportamiento respecto de la actuación de quien dispone del patrimonio protegido, sino la competencia inmediata respecto de ese patrimonio lo que fundamenta la responsabilidad. En el ámbito de estos delitos, de los delitos de deber, sólo cabe la responsabilidad a título de partícipe cuando quien se halla obligado por el deber especial carece de un elemento especial de autor.

Es importante señalar que *la prohibición de regreso* la trata Jakobs dentro de la teoría de la autoría y de la participación. Por ello, se considera, por algunos autores, que es una figura autónoma. Así Yesid Reyes Alvarado dice que la importancia de la prohibición de regreso dentro de la teoría de la imputación objetiva es limitada como figura autónoma, puesto que su funcionamiento está determinado por los presupuestos de riesgos jurídicamente desaprobados y su realización en los resultados penalmente relevantes; dice Reyes:

“Siendo entonces una figura que dentro de la imputación objetiva carece de significación autónoma, consideramos conveniente analizarla dentro de las particularidades de la realización de riesgos, advirtiendo así, que esa prohibición de regreso puede ser aplicada respecto de todas las modalidades delictivas, por constituir parte de una imputación

³⁹ *Ibidem*. pp. 73, 74

objetiva entendida por nosotros como uno de los pilares de la teoría general del delito”⁴⁰

Ahora bien, para el eminente profesor alemán, los criterios de la imputación objetiva en su conjunto cabe reconducirlos a dos raíces y tienen dos contenidos distintos. “Por una parte, dice, se trata de la finalidad propia del Derecho Penal de garantizar la seguridad de las expectativas, ya que de esta finalidad de la regulación se deriva que el comportamiento adecuado socialmente no se puede imputar como injusto, ni siquiera aún cuando tenga efectos dañosos por un desgraciado encadenamiento de circunstancias. La realización de la conducta socialmente adecuada está permitida”. E insiste Jakobs que la teoría de la imputación objetiva sirve a la forma de regulación predominante en Derecho Penal, la de los delitos de resultado⁴¹

Otro principio cardinal que estima Jakobs, dentro de la teoría que analizamos es la actuación a riesgo propio de la víctima o competencia de la víctima: mediante esta institución Jakobs propone tener en cuenta la intervención de la víctima en el suceso. Aquí esta doctrina (de la imputación objetiva) implica la introducción de elementos valorativos que determinan cuáles son los límites de la libertad de actuación, implica, indudablemente, el establecimiento de esferas de responsabilidad. Dice Gómez Gómez, autor que seguimos en esta parte, que el fundamento conocido como autorresponsabilidad de la víctima, parte del concepto constitucional, según el cual ella tiene capacidad para autodeterminarse, y si la víctima ha intervenido junto al tercero en la actividad generadora del riesgo, éste no deberá responder, pues no lo podemos hacer responsable de lo realizado por una persona a quien nadie obligó a arriesgarse. Es decir, la víctima es un sujeto responsable. Por ello se afirma que es mejor hablar de “imputación a la víctima” que “autopuesta en peligro” como dice Roxín, ya que la conducta del tercero es atípica, al atribuir lo sucedido al ámbito de responsabilidad de la víctima⁴²

⁴⁰ Yesid Reyes Alvarado: “Imputación Objetiva” p. 331

⁴¹ Gunther Jakobs “Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”. p. 225

⁴² Jesús Alberto Gómez Gómez. “La Estructura de la conducta y la Imputación Objetiva” p. 133

Para Jakobs, este principio implica que quienes se arriesgan en una aventura en caso de producirse un daño, no pueden invocar que los demás deberían haber tenido cuidado de él, “pues tan tutela frente a una persona responsable sería incompatible con la conexión negativa en cuanto relación entre iguales”

Gómez en la obra ya señalada dice que, a manera de ejemplo, si un sujeto mantiene relaciones sexuales con una prostituta callejera, y de ese contacto surge el contagio de una enfermedad de transmisión sexual, la actividad conjunta realizada, que conlleva objetivamente el riesgo de infección hace que el suceso se le impute a la víctima ⁴³.

Criterios de Eugenio Raul Zaffaroni.-

Para el eminente penalista argentino reconocer la existencia no significa plegarse a ninguna teoría de la imputación objetiva, “si por tal se entiende el ensayo de hallar un criterio único que aspire a resolverlos todos y en todas las formas típicas (dolosas y culposas, activas y omisivas)” ⁴⁴ Zaffaroni critica tanto la teoría del riesgo de Roxín como la teoría de los roles de Jakobs, expresando que:

La principal contradicción de estas teorías finca en que, al fundarse en criterios preventivistas, legitiman el poder punitivo y, por ende, más allá de que algunas soluciones sean correctas, dejan abierta la puerta para una ampliación del poder punitivo. Basta pensar en la inmensa proyección de fórmulas básicas tales como el rol de buen ciudadano o el aumento del riesgo. Por otra parte, si se compara el ámbito prohibitivo que parece significar el no mataras con el que surgiría del respetaras el rol de buen ciudadano o no aumentarás el riesgo de muerte, parece al menos extraño que pretenda delimitarse una formulación legal mediante conceptos que tienen un significado semántico prohibitivo a todas luces mucho más amplio.

⁴³ Jesús Alberto Gómez Gómez. op. cit.

⁴⁴ Eugenio Raul Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. “Derecho Penal Parte General”. p. 445

Zaffaroni cuestiona duramente al funcionalismo, en sus dos vertientes (la de Roxín y la de Jakobs) y establece que cabe observar que no existe una estricta explicación del concepto de *riesgo* dentro de esta teoría y, en general, en todo el planteo de las teorías de la imputación objetiva, y dice, que estas toman como equivalentes *riesgo* y *peligro* y siempre son concebidos *ex ante*, con lo cual siempre remiten al futuro, con el compromiso que eso importa al principio de lesividad, que en Roxín es menos evidente que en otros autores que rechazan la regla de la realización del riesgo en el resultado. Afirma categóricamente Zaffaroni que en Sociología se ha distinguido entre *riesgo* como *peligro que se calcula para disminuirlo*, y *peligro*, que puede o no ser calculable, y que, desde esta perspectiva, sería una contradicción afirmar que hay aumentos del riesgo: sólo habría aumentos del peligro, y que, por ejemplo, tampoco sería posible afirmar que en el homicidio doloso se aumenta el riesgo de muerte, cuando en realidad se materializa un resultado de muerte⁴⁵.

El eximio penalista argentino critica objetivamente, además, la posición de Jakobs, con su tesis de los roles, que es el fundamento principal de su teoría de la imputación objetiva. Anota que el criterio limitativo en función de los roles pareciera ser más reductor del poder punitivo, esto es sólo una apariencia que no toma en cuenta datos de la realidad. Expresa que la pretensión de que el autor del delito no incurre en tipicidad objetiva en la medida en que no defrauda su rol, lejos de ser reductora del poder punitivo, como a primera vista puede pensarse, es *altamente reforzadora de la violencia y de la selectividad del poder punitivo*, porque en la práctica estará casi reservada a los funcionarios estatales que lo ejercen, en particular cuando ellos mismo son los que, desde la perspectiva de esa tesis, están defraudando sus roles. Para Zaffaroni, sostener lo contrario es olvidar toda la experiencia violenta del siglo XX, donde las guerras dieron lugar a un cambio tecnológico fundamental en la agresión estatal masiva, y cree que la consecuencia de limitar la imputación en base a roles fijos y abstractos sería la garantía de impotencia frente al propio poder punitivo descontrolado, que hoy se ejerce mediante reparto de roles en abstracto inocuos y en concreto homicidas.⁴⁶

⁴⁵ op.cit. p. 450

⁴⁶ op.cit, p. 454

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, tanto el aumento del riesgo como el quebrantamiento de los roles –dos tesis que no pueden superar los estrechos marcos que impone el modelo del disvalor de acción como núcleo del injusto- son intentos de imputar en base a teorías preventivistas de la pena, que no sólo tienen como matriz común la teoría imperativa de las normas sino que además no hacen otra cosa que anticipar todo el ejercicio de poder punitivo a estadios previos anteriores a la lesión, sea a través del modelo de la tentativa inidónea dolosa, la tentativa imprudente o la omisión, con lo que se regresa a un equivalente funcional de la peligrosidad del viejo positivismo, donde el peligro no surge de datos del cuerpo, aunque ello se mantenga para la selectividad, sino de la amplitud de su libertad que se convierte en una fuente de riesgo, y al Derecho Penal en un simbólico y material de configuración y normalización de lealtades dudosas. Por ello, Zaffaroni, concluye que se trata, en suma, de diferentes modos de derivar consecuencias para el tipo objetivo a partir de estas teorías de la pena o, lo que es lo mismo de un diseño preventivo/imperativo de norma penal⁴⁷ Agrega que:

La diferencia estriba en que Roxín, aunque reformula la norma (*no matarás* pasa a ser *no aumentarás el peligro para la vida*) ,sigue teniendo como base el bien jurídico afectado; pero con Jakobs –al igual que en el desvalor de acto- el bien jurídico se opaca completamente, para Jakobs el rol, entendido como deber jurídico, tiende a convertir a todos los tipos en infracciones de deber o a considerar que la confianza de los demás en cuanto al cumplimiento del deber es el único bien jurídico; la función preventiva se limitaría a reafirmar los roles mediante la pena. Todo ello sin contar con que, al transferir la estructura omisiva a la tipicidad activa, provoca una generalización del conocido fenómeno de mayor amplitud semántica de la prohibición cuando se invierte el enunciado en preceptivo, razón por la cual luego se ve necesitado de ensayar un complicadísimo y casuístico arsenal de limitaciones; entre ellos, la creación de una situación de garante para cada situación, lo cual culmina ⁴⁸ en una

⁴⁷ op.cit, p. 454

⁴⁸ op.cit. p. 455

contradicción: apela a una fórmula general válida para la omisión propia como límite para la impropia tipicidad omisiva, pero en el ámbito de la tipicidad activa. De allí que, en cierto momento se refiera a omisiones propias cometidas activamente

Se ha determinado que una de las características más destacadas de la evolución de la discusión dogmática de las últimas décadas es la tendencia hacia la normativización de los distintos elementos de la teoría del delito que se configuran de acuerdo con la función que deben cumplir. Específicamente, respecto de los delitos de resultado, se asegura que para la construcción dogmática debe ser evidente que la causación evitable de una lesión no puede bastar, ya en un plano objetivo para dar lugar a una desvaloración jurídico – penal de la conducta en cuestión. Se dice que dentro de la teoría del tipo objetivo no todo es asunto de todos como asegura Jakobs, o en otras palabras no todo causante del hecho realiza el tipo. Y ello no se debe a razones que dependen del dolo del sujeto, sino al significado objetivo del verbo típico. Para matar es preciso no solo causar la muerte, sino que esa muerte pueda imputarse objetivamente al sujeto como su autor, es decir, como hecho suyo, como pertenecientes a él.

Por ello, en el marco de esta teoría, sólo puede resultar objetivamente imputable un resultado, si 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. Con la concreción de esta teoría se pretende resolver muchos supuestos que desde hace años presentan dificultades para su tratamiento jurídico-penal Y esta tesis o teoría se configura como un elemento fundamental de una concepción funcional de la teoría del delito. Roxín estructura o vincula esta teoría sobre el principio del riesgo de la manera siguiente: Un resultado causado por el sujeto que actúa sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción 1) cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto 2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo. Sobre esta base Roxín, propuso para determinar el juicio de imputación objetiva del resultado los siguientes a) la disminución del riesgo; la creación o no creación de un

riesgo jurídicamente relevante; el incremento o falta de aumento del riesgo permitido y d) la esfera de protección de la norma.

Sobre esta base los doctrinarios sostienen, de manera mayoritaria que esta teoría de la imputación objetiva, la conciben como una teoría de imputación *del resultado*. Pero a pesar de ello, también otros autores, entre ellos Jakobs, ha propuesto orientar la teoría 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. Y todo ello en el marco de las corrientes jurídico-dogmáticas funcionales de los últimos años. En síntesis toda la teoría que hemos analizado 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; y, 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 casualmente a esa conducta puede reconducirse normativamente a ésta, es decir, si también el resultado es típico. Por ello se dice que la doctrina de la imputación objetiva responde a dos niveles de análisis: imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado.

En la imputación del comportamiento ha de comprobarse que la conducta del agente responde a los parámetros normativos generales del tipo objetivo. Las características generales se resumen en tres instituciones *dogmáticas*, que hemos estudiado anteriormente: *riesgo permitido*, *prohibición de regreso e imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima*. En la imputación objetiva del resultado se explica el resultado lesivo producido; y ello entraña, que sólo podrá considerarse el resultado como 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.

La afirmación fundamental de Jakobs en esta teoría son sus niveles de análisis que parten de la premisa que el fin principal de la pena es la prevención general positiva, es decir que la sanción busca garantizar las expectativas sociales esenciales. La pena confirma, según, este autor, la confianza en la norma, y por ende, la sanción penal pretende lograr el

“ejercicio en la fidelidad hacia el derecho”, por eso que para Jakobs el bien jurídico penal es siempre la vigencia efectiva de la norma. En esta tendencia se configura lo esencial de Jakobs, su aportación a la teoría que estudiamos, que son las cuatro instituciones a través de las cuales debe realizarse el juicio de tipicidad: riesgo permitido, principio de confianza, actuación a riesgo de la víctima y prohibición de regreso.

Creemos que la teoría jurídica del delito, tiene como objeto fundamental explicar qué es el delito y cuáles deben ser las características que debe tener un comportamiento para ser considerado punible. Y por ello, se considera básico que todas las doctrinas y teorías dogmáticas, y por ende, específicamente la teoría de la imputación objetiva, se encuadran o insertan, dentro del estudio de la Teoría del delito. Por ello, sostenemos, y hemos probado en este trabajo, que la teoría de la imputación objetiva se inserta en el elemento de la tipicidad del delito, es decir, es exacta la idea de que sólo son típicos aquellos comportamientos que la ley describe en un precepto legal, y por ello decimos, que un comportamiento del mundo real es típico, cuando coincide con el descrito en la norma. En los llamados delitos de mera actividad (por ejemplo, El delito de evasión), que son los delitos que se satisfacen con mera conducta del sujeto, no existe mayor dificultad, toda vez que la comprobación es fácil; pero en los delitos de resultado, es decir aquellos en los que es necesario que la acción se concrete o enlace en un resultado, como el delito de homicidio, esta comprobación no es tan fácil, en virtud de que aquí es necesario demostrar que ha sido el comportamiento del sujeto el que ha producido el resultado. Discutir este tema en la doctrina del Derecho Penal constituyen las llamadas teorías de la causalidad, y tenemos algunas de ellas: a) teoría de la condición o equivalencia, b) teoría de la adecuación, c) Teoría de la relevancia, d) Teoría de la adecuación social.

En la moderna ciencia del Derecho Penal, si bien se considera que la relación de causalidad es necesaria e indispensable para considerar que un resultado es típico, es decir que corresponde con el que la norma prohíbe, dicha relación de causalidad, por sí misma no es suficiente. (así lo admite el eminente jurista Willman Durán Ribera). Para este autor, se asegura en la doctrina que en los delitos de resultado, la causalidad es necesaria pero no suficiente, dado que se requiere para considerar un resultado como prohibido, además de la relación de causalidad, la imputación objetiva del resultado. ¿Qué significa esto? Significa que para

que se responda por un resultado, es necesario que más allá de que el comportamiento lo haya causado, que dicho comportamiento constituya la explicación de ese resultado. Bajo esta óptica, lo más importante no es si la acción del sujeto causó el resultado, sino, si podemos considerar dicha acción como explicación del mismo. Y es que sucede –como señala Günther Jakobs- que hay tres posibilidades –acumulables– para explicar a través de la imputación un curso lesivo. La primera de las posibilidades consiste en imputar el resultado lesivo a la propia víctima. Por ejemplo, quien manosea una nueva máquina peligrosa crea el riesgo de sufrir un daño, significando esto que quien pone en funcionamiento máquinas nuevas debe preocuparse de que ningún curioso se lesione. Por último cabe imputar a terceros. (por ejemplo a quien diseñó la máquina por no haberse ocupado de que todas las piezas peligrosas sean seguras, cualesquiera sean las condiciones de funcionamiento). Estas explicaciones admiten ser combinadas, pero cabe también una última posibilidad y es que el resultado se explique sin imputación, es decir que no pueda atribuírsele a nadie, sino al destino (por ejemplo, la máquina se diseñó bien, se puso correctamente en funcionamiento y la víctima actuó por curiosidad sólo que tuvo mala suerte, puesto que evitar todas las desgracias resulta imposible). En este caso no hablamos de imputación ⁴⁹ La teoría de la imputación objetiva desarrolla los criterios que permiten soluciones aceptables.

En definitiva la teoría de la imputación objetiva tiene básicamente por objeto de que en todo tipo penal existen cualidades objetivas. Se parte de dos ideas básicas: A) El resultado sólo debe ser imputado cuando la acción generadora del peligro sobrepase el riesgo permitido. B) Se conceptualiza el riesgo permitido como la determinación descontextualizada de ámbitos de responsabilidad, “de riesgos” (comportamientos peligrosos) que están dentro del ámbito de libertad de los ciudadanos. Ponemos un ejemplo que los doctrinarios lo utilizan siempre: El automovilista que se comporta conforme a las reglas del tránsito (tráfico) y a pesar de ello se ve envuelto en un accidente en el que muere una persona. No es que haya matado en el sentido del tipo sin dolo o sin culpa, sino que no ha matado en el sentido del tipo activo, ya

⁴⁹ Willman Ruperto Durán Ribera. Artículo en Internet: “La moderna Teoría de la Imputación Objetiva”

que el tipo no prohíbe conducir conforme a las reglas del tránsito, y ello con independencia de cuál sea la representación psíquica del sujeto; esto significa que así el sujeto se haya representado la posibilidad de matar y realmente mata, el comportamiento no es típico, por cuanto no llena las exigencias del comportamiento del tipo objetivo.

Cuándo se traspasa el ámbito del riesgo permitido? En los delitos de lesión, para que la acción sea considerada como típica, es preciso que “ex ante” sea previsible que la acción causaría el resultado. Toda actividad humana, genera riesgos, comportamientos peligrosos, pero tolerados. y nuestra doctrina ha demostrado inequívocamente que sólo aquellos comportamientos que crean un riesgo jurídicamente desaprobados (porque van más allá del nivel de riesgo permitido) , pueden ser objeto de valoración jurídico-penal. Sólo los comportamientos desaprobados por el sentido de la norma pueden conformar la materia de prohibición (pueden ser considerados típicos). Así, si el comportamiento ha creado un peligro, pero ese peligro no ha sido el que la norma ha querido desaprobado, faltaría ya el presupuesto básico, para formular el juicio de imputación. Por ejemplo: Si un conductor circula a una velocidad no permitida en las proximidades de un colegio y mata a un suicida que se arroja ante su vehículo. Ahí se están dando todos los elementos expresos integrantes de la tipicidad del homicidio imprudente, en cuanto a que una acción negligente ha sido causante de un resultado típico. Sin embargo, un elemental análisis del fin de esa regla de circulación con la que se conecta el tipo del homicidio imprudente (la ley establece que la velocidad debe reducirse en las proximidades de los colegios en las horas de entrada y salida), nos indica que el sentido del precepto legal, no es el que de que se quiera evitara atropellos o muertes o suicidas, de ahí que esa muerte aparentemente típica, no sea objetivamente imputable al autor. Esa es la función primordial que cumple la imputación objetiva, la de integrar elementos del tipo no descritos en la ley penal, pero que de manera obvia se encuentran en ella.

Continuando con las consecuencias teóricas de este instituto, y vinculando a esta teoría con las realidades prácticas, para demostrar su validez, aparte del ejemplo anteriormente descrito, diremos, siguiendo al autor Durán, que puede ocurrir que el comportamiento sea peligroso, pero el resultado no se produzca como consecuencia de dicho peligro, sino de uno distinto. Así, por ejemplo: Dos personas secuestran a un

importante empresario. Cuando ya han recibido el precio del rescate y conducen al secuestrado a un vehículo con la finalidad de dejarlo en libertad, son atropellados por un camión de alto tonelaje al cual se le habrían roto los frenos, muriendo como consecuencia del impacto la víctima del secuestro. Preguntamos: ¿Debe imputarse la muerte a los secuestradores? Creemos que NO, el Derecho Penal no puede interferir en los resultados del destino. Esto explica, dice Durán, que un comportamiento que en el momento de su realización es peligroso (por sobrepasar el nivel del riesgo permitido), no deja de serlo por el hecho de que no se produzca un resultado lesivo y viceversa, lo que no es peligroso en el momento de su realización no se convierte en peligroso por el hecho de que sobrevenga un resultado lesivo.

Por otro lado, el acierto dogmático del aporte de Günther Jakobs en esta teoría es indiscutible toda vez que sus institutos (principio de confianza, prohibición de regreso, etc, etc, que hemos analizado en la tesis) en la actualidad están siendo discutidos por sus valiosas concepciones en la doctrina.

A continuación expondré algunos ejemplos que la mayoría de la doctrina utiliza con respecto a la aplicabilidad práctica de la Teoría de la Imputación Objetiva y que tiene relación sobre la concepción de que toda conducta atípica se fundamenta en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y en la realización de ese riesgo. Estos ejemplos están contenidos en la ponencia "La Dogmática Penal Moderna Alemana: El funcionalismo de Günther Jakobs", presentada en el I Congreso de Derecho Penal de la Universidad Gran Mariscal de Ayacucho en Mayo del 2005, por la Dra. Mónica Fernández Sánchez⁵⁰:

- 1.- Si un médico desconecta un aparato que prolonga artificialmente la vida de un paciente en estado de coma irreversible y el paciente muere hay una causalidad efectivamente ya que producto de la acción de A, B muere, pero no le es imputable el resultado según el funcionalismo porque A no ha realizado una conducta típica porque no tiene el deber de evitar ese resultado ya que no debe prolongar indefinidamente la vida. "Deber de evitación del resultado"

⁵⁰ <http://www.foropenalvenezolano.org>

- 2.- Si un mesero en una cantina vende bebidas alcohólicas a una persona que ebria manejará su vehículo y se produce un accidente el hecho no le puede ser imputado al mesero, pues a pesar de la relación causal A dio bebidas alcohólicas en exceso a B y producto de la ebriedad B colisionó A no se encuentra en posición de garante frente a B, es decir no está dentro de su ámbito de competencia ni la seguridad en el tránsito ni la vida del cliente.
- 3.- Un vendedor de armas que está legalmente autorizado vende un revolver a alguien aún cuando sabe que lo destinarán para un homicidio no es cómplice porque actúa dentro del riesgo socialmente permitido, es decir no es un riesgo jurídicamente desaprobado, actúa dentro de su rol y no defrauda las expectativas de la norma y por ende no está fuera de la valoración social del suceso.
- 4.- Un mesero que fue estudiante de botánica conoce que una de las plantas que se están sirviendo en las comidas puede ocasionar resultados de intoxicación. El tiene conocimientos como meseros que superan los exigibles a un mesero normal, al no interrumpir que se sigan cocinando las plantas tóxicas él no defrauda la expectativa social, porque él allí no actúa como botánico, porque nadie espera de un mesonero que tenga conocimientos en botánica.
- 5.- Un taxista que transporta a un pasajero hacia un destino donde éste va a cometer un hecho punible, no responderá como cómplice del hecho punible porque existe una prohibición de regreso sobre la conducta del taxista que el delincuente aprovechó para cometer su fechoría, además el taxista obra según las expectativas que socialmente se exigen de él.
- 6.- Un acreedor le paga a un deudor y éste destina el pago de la deuda a una actividad delictiva. EL acreedor no tiene ninguna responsabilidad sobre el destino que se le dé al dinero que lícitamente se ha cancelado, hay una prohibición de regreso.
- 7.- Un médico que dirige una operación puede confiar en que su equipo cumplirá cabalmente las funciones que le son atribuidas. Así durante la operación si el material quirúrgico no estaba debidamente esterilizado no responde el médico. Hay un principio de confianza y

de autorresponsabilidad por medio del cual será el otro quien responda de la actividad de riesgo jurídicamente desaprobado.

- 8.- Si en el mismo caso anterior el médico no asignó correctamente las funciones a su equipo y las órdenes no fueron claras responderá por defecto de comunicación y coordinación en su equipo. Su posición de garante le impone un deber de cuidado particular sobre el equipo que dirige en la asignación de los roles que cada uno cumplirá.
- 9.- Un enfermo le pide a su sirvienta que deje las ventanas abiertas del cuarto, producto del frío extremo se agrava su salud y muere. La sirvienta no es responsable porque no tenía competencia para evitar ese resultado por el rol que asume en ese hogar, es decir no está dentro de sus obligaciones informar sobre el riesgo que eso podría ocasionar, por ende el médico asume su responsabilidad. Acción a propio riesgo.
- 10.- Con la intención de matar A dispara contra B, pero sólo lo lesiona, B es trasladado a un Hospital donde muere producto de una infección por el material médico infectado. A no responde por la muerte, pues si bien ha ocasionado un riesgo juradamente desaprobado como lo es disparar para quitarle la vida a alguien, el riesgo efectivamente no fue concretado en el mismo resultado, la muerte de B, es producto de un riesgo no atribuible a A.

Es menester recalcar finalmente, que aunque es España la doctrina de la imputación objetiva se ha consolidado, y se encuentra en auge doctrinario en latinoamérica, en honor a la verdad, tiene todavía ciertos reparos y observaciones. Así, en Italia, según Giovanni Fiandaca y Enzo Musco⁵¹ esta doctrina tiene la dificultad de adecuarse al sistema penal italiano, el cual, tiene una reglamentación codificada de la causalidad cuyo contenido no siempre encaja con esta doctrina. Según ellos, la imputación objetiva ha sido elaborada en el marco de un ordenamiento, tal como el alemán, que todavía carece de un régimen normativo explícito de la causalidad. “La segunda objeción se dirige –aseguran Fiandaca y Musco– en particular, contra el incremento del riesgo. En

⁵¹ Giovanni Fiandaca y Enzo Musco. “Derecho penal, parte general”. P 253 y sgte.

efecto, es dable resaltar, que aplicando dicho criterio se favorece una transformación subrepticia de los delitos de daño en hipótesis de ilícitos de peligro, con la consecuencia ulterior de convertir el principio *in dubio pro reo* en uno exactamente contrario”.

Además, Luis Gracia Martín, profesor español, se manifiesta abiertamente crítico (contrario) de la imputación objetiva, ya que en conversación con el autor, vía Facebook, considera que esta teoría es una involución cultural, porque la dignidad del ser humano requiere que sólo se le pidan cuentas por lo que él ha hecho, y no por lo que le atribuye un sistema social. Dicho de un modo simple -anota- mi dignidad como ser humano no soporta que se me “impute” como obra mía lo que se le ocurre a un “espectador objetivo”. Para el autor español, esta teoría ha destruido la dogmática de la tipicidad, indicando que Bustos ya advirtió que ésta doctrina es contraria a la dignidad de la persona. “El punto de mira del finalismo es “la dignidad de la persona” y la imputación objetiva -agrega- lesiona a la dignidad. Es una doctrina muy peligrosa”. Según Gracia Martín, es producto del intento desesperado de salvar al sistema causal de las irrefutables críticas a que fue sometido por el finalismo. Observa que “la teoría parte de un concepto causal de acción y no puede ensamblar luego en una síntesis al tipo objetivo con el subjetivo en el delito doloso. Por otra parte, recuerda que “el riesgo permitido y el riesgo jurídicamente desaprobado son criterios generales de todo el ordenamiento jurídico, es decir, también predicables de lo injusto administrativo o de lo injusto civil y en consecuencia no pueden ser válidos como criterios de determinación de lo injusto “específicamente penal”. Por eso Roxín, tuvo que modificar su concepción y con el tiempo habló de un riesgo comprendido en el alcance del tipo. Pero de este modo toda su argumentación posterior la desarrolla de un modo tautológico y circular, porque el alcance del tipo es precisamente la cuestión que se trata de concretar. En el plano normológico, además, la doctrina de la imputación objetiva ignora por completo que son totalmente distintas las normas que se derivan los tipos de los delitos dolosos y las normas de las que se derivan los tipos de los delitos imprudentes y por eso lleva a la errónea afirmación de que los delitos dolosos y los imprudentes comparten un mismo tipo objetivo, o sea lo mismo que sostenía el causalismo y por eso la doctrina de la imputación objetiva representa una involución dogmática”

Conclusiones:

La Teoría de la Imputación Objetiva ha modificado la Teoría del delito, toda vez que frente a la situación bajo un paradigma causalista, la imputación objetiva supone la normativización, y por ende la revolución del contenido del tipo objetivo, la misma que no puede conceptuarse como una simple valoración neutral de un suceso físico-causal.

Consecuentemente uno de los aportes significativos derivados de ella, es que se ocupa de problemas centrales de la estructura general del delito, logrando un tipo objetivo unitario para los delitos dolosos de resultado y los delitos culposos. Si se añade que según la opinión dominante la previsibilidad individual no representa sino una cuestión de la culpabilidad del delito imprudente, resulta entonces nuevamente que, según esta teoría, el tipo del delito culposo es, en su totalidad idéntico al tipo objetivo del delito doloso de resultado

La teoría de la imputación objetiva, es sólo explicable en el contexto de la normativización de la sociedad y es perfectamente aplicable a cualquier ordenamiento en el que exista el principio de legalidad que da carta de naturaleza a cualquier teoría del delito.

Por tanto, para poder atribuir un resultado a una determinada conducta, se requiere establecer en primer término, si entre esa acción y ese resultado existe una relación de causalidad desde una perspectiva natural. Sin embargo, aún no se tiene resuelto el problema, es preciso, además determinar que ese vínculo natural interese al derecho penal. Pues bien, este último caso consiste en formular un juicio normativo, también conocido con el nombre de *juicio de imputación objetiva*. Comprobar la existencia de la relación de causalidad es el primer paso de la imputación objetiva. De acuerdo con esta teoría, no puede atribuirse objetivamente el resultado a quien con su acción no ha creado para el bien jurídico ningún riesgo jurídicamente desaprobado.

El principio del riesgo, integrante de esta doctrina o teoría de la imputación objetiva, indica cómo un resultado causado por el agente que actúa sólo puede ser imputado como obra suya y cumple el tipo objetivo, si el comportamiento ha creado un riesgoso permitido para el objeto de la acción, cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto, y esa consecuencia se encuentre dentro del alcance del tipo.

La propuesta de Roxín, dentro de la teoría que estudiamos, específicamente diferencia tres niveles de imputación: a) la creación de un riesgo jurídico penalmente relevante o no permitido, b) la realización del riesgo y c) el fin o alcance del tipo penal.

Uno de los principales aportes de la teoría de la imputación objetiva propuesta por Jakobs radica en el principio de confianza. Así, los ciudadanos confían en la vigencia de las normas, es decir, en que los otros respetaran las normas, lo cual es un principio básico de todo ordenamiento jurídico. Y como principio general del derecho puede presentar una importante utilidad como criterio normativo de imputación dentro de la teoría jurídica del delito. Recordemos que el principio de confianza opera dogmáticamente como un límite de la norma de conducta.

La teoría de la imputación objetiva se comprende con más precisión si ella es aplicada a una característica de la acción, a saber, el ser peligrosa con relación al resultado. En este sentido, si la causación del resultado concreto depende del azar y está fuera del dominio del autor, entonces no existirá desde un principio, una acción dirigida a causar el resultado.

Jakobs, consecuente con el funcionalismo sociológico de Luhmann, considera que los sujetos en sociedad se mueven en un ámbito de expectativas que implican el esperar el comportamiento del otro de acuerdo a lo esperado según las circunstancias. Para este autor, el hombre se desenvuelve en la sociedad, que es un sistema de comunicaciones, de normas, no de individualidades. Para Jakobs ser persona significa desempeñar un "rol" Y es en función del rol desempeñado en cada ámbito de donde emanan las expectativas que los terceros tienen de nuestra conducta. El contenido de un rol queda determinado por los institutos de la Imputación Objetiva.

Según Jakobs quien lleva a cabo una conducta dentro del riesgo permitido, permanece dentro de su rol; quien presta una contribución a quien actúa a riesgo propio, también. Pero, quien realiza una prestación estereotipada y no se adapta a los planes delictivos de otras personas, no participa criminalmente en la ejecución de esos planes, existe una prohibición de regreso; e igualmente permanece en el rol del ciudadano fiel al derecho quien, por ejemplo, en el tránsito vial, confía en que los

demás se conducirán a su vez de modo correcto: principio de confianza. La regla es entonces: no quebrantes tu rol como ciudadano fiel al derecho.

Además no se pueden menospreciar los criterios contrarios a esta teoría que ha esgrimido Eugenio Raúl Zaffaroni, quien critica tanto el aumento del riesgo como el quebrantamiento de los roles, asegurando el argentino que son intentos de imputar en base teorías preventivistas de la pena ejercitando el poder punitivo a estadios previos anteriores a la lesión, tratándose, en suma, esta teoría de derivar diferentes modos y consecuencias para el tipo objetivo a partir de las teorías de la pena. :

En definitiva, siguiendo a Bacigalupo, esta teoría, que tiende a imponerse ampliamente en la actualidad, reconoce sus orígenes en la teoría de la relevancia. Su punto de partida es el reemplazo de la relación de causalidad, como único fundamento de la relación entre la acción y el resultado, por otra relación elaborada sobre la base de consideraciones jurídicas y no naturales. En este marco la verificación de la causalidad natural será un límite mínimo, pero no suficiente para la atribución del resultado. Por lo tanto, comprobada ya la causalidad natural, la imputación del resultado requiere además verificar: 1.- Si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; 2.- Si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción. (Bacigalupo, 265)

Ambos juicios son deducidos de la función del Derecho penal. Este sólo tiene por objeto, dice Bacigalupo, acciones que crean para el bien jurídico un riesgo mayor que el autorizado y la producción de un resultado que se hubiera podido evitar." De ello se pueden deducir criterios que permiten eliminar, ya en el nivel de la tipicidad, comportamientos que son irrelevantes para el Derecho penal".

Ahora bien, como anotan Giovanni Fiandaca y Enzo Musco, tal como resulta elaborada hasta ahora, la teoría de la imputación objetiva, si bien puede parecer capaz de sugerir soluciones equilibradas, todavía no se ha traducido en formulaciones tan rigurosas y convincentes como para permitirle asumir una función indiscutida en el campo de los criterios de la comprobación causal. Recordemos lo dicho por Zaffaroni, los autores italianos antes mencionados y Luis Gracia Martín.

En todo caso, según Fiandaca y Musco, “no es improbable que ha partir de la discusión todavía vigente puedan surgir desarrollos más satisfactorios”. Así lo creemos. En nuestro caso, es necesario que en el Ecuador, se implemente un nuevo código penal, por cuanto el que está vigente es obsoleto, y tiene un marcado tinte de la época de la escuela clásica, y en su parte general, difícilmente puede calar la teoría de la imputación objetiva.

BIBLIOGRAFÍA

1. BACIGALUPO Enrique. Derecho Penal. Parte general
2. CUELLO Contreras Joaquín. “Ámbito y límites de la doctrina de la Imputación objetiva”, en Libro homenaje por el XXV aniversario de la fundación de la Facultad de Derecho y ciencias políticas de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima-Perú 2007.
3. DE LA CUESTA Aguado Paz M. Dra. Tipicidad e Imputación Objetiva” IV en <http://inicia.es/de/pazen red/tipi4.htm>.
4. FERNANDEZ Carrasquilla Juan. “Derecho penal fundamental 1”. Tercera edición. Grupo editorial Ibañez. Bogotá-Colombia. 2007
5. Giovanni Fiandaca-Enzo Musco. “Derecho penal, parte general”. Editorial Temis. Bogotá-Colombia. 2006
6. FIERRO Guillermo Julio “Causalidad e Imputación”
7. GÓMEZ Gómez Jesús Alberto La Estructura de la Conducta de la Imputación Objetiva. Segunda edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2005
8. JAKOBS Günther. La imputación objetiva en derecho penal. Universidad Externado de Colombia
9. JAKOBS Gunther “Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”
10. MIR PUIG Santiago. “Derecho Penal. Parte General”.

11. MIR PUIG Santiago. "Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal" en: <http://crimenet.urg.es/recpc/recpc05-05.pdf>
12. RAFFAELE Castaldo Andrea La Imputación Objetiva en el delito culposo de resultado"
13. REYES Alvarado Yesid: "Imputación Objetiva". Bogotá. 1996.
14. RIGHI Esteban. "Derecho penal. Parte General". Lexis Nexis, Buenos Aires. Argentina. 2007
15. ROXIN. Claus "Derecho Penal. Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito"
16. ROXÍN Claus "Evolución y modernas tendencias de la Teoría del delito en Alemania".
17. ROXÍN Claus, en la conferencia que dictó en México el 25 de Octubre de 2007.
18. RUEDA Martín María de los Ángeles. "La Teoría de la Imputación Objetiva del Resultado en el Delito doloso de Acción".
19. SÁNCHEZ Herrera Esiquio Manuel. "La Dogmática de la Teoría del delito. Evolución científica del sistema del delito..Universidad externado de Colombia. Bogotá-Colombia.2007
20. VILLAVICENCIO Terreros Felipe. "La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana". Instituto de Derecho penal europeo e Internacional. Universidad Castilla La Mancha. <http://www.cienciaspenales.net>
21. VILLAVICENCIO Terreros Felipe. "Derecho penal, parte general". Grijley. Lima.2007
- 22.
23. ZAFFARONI Eugenio Raúl. Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. "Derecho Penal Parte General".
- 24.
25. <http://www.foropenalvenezolano.org>