

Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva

ELENA LARRAURI

Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona

INTRODUCCION (*)

Ultimamente, junto con la relación de causalidad, tiende la doctrina a referirse a lo que se denomina «moderna teoría de la imputación objetiva» (1).

Sin embargo, existe todavía confusión al respecto. Ello puede obedecer a diversos motivos: la novedad de la discusión que provoca frecuentes mutaciones en las opiniones mantenidas por los autores; la pretensión de encontrar una teoría que resuelva toda una serie de casos ya de por sí problemáticos y que históricamente han sido de difícil acomodo; la elaboración de unos criterios en los que si bien existe un acuerdo relativo cada autor incluye grupos de casos distintos; su relación con la problemática de la causalidad, de por sí harto compleja; sus implicaciones con la teoría del delito, y más en concreto con la teoría del tipo, que provoca variaciones de acuerdo a la posición que se sustente; la delimitación del grupo de delitos a los cuales puede aplicarse; la necesidad (o no) de diferenciar los criterios dependiendo del tipo de injusto al cual vayan referidos (injusto doloso, culposo, de acción u omisión), y, en fin, la falta de un referente legal que oriente la labor de la doctrina penal (2).

(*) Este artículo constituye el tema desarrollado para optar a una plaza de profesora titular de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona. Por ello, el objetivo prioritario ha sido exponer y sistematizar los conocimientos actuales respecto de la imputación objetiva.

(1) Sin embargo, a pesar de ser doctrina mayoritaria, no todos los autores aceptan la teoría de la imputación objetiva; en sentido contrario véase COBO-VIVES (1987), p. 286.

(2) En este sentido destaca GIMBERNAT (1987), p. 176, que lo distintivo de la imputación objetiva consiste en ser un elemento del tipo el cual, a diferencia de los restantes, no aparece mencionado en la ley.

En vista de estas considerables dificultades sería pretencioso intentar aportar respuestas definitivas. El objetivo propuesto es, por consiguiente, necesariamente más limitado, se pretende exponer el *estado actual de la discusión*, realizando en lo posible una labor de ordenación de las diferentes posiciones. Ello no obstará lógicamente a que en determinados puntos se realicen una serie de consideraciones críticas o se destaquen posibles contradicciones, en aras de obtener una mayor precisión en el debate.

Un motivo preferente nos impulsa a realizar esta labor, el hecho de que la jurisprudencia española haya empezado a aplicar la teoría de la imputación objetiva para resolver determinados casos que se le han planteado. Frente a ello se impone la necesidad de realizar un trabajo de sistematización y, en la medida de lo posible, clarificación.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos. Para ello el legislador ha tipificado determinadas acciones que considera que pueden lesionar (o poner en peligro) estos bienes jurídicos. De ahí, por consiguiente, que la tipicidad *delimite* qué comportamientos son los prohibidos. Esta delimitación se expresa en cada tipo legal, se prohíbe matar, injuriar, contaminar, falsificar, etc.

El segundo estadio aparece cuando se pretende *subsumir* las actividades acontecidas en el mundo real en el comportamiento prohibido del tipo legal, es decir, concretar qué actividades son *típicas*.

La delimitación de estas actividades ha sido históricamente atribuida a la causalidad (3). Como observa Gimbernat, ello supuso que la problemática de delimitar cuándo se está frente a una acción típica, adoptara la forma de distintas teorías de la causalidad.

Con ello, se ampliaba el ámbito de la causalidad que en puridad de principios debía limitarse a señalar, una vez delimitadas las acciones típicas, si éstas habían causado el resultado (relación de causalidad propiamente dicha). «Dicho de otro modo: si llamamos “A” a la acción típica, “R” al resultado y “U” a la unión material entre ambos, tendremos que las teorías de la causalidad persiguen un doble objetivo: determinar “A” —primera cuestión— y comprobar la existencia de “U” —segunda cuestión—» (4).

Adicionalmente, se relegaba la determinación de la acción típica a ciencias extrajurídicas, que con sus diversas teorías de la causalidad

(3) GIMBERNAT, E. (1962), p. 544 y ss.

(4) GIMBERNAT, E. (1962), p. 544.

debían establecer la presencia o no de una acción típica, aspecto éste que sólo el Derecho podía y debía acometer (5).

Actualmente, ambos objetivos —necesidad de la relación causal y determinación de la acción típica— acometidos al amparo de las diversas teorías de la causalidad se enfrentan a una aguda crisis.

En primer lugar, incluso la necesidad de una relación causal es cuestionada por algunos autores (6). Si bien este aspecto no será objeto de desarrollo en la presente exposición queremos realizar al respecto las siguientes consideraciones: 1.^a) que los tipos legales no hacen referencia a la necesidad de *causar* un resultado; 2.^a) la admisión de otros criterios para determinar legalmente quién desarrolló la actividad (7), y 3.^a) la dificultad de atribuir determinadas acciones y/o resultados (por ejemplo, delitos contra la salud pública, delitos contra el medio ambiente) en los cuales la exigencia de una relación causal imposibilita —atendidos los actuales conocimientos científicos— la aplicación de los respectivos tipos penales.

Respecto del segundo objetivo —la determinación de la acción típica— nadie duda en la actualidad, tras largos años de discusión de diversas teorías causales, que las teorías causales son incapaces de delimitar qué actividades deben considerarse típicas. En efecto, éste es un juicio eminentemente normativo, por consiguiente, una teoría causal que utilizara criterios valorativos dejaría por ello de ser causal, y una teoría puramente causal no estaría en condiciones —como analizaremos más adelante— de producir limitación alguna respecto del número de acciones que deben tomarse en consideración.

Por consiguiente: «De las dos cuestiones atribuidas a la causalidad, sólo la segunda —la constatación de la existencia de “U”— ha de ser decidida en el marco del problema causal (...). Hay que elegir, de *algún modo*, una acción, y entonces —cuando ello se

(5) GIMBERNAT, E. (1962), p. 547.

(6) En este sentido, véase BUSTOS (1984), p. 174, quien señala: «En la tipicidad el problema no es determinar la causalidad de la acción, sino que el comportamiento realizado se pueda atribuir al tipo conforme a la perspectiva del bien jurídico». Esta posición ha sido calificada de extrema por COBO-VIVES (1987), p. 292, nota 28, quienes señalan que la idea de resultado obliga a recurrir a la causalidad. Sin embargo, el hecho de que los tipos legales no hagan referencia a *causar* un resultado puede llevar a admitir otras formas de relación con el mismo. En este sentido pudiera argüirse —siguiendo la línea de pensamiento defendida por Roxin— que con la expresión «el que matare» se alude no necesariamente a quien *causó* la muerte sino a quien *elevó el riesgo* de la misma.

(7) En este sentido SILVA (1984), p. 1044, nota 29, recogiendo un supuesto de causalidad psíquica advierte que «la causalidad no es, en absoluto, la única forma de determinación con arreglo a las leyes». Del mismo modo TORÍO (1983), p. 236, admite que si bien la causalidad es un elemento del tipo, éste no señala que ley causal debe acogerse en concreto, por ello concluye de acuerdo con Stella, que en Derecho penal «es causal la explicación basada en leyes estadísticas». Sin embargo, no se comprende por qué estas reflexiones debieran limitarse sólo a los casos en los cuales la relación causal no aparece clara —supuestos de causalidad psíquica o de causalidad general— o porque debiera admitirse exclusivamente criterios estadísticos.

consiga— habrá que examinar (aquí empieza la causalidad a jugar un papel) si esta acción ha producido el resultado o no» (8).

Esta dualidad de funciones atribuidas a la relación de causalidad, puede comprenderse al amparo de las teorías de la acción causal (9). De acuerdo a la teoría causal de la acción es acción todo movimiento corporal voluntario que causa un resultado. Ello comporta que la averiguación de cuando se ha causado un resultado fuese ya requisito indispensable para determinar cuándo se está en presencia de una acción (10). Determinada ésta (lo que conllevaba la determinación de la relación causal) quedaba constatada la tipicidad, la cual era a su vez exclusivamente descripción de meros procesos causales.

Ante esta situación se inicia, pues, la discusión de las teorías de la causalidad (11). Es necesario referirnos a ellas no sólo para comprender los antecedentes de la teoría de la imputación objetiva, sino también porque ésta se presenta como un complemento, correctivo y en ocasiones superación de la problemática planteada por las diversas teorías causales. Para ello deberemos examinar en primer lugar las limitaciones de éstas y posteriormente analizar si y en qué medida la imputación objetiva permite una más adecuada solución.

2. TEORIA DE LA EQUIVALENCIA DE CONDICIONES

Esta teoría se basa aparentemente en la teoría de la condición de Stuart Mill. De acuerdo con el planteamiento de Stuart Mill, es causa de un resultado toda condición negativa o positiva que interviene en la producción de un resultado.

De ahí derivó V. Buri que «con el mismo derecho se puede considerar ya cada una de estas fuerzas individuales, por sí sola, como la causa del fenómeno» (12). Por ello la teoría desarrollada por V.

(8) GIMBERNAT, E. (1961), p. 547. Posiblemente por influencia del dogma causal, lo cierto es que se sigue operando a la inversa. Se pregunta en primer lugar qué acciones son causales (en base a la teoría de la equivalencia) lo cual proporciona poca o ninguna limitación, y sólo posteriormente se selecciona de algún modo la acción típica.

(9) A su vez la atracción de la causalidad como criterio de determinación legal puede explicarse por el traslado mecánico que se realiza del campo de las ciencias naturales al Derecho por parte del positivismo naturalista. BUSTOS (1984), p. 173.

(10) Lo cual conllevaba adicionalmente que la relación de causalidad fuese examinada sistemáticamente *previa* al tipo penal, debido a que esta era un elemento de la acción y también al carácter prejurídico del concepto de causa. Una crítica de esta posición puede leerse en RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 290.

(11) Deberá transcurrir un cierto tiempo para que la discusión supere el ámbito causal y paralelamente los tipos dejen de concebirse como meras lesiones causales de bienes jurídicos, afirmándose que si bien todo aquel que mata causa una muerte, no todo aquel que causa una muerte mata (cuando menos —de acuerdo a una perspectiva finalista— se requerirá dolo o culpa), lo que conlleva que causación no sea sinónimo de delimitación de actividad *típica*.

(12) *vid.* Buri, *cit.*, por GIMBERNAT (1966), pp. 44.

Buri y Glaser recibió el nombre de teoría de la equivalencia, ya que toda condición tiene un valor *equivalente* en la producción del resultado, todas pueden considerarse causa del mismo, siendo imposible diferenciar entre causas y condiciones.

Sin embargo, la teoría de la equivalencia de condiciones opera una curiosa transformación, pues si causa es la *suma* de las condiciones, cada una de ellas aisladamente no puede ser considerada causa (13).

Adicionalmente, se planteó que si todas eran equivalentes porque se elegía una y sólo una. Ello se contestó acudiendo a la misión del Derecho penal que debe aislar, de entre los múltiples factores concurrentes, exclusivamente la conducta del autor para comprobar si el resultado puede serle atribuido como producto de su acción (14).

Finalmente, se alegó que no obstaba a la consideración de causa del comportamiento humano el hecho de que hubieran intervenido más causas (15).

El procedimiento para averiguar cuándo se estaba en presencia de una causa fue la fórmula de la *conditio sine qua non*: está establecida un procedimiento de *supresión mental hipotética*, si una determinada condición se suprimía mentalmente y desaparecía el resultado, esta consideración era causa del mismo (condición sin la cual el resultado no se hubiera producido).

Sin embargo, la adopción de esta sintética fórmula acarreo diversos problemas que a continuación expondremos brevemente por ser todos ellos sobradamente conocidos.

a) En primer lugar, fracasaba en un grupo de casos que podríamos denominar *procesos patológicos*.

Bajo esta rúbrica se encuentran:

1. Los *procesos causales hipotéticos* que son aquellos caracterizados por el hecho de que aún cuando se suprima la condición que ocasionó el resultado, éste sigue produciéndose de igual forma y en el mismo momento (16).

(13) GIMBERNAT, E. (1966), p. 48, quien se hace también eco de la protesta de von Buri señalando que la teoría de la equivalencia de las condiciones nunca pretendió fundamentarse en la teoría de la condición filosófica. También reconoce esta divergencia Vives Antón (1987), p. 282. No obstante, CEREZO (1985), p. 282, nota 10, ha señalado que no existiría contradicción entre afirmar que causa es la suma de todas las condiciones y señalar acto seguido que cada una de ellas es causa. Ello es debido, precisamente, a su equivalencia, lo que permite considerar a cualquiera de ellas causa.

(14) RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 293. También COBO-VIVES (1987, p. 282), señalan: «Si se aplicase a dicha determinación el concepto lógico de causa formulado por Mill sin la adaptación correspondiente, resultaría que en ningún caso una acción podría ser considerada causa de un resultado, ya que ninguna acción pone la totalidad de las condiciones de la producción de un evento cualquiera».

(15) Así, STRATENWERTH (1982), p. 81.

(16) MIR (1985), p. 179, quien, sin embargo, señala que la exigencia de concreción del resultado no puede alcanzar la determinación del sujeto activo, ello es debido

Se observaba que en estos casos, aun cuando el comportamiento hubiese ocasionado el resultado, debía negarse, de acuerdo a la fórmula propuesta, que éste fuese causa del mismo.

Para evitar la impunidad varios fueron los correctivos ideados, así se destacó:

— La inoportunidad de introducir factores hipotéticos en los cursos causales, esto es, el exámen de la causalidad debía limitarse a examinar lo *realmente* acontecido. En consecuencia, «una acción es causal si haciendo abstracción de ella —y teniendo en cuenta únicamente el resto de las circunstancias efectivamente dadas— el resultado concreto no se hubiera producido» (17).

— Se argumentó, asimismo, que debía considerarse el resultado *concreto*. Este no podía afirmarse que desapareciese considerando todas las circunstancias, siempre podía argumentarse que cuando menos se había producido unos minutos antes, e incluso de distinta forma.

2. También se plantearon problemas con los casos de *causalidad adelantada*. En estos supuestos determinada causa operaba más rápidamente que otra que hubiese sido dispuesta con anterioridad.

De nuevo, aun cuando se eliminase en un juicio hipotético el primer comportamiento, el resultado no desaparecía (18), y, sin embargo, parecía absurdo castigar estos casos con una penalidad distinta de la tentativa.

3. Un último grupo eran los ejemplos de *causalidad cumulativa*. En estos supuestos dos causas independientes operaban conjuntamente, si bien cada una de ellas hubiese sido suficiente por sí sola para producir el resultado (19). Sin embargo, si cualquiera de ellas era eliminada, el resultado no desaparecía, lo que llevaba a negar en última instancia que cualquiera de ambos comportamientos fuera causal (20).

a que: 1.º) la sustitución del sujeto activo no afecta a la forma de producción del resultado; 2.º) esta exigencia supondría una petición de principio, pues «con ello preguntáramos si eliminando la acción del sujeto «A» desaparecería la muerte *producida por él*, lo que supondría saber que la ha causado, que es precisamente lo que se trata de averiguar». Del mismo modo no se trata de exigir completa igualdad de la conducta. Ello llevaría, como observa MIR (nota 9, p. 179), a un círculo tautológico en que se afirmaría «el carácter causal de la conducta por ser la realizada». Por consiguiente, se trata de exigir la completa igualdad en el tiempo y forma del resultado.

(17) SPENDEL, *cit.* por CEREZO (1985), p. 283. Bien es cierto que no dejaba de sorprender este tipo de razonamiento por los partidarios de una teoría que precisamente utilizaba una fórmula *hipotética* para afirmar la causalidad: el resultado *hubiera* desaparecido *si* el autor no *hubiera* actuado de la forma en que lo hizo.

(18) CEREZO (1985), p. 284, admite en estos casos la interrupción del nexo causal por entender que son dos series causales independientes.

(19) Debe observarse que el supuesto de causalidad cumulativa abordado por SAMSON (1987), p. 619, es distinto. Este autor se plantea la problemática de cuando sólo la suma de todas las actuaciones produce un determinado resultado (en su caso la contaminación) típico. La cuestión que se debate es la posibilidad de imputar al «último» actor la responsabilidad por la producción del resultado global.

(20) En estos supuestos, MIR (1985), pp. 180-181, propone sustituir no la acción concreta, sino la *clase* de acción a la que ésta pertenece.

También en este caso se introdujo un correctivo: «Si diversas condiciones pueden ser suprimidas *in mente* en forma alternativa sin que el resultado desaparezca, pero no así acumulativamente, cada una de ellas es causal para el resultado» (21).

En vista de estas dificultades, se propuso adoptar la fórmula de «condición ajustada a las leyes de la naturaleza» elaborada por Engisch: «Se demuestra que una conducta (...) es causal para un resultado concreto (positivo) y delimitado según un determinado tipo penal, cuando a aquel comportamiento han seguido en el tiempo cambios en el mundo exterior que estuvieran unidos con el comportamiento y entre sí conforme a una ley (de la naturaleza) y que han desembocado en alguna parte integrante del supuesto de hecho concreto que ha sido delimitado por la ley como resultado» (22).

b) Del mismo modo se argumentó las limitaciones a las que se veía sometida la fórmula de la supresión mental hipotética en los casos denominados de *causalidad general*. En este grupo se desconoce precisamente la relación causal, por tanto, no puede afirmarse qué sucede si se suprime determinada condición (23). Por consiguiente, la fórmula de la *conditio sine qua non* es válida sólo en la medida en que se conozca la ley causal general. Conocida ésta puede procederse a la supresión mental hipotética y afirmar la causalidad de una acción concreta (24).

Estos casos fueron suscitados por Armin Kauffman a raíz del juicio de Contergan (Talidomida) y ponen de relieve precisamente la limitación de la fórmula cuando se desconoce la relación causa-efecto entre el medicamento ingerido y las malformaciones producidas.

En estos supuestos surgen varias cuestiones: la afirmación de si la ley causal general (bajo la que se subsume la ley causal concreta) es un elemento o no del tipo penal, la problemática de si su determinación corresponde exclusivamente al método causal (propio del sistema físico) o si debe admitirse, asimismo, la determinación de la causalidad por medio del sistema estadístico (propio de la física cuántica),

(21) WELZEL (1976), p. 69.

(22) Engisch, *cit.* por CEREZO (1985), p. 283. Son favorables a su adopción JESCHECK (1981), p. 385. También GIMBERNAT (1966), p. 122, quien si bien reconoce que se trata de una mera definición de causalidad, señala a continuación que más no se necesita. En contra de su adopción, CEREZO (1985), p. 283. MIR (1985), p. 181, la considera un medio auxiliar —previo— a la *conditio sine qua non*, ya que, en efecto, sólo cuando conocemos la condición ajustada a las leyes de la naturaleza, podemos preguntarnos si al eliminar determinada condición desaparece el resultado.

(23) Similares podrían ser los casos planteados por STRATENWERTH (1982), p. 80, y ROMERO (1983), p. 159, en los que se desconoce con exactitud cuál de las múltiples causas concurrentes ocasionaron el resultado.

(24) «En este sentido, se acusa a la fórmula hipotética de *petición de principio* que presupone el conocimiento de la eficacia causal de la supuesta condición». MIR (1985), p. 178.

o, en fin, si la certeza subjetiva del Juez puede suplir la falta de conocimiento de la ley causal (25).

Esta discusión tiene la virtud de realzar las limitaciones de la fórmula de comprobación del nexo causal y la problemática dependencia de la responsabilidad penal respecto de las leyes causales. Si bien ello es un tema complejo, baste indicar que esta problemática puede adquirir un nuevo relieve en el futuro, especialmente en el ámbito de los delitos contra la salud pública y el medio ambiente.

c) Supuestos de *causalidad psíquica*. En estos casos se afirma que el resultado no se produce por medio de un proceso físico-externo, sino que éste aparece a consecuencia de la incidencia de la acción en la psique de alguien (26). Como observa Silva, la dificultad reside en estos casos en establecer en el caso concreto «una relación de causalidad, enmarcando en ella el proceso psíquico» (27).

d) Asimismo, problemática era la acogida de la causalidad en el ámbito de los *delitos de omisión*. En efecto, la dificultad de operar en estos casos con un criterio ontológico-científico surgía de la propia naturaleza de la omisión y de la dificultad de afirmar del sujeto que nada hacía que había causado el resultado (28). En este sentido se afirmaba que el sujeto no había puesto una condición positiva, esto es, no había causado el resultado. Por ello se decidió acudir a la fórmula de entender su inactividad como una condición negativa, la persona no evitó el resultado.

Con ello no se podía desconocer que la aplicación del criterio de supresión mental hipotética introducía factores hipotéticos, esto es, a lo sumo podía afirmarse que si el sujeto hubiese actuado *probablemente* el resultado se hubiera evitado (29).

e) También problemática aparecía la idea de causalidad en el grupo de *delitos culposos*. En efecto, en tanto en el grupo de delitos dolosos podía seguirse manteniendo que el injusto venía constituido por una acción (dolosa) que causa un resultado, este análisis resultaba insuficiente en el ámbito de los delitos imprudentes.

Saber quién causa el resultado no dice aún nada respecto de quién infringió la norma de cuidado; en el supuesto de que ambos sujetos causen un resultado, relevante aparece sólo quien con su comporta-

(25) Una exposición de esta problemática puede verse en: TORÍO (1983), *passim*, quien adicionalmente plantea el paralelismo de dicha situación con el desgraciado suceso del aceite de colza.

(26) SILVA (1984), p. 1043.

(27) SILVA (1984), p. 1044.

(28) No obstante, en los delitos de omisión, las dudas eran aun mayores. Hemos destacado las objeciones con las que tropieza la fórmula de la supresión mental hipotética, sin embargo, en los delitos de omisión era la propia relación causal la que resultaba cuestionada.

(29) Por ello, la jurisprudencia acudía a la fórmula de que el resultado se hubiera evitado con una probabilidad-rayana en la certeza o incluso formulada en forma negativa que no se excluía del todo la salvación si el sujeto hubiese actuado.

miento *imprudente* ocasione la lesión del bien jurídico (30). Adicionalmente, se argumentó que la infracción de la norma de cuidado sólo puede producirse cuando el ocasionamiento de un daño es previsible, de lo cual se deduce que tampoco toda causa es apta para determinar el injusto culposo, sino sólo aquella causa adecuada, esto es, aquel comportamiento del que previsiblemente puede surgir un daño y que por ello fundamenta la exigencia de adoptar determinados cuidados en su ejecución (31). Finalmente, debe considerarse las dificultades con las que se encontró la aplicación de la fórmula de la teoría de la equivalencia cuando se podía demostrar con una probabilidad rayana en la certeza que un comportamiento prudente tampoco hubiera evitado el resultado, con lo cual éste no desaparecía aun cuando la acción imprudente fuese suprimida mentalmente (32).

f) Fundamentalmente, se le objetó a la teoría de la equivalencia la desmesurada *amplitud del injusto* a la cual esta concepción conducía. En efecto, debido a que el mundo está unido por medio de una sucesión de fenómenos causales, resulta imposible pensar en un resultado el cual no esté encadenado a una serie infinita de acciones causales (33). Sin embargo, no sólo era un aumento cuantitativo el que se producía, sino, asimismo, cualitativo, esto es, incluso las acciones inadecuadas para producir un resultado, pero en el cual éste, por un azar, hubiese acontecido, así como las acciones permitidas, adquirirían también la consideración de causales y, consiguientemente, de injustas de acuerdo a un planteamiento causal de la teoría del delito.

Varios fueron los correctivos que se precisaron para morigerar esta desmesurada extensión:

— Se acudió en primer lugar a la denominada «prohibición de retroceso» (Frank). Con ello se aludía a la improcedencia de considerar factores que no hiciesen referencia al supuesto concreto enjuiciado. Sin embargo, el problema era precisamente éste, decidir el supuesto *concreto* enjuiciado. ¿Qué condiciones debían tomarse en consideración y cuáles se eliminaban en base a la prohibición de retroceso?

Adicionalmente, como remarcó Gimbernat (34), aun cuando se pretenda ignorarlas subsiste la tipicidad de las restantes condiciones, son causas del resultado y consiguientemente son acciones típicas.

— Un segundo correctivo fue la noción de «interrupción del nexo causal» (35). Esta restricción, que aparece como una concreción de la

(30) MUÑOZ CONDE (1984), p. 68.

(31) CEREZO (1985), p. 291.

(32) Bien es cierto que los defensores de esta posición argumentaban de nuevo que ello era introducir cursos causales hipotéticos y que lo único que debía ser objeto de valoración era lo que realmente aconteció.

(33) Ello se expresó señalando que la teoría de la equivalencia permitía el «regreso al infinito». GIMBERNAT (1966), p. 55.

(34) GIMBERNAT (1966), p. 56.

(35) Esta sigue siendo actualmente la posición mayoritaria sustentada por el Tribunal Supremo que acude a esta fórmula para excluir la causalidad en aquellos supues-

prohibición de regreso, consideraba en un inicio que podía declararse la interrupción del nexo causal de los casos en los que mediase interrupción dolosa de un tercero. Sin embargo, con razón objeta Rodríguez Mourullo que no se aciertan a ver las razones por las cuales sólo la intervención dolosa de un tercero ocasionaba la interrupción del nexo causal. En efecto, si se considera que determinados sucesos interrumpen la cadena causal, es indiferente que estos sean dolosos, culpables o fortuitos, pues su calificación jurídica no conlleva el surgimiento o interrupción del nexo causal (36).

En consecuencia, se argumentó que la causalidad existe o no, pero no se interrumpe, sino que precisamente se anuda (37). Finalmente se objetó que esta posibilidad era incluso contradictoria con lo que se afirmaba desde la propia doctrina de la equivalencia, esto es, la suficiencia de que la acción sea una condición del resultado, independientemente del resto de condiciones concurrentes.

— El tercer límite se denominó el correctivo de la culpabilidad. Con éste se señalaba que la catalogación de determinado comportamiento como causal no significaba aún atribuir una responsabilidad penal. Esta necesitaba del dolo y la culpa, donde entraba en consideración el factor de la previsibilidad personal del sujeto.

Sin embargo, varios fueron los obstáculos con los que este razonamiento tropezaba: 1.º los delitos cualificados por el resultado en los que respecto de éste no era necesario la presencia de dolo y culpa, bastando, en consecuencia, que su producción se debiese al comportamiento inicial (38); 2.º la desnaturalización de las funciones asignadas a la tipicidad. En efecto, ésta dejaba de tener una función indiciaria puesto que múltiples acciones se veían declaradas típicas aun cuando posteriormente se afirmase la no culpabilidad del sujeto (39); del mismo modo su función garantista, entendida ésta no sólo como la descripción de la actividad típica, sino como delimitación de las acciones penalmente relevantes, quedaba desdibujada (40), todo lo cual no podía dejar de producir tensiones en la función motivadora de la norma: ¿Qué era lo que se pretendía motivar?, por ejemplo, no matar, pero ¿cómo podía motivarse a ello si incluso la acción más inocua podía conducir a un resultado de muerte? (41); 3.º fracasa en los procesos

tos en que el resultado obedezca a un «accidente extraño» posterior y no sea una «consecuencia natural» de la acción inicial.

(36) RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), pp. 304-305, nota 27.

(37) CEREZO (1985), p. 284.

(38) La introducción en el StGB y en el CPE de la exigencia de culpa respecto del resultado ulterior más grave eliminaba los casos más crudos de responsabilidad por el resultado a que conducía la teoría de la equivalencia.

(39) «Si exageramos la nota: Adán, el primer hombre, habría cometido todos los delitos ejecutados en la Tierra en concurso ideal al procrear a sus hijos; las distintas procreaciones no fueron acciones culpables, pero típicamente antijurídicas sí que lo fueron.» GIMBERNAT (1966), p. 54.

(40) De acuerdo a VIVES ANTÓN (1987), p. 284, el número de acciones antijurídicas no tendría fin.

(41) Debe destacarse que la ubicación del dolo y la culpa en el ámbito de la tipicidad operada por la doctrina finalista, comportó que determinados comportamientos, aun cuando causales, fueran declarados *ab initio* atípicos. BUSTOS (1984), pp. 171-172.

causales irregulares en los cuales el sujeto tiene dolo, pero el resultado acontece por un curso causal totalmente imprevisible (42), y 4.º) la calificación de injustos de determinados comportamientos posibilita ya la imposición de una serie de medidas (de seguridad, de responsabilidad civil), que aparecían totalmente inadecuadas cuando el sujeto había actuado sin dolo ni culpa (43).

Todo este cúmulo de críticas produjo, por consiguiente, la necesidad de encontrar otros criterios en base a los cuales afirmar la responsabilidad del sujeto. Sin embargo, estos esfuerzos siguieron anclados en el ámbito de las teorías de la causalidad, fruto de ellos surgió la teoría de la causalidad adecuada.

3. TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

Esta teoría atribuida a v. Kries (y desarrollada también por v. Bar) surge precisamente para limitar los excesos a los que conducía la teoría de la equivalencia en el ámbito de los delitos cualificados por el resultado.

De forma similar a la teoría de la equivalencia se afirma que ésta es una teoría generalizadora de la causalidad (44), y también se advierte que esta parte (45) o presupone (46) la teoría de la equivalencia.

Se presenta originariamente como una teoría causal que pretende restringir el concepto de causa (lo que conlleva una restricción de

CEREZO (1985), p. 291. Sin embargo, si les alcanza la crítica en los casos en los que a pesar de existir dolo o culpa parece infundado hacer responder al sujeto por el resultado. La posibilidad de que la doctrina finalista necesite también del correctivo de la imputación objetiva será desarrollada posteriormente.

(42) En este sentido, COBO-VIVES (1987), p. 284. RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 296. MIR (1985), p. 185. Entiendo que paralelas objeciones podrían realizarse a los supuestos en los que el sujeto actúa imprudentemente, pero también el resultado se produce de otra forma totalmente imprevisible.

(43) COBO-VIVES (1987), p. 284.

(44) No obstante, GIMBERNAT (1966), p. 94, señala que esta teoría, de forma similar a las teorías individualizadoras, distingue entre condición y causa, su diferencia estribaría que en tanto las primeras pretenden conseguir este objetivo en base a criterios científico-naturales, la teoría de la causalidad adecuada atiende a consideraciones normativas. Por el contrario, RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 297, nota 10, no duda en calificarla de teoría generalizadora. Para este autor es una teoría generalizadora ya que «limita la causalidad enjuiciando el curso causal concreto a la vista de la experiencia general». Por el contrario, las teorías individualizadoras analizan el concreto curso causal para ver qué condición en este proceso causal ha sido decisiva. La diferencia reside en la distinta perspectiva, en tanto que las teorías individualizadoras analizan el concreto curso causal para ver qué condición ha sido relevante en *este* proceso, las teorías generalizadoras analizan la condición de acuerdo a la experiencia *general*.

(45) En ocasiones, la afirmación de que se trata de otra teoría causal lleva a ignorar que también esta perspectiva parte de la teoría de la equivalencia, COBO-VIVES (1987), p. 285. BUSTOS (1984), p. 172.

(46) TORIO (1983), p. 223.

las conductas punibles en un momento anterior al de la culpabilidad). De acuerdo a la teoría de la causalidad adecuada, de las múltiples condiciones intervinientes en un acontecimiento sólo tiene la consideración de causa la condición que conforme a la experiencia es adecuada para producir el resultado típico (47).

¿Cómo se determina la causa adecuada? Este juicio de posibilidad debe tomar en consideración aquellas condiciones que al tiempo de la acción sean conocidas y cognoscibles por un hombre prudente. Asimismo, debe incorporar los conocimientos particulares del autor (criterio objetivo-subjetivo) (48). Ello constituye el saber ontológico. También debe considerarse el conocimiento de las leyes de la naturaleza conocidas al tiempo de la acción y aquellas que son conocidas por el autor. Ello forma el saber nomológico. Una vez delimitadas las condiciones sólo es causa aquella que aparezca como apropiada (previsible) para producir el resultado (49).

Este juicio de posibilidad es lo que se denomina *prognosis posterior objetiva*. Con ello se expresa un juicio de probabilidad realizado por el Juez que debe situarse en el momento de la acción para determinar si de acuerdo a los conocimientos del hombre medio (incorporando los específicos del autor) el resultado concreto aparece como objetivamente previsible.

Planteadas de tal forma, la teoría de la causalidad adecuada permitiría la exclusión de las acciones inadecuadas, esto es, de aquellas manifestaciones del comportamiento que de forma imprevisible producirían una lesión al bien jurídico, producto de un curso causal extremadamente irregular (50).

(47) En este punto surge un aspecto confuso. La doctrina dominante ha objetado tradicionalmente a esta teoría que ello lleva a negar el carácter causal a aquellas acciones inadecuadas a pesar de haber sido causa del resultado, o también que ello comporta la elaboración de un concepto de causa para el Derecho penal distinto del utilizado en el resto de las ciencias. Véase MEZGER (1958), p. 112. No obstante, puede también sostenerse la interpretación de que la teoría de la causalidad adecuada no modifica el concepto de causa, esto es, no niega el carácter causal del resto de comportamientos, sino que niega exclusivamente que el Derecho penal los deba tomar en consideración por no constituir causa *adecuada*. En este sentido afirma TORIO (1983), p. 224: «La teoría de la adecuación, interpretada correctamente, supone sólo una restricción de la idea de la *equivalencia*» (subrayado nuestro). En caso de ser correcta esta segunda interpretación, ello parecería acercarse a la teoría de la causa adecuada a los dominios de la teoría de la relevancia.

(48) La evolución seguida hasta llegar a esta síntesis puede verse en GIMBERNAT (1966), p. 25 y ss.

(49) Resultado que debe determinarse en concreto, GIMBERNAT (1966), p. 44.

(50) No obstante, de nuevo aquí podría reproducirse la discusión planteada en la nota 47. Esto es, en el supuesto de las acciones inadecuadas se podría afirmar que éstas *no son causales*. O bien entender que la teoría de la causalidad adecuada afirmaría su carácter causal, pero negaría que fuesen *adecuadas*, única causalidad que interesa al Derecho penal. La mayoría de la doctrina actual entiende que la teoría de la causalidad adecuada lo que realiza es negar precisamente el carácter causal de este grupo de acciones, GIMBERNAT (1966), p. 68. COBO-VIVES (1987), p. 285. Aspecto éste que constituye una de las críticas fundamentales a esta teoría.

A pesar de la (relativa) restricción que comporta la adopción de esta teoría, varias son las críticas que se le dirigen:

— Se le objeta, en primer lugar, su afirmación de que las acciones inadecuadas no son causales. Ello supone formular un concepto de causa jurídico-penal distinto del utilizado en el resto de las ciencias empíricas (51).

— Para delimitar cuándo se está en presencia de acciones inadecuadas se introducen criterios valorativos-normativos (la previsibilidad); con ello se abandona el terreno puramente causal (52), configurándose en realidad como una teoría de la responsabilidad (53).

— Adicionalmente, ello conducía a afirmar la causalidad en el supuesto en que el sujeto conociese determinados factores que influían en la producción del resultado, y que convertían a éste en previsible. Por el contrario, las *mismas* acciones, si el sujeto desconocía todos los datos relevantes para la producción del resultado debían considerarse inadecuadas. Como observa Gimbernat en los supuestos en que el autor ha previsto y cuenta con la intervención antijurídica de un tercero, o se sirve de una relación causal complicada debería negarse la existencia de la relación causal. En definitiva, la afirmación del nexo causal —aspecto ontológico— se hacía depender del dolo del sujeto, desconociendo que «el dolo puede cambiar muchas cosas en Derecho penal; lo que no puede hacer es crear una relación de causalidad material donde ésta no existe» (54).

— Se le critica, asimismo, el confundir los planos de previsibilidad subjetiva con la culpabilidad del sujeto (55).

— La falta de ubicación del criterio de adecuación en la teoría del delito, éste aparece como una característica de la acción previo al exámen del tipo legal (56).

— La gran imprecisión de los criterios utilizados por la teoría de la adecuación. En efecto, era inseguro las condiciones cognoscibles por una persona inteligente y la experiencia común sobre los nexos causales; era también impreciso el grado de posibilidad que debía producirse para considerar el resultado previsible (57); finalmente, se se-

(51) COBO-VIVES (1987), p. 285, RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 298. MIR (1985), p. 189. Obsérvese, no obstante, las reflexiones realizadas en las notas 47 y 50.

(52) BUSTOS (1984), p. 172.

(53) CEREZO (1985), p. 290. Como afirma GIMBERNAT (1966), p. 70: «Que el resultado no fuese previsible no tiene nada que ver con la relación real de causalidad que es idéntica en ambos casos.»

(54) GIMBERNAT (1966), p. 93.

(55) COBO-VIVES (1987), p. 285. CEREZO (1985), p. 288. Si bien pareciera que esta crítica sólo afectaría a la formulación inicial de la teoría de la causalidad adecuada.

(56) RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 298.

(57) CEREZO (1985), p. 289, advierte que en caso de ser esta posibilidad muy reducida, el resultado siempre podría considerarse objetivamente previsible; por el contrario, un grado muy superior de posibilidad aparecería como excesivamente restrictivo. Por ello se recoge la fórmula de Engisch de que el resultado no aparezca como absolutamente improbable.

ñala la imprecisión del propio suceso que se juzga, esto es, de acuerdo al grado de generalización con el que se formulen las preguntas las respuestas serán distintas (58).

— Se alega también que la restricción del injusto obtenida no aparece aún como suficiente, ello es debido a que la sola consideración del criterio de adecuación no permite la exclusión de conductas peligrosas permitidas (realizadas con la diligencia debida) en las que el resultado lesivo aparece objetivamente previsible (59).

De forma paralela se aduce que tampoco consigue restringir los supuestos de acciones que implican una disminución de riesgo, en las cuales el resultado lesivo aparece como adecuado (previsible) (60).

Este cúmulo de críticas produjeron que la teoría de la causalidad adecuada no gozase de amplia aceptación. Ello impulsó, anclados aún en las discusiones de la causalidad, el surgimiento de nuevas teorías.

4. TEORIAS INDIVIDUALIZADORAS

Como hemos señalado en tanto la discusión para determinar qué acciones eran típicas, se situaba en el plano de la causalidad, se propició la aparición de numerosas teorías causales.

Entre estas teorías deben citarse las *teorías individualizadoras* que pretendían, en base a distintos criterios científico-naturales (61) (causa última, causa eficiente, etc.), distinguir de entre los múltiples factores concurrentes en un suceso entre condición y causa, en atención a qué condición posee mayor eficacia en la causación del resultado.

Varias son las críticas de que han sido objeto estas teorías:

— La dificultad de comparar cada condición y establecer entre ellas distinta jerarquía (62).

— La imposibilidad de deducir mayor o menor responsabilidad penal en base a unos criterios físico-naturales (63).

— La dificultad de aplicarlas para casos distintos del grupo para el que fueron ideadas (64).

— Y, en fin, la constatación de que el carácter de injusto de una acción es una cuestión valorativa que no puede depender de criterios ontológicos (65).

(58) Como advierte STRATENWERTH (1982), p. 83, lo grave es que la propia forma de cómo se realiza este proceso de generalización se sustrae a toda regulación.

(59) MUÑOZ CONDE (1984), p. 23.

(60) BUSTOS (1984), p. 172.

(61) Véanse, no obstante, las consideraciones expresadas en la nota 44.

(62) MIR (1985), p. 188.

(63) MIR (1985), p. 186.

(64) GIMBERNAT (1966), p. 98.

(65) GIMBERNAT (1966), p. 98.

El hecho de que estas teorías se consideren actualmente superadas por parte de la doctrina (66), entendemos exime de un análisis más pormenorizado de las mismas.

5. TEORIA DE LA RELEVANCIA

Esta teoría desarrollada por Mezger podría considerarse un *precedente* de la moderna teoría de la imputación objetiva en cuanto por primera vez distingue claramente los dos planos en los que la discusión se desarrolla (67).

Así, por lo que respecta al problema causal, no duda en acoger la teoría de la equivalencia, única teoría que se considera correcta desde un punto de vista causal. Con ello se pretende conseguir la necesaria congruencia, de la que adolecía la teoría de la causalidad adecuada, entre la causalidad natural y la causalidad jurídica, afirmándose que el Derecho no puede elaborar un concepto propio de causa al margen de los dictados de las ciencias naturales.

El segundo paso será negar que todas las causas intervinientes en un suceso sean *jurídicamente* equivalentes. Esto es, si bien no se niega su carácter causal, sí se objeta que éste sea el único criterio sobre el cual deba fundamentarse la responsabilidad penal. Por ello, se afirmará que el Derecho penal sólo toma en consideración aquellos procesos causales *relevantes* (68).

Por consiguiente, tres serán los requisitos sobre los que descansará la responsabilidad penal:

- El nexo causal (determinado conforme a la teoría de la equivalencia) entre la acción y el resultado.
- La relevancia de este nexo causal.
- La culpabilidad del agente (69).

El tercer paso será delimitar los criterios en base a los cuales se afirma la relevancia de los cursos causales.

Para dictaminar el carácter relevante se acoge el criterio de la *adecuación* elaborado por la teoría de la causalidad adecuada (70). Ello

(66) JESCHECK (1981), p. 391. MIR (1985), p. 187. Si bien se advierte que el Tribunal Supremo recurre a ellas para solucionar determinados problemas particularmente conflictivos.

(67) En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 299. Véanse, no obstante, las consideraciones expresadas en las notas 47 y 50.

(68) En este sentido, declara MEZGER (1958), p. 109: «(...) también el Derecho penal investiga, en cuanto a los sucesos que corresponden a su apreciación, acerca de las *relaciones causales* y adopta el *concepto general de causalidad*; es un problema *aparte* el de establecer si y hasta qué punto la *responsabilidad* jurídico-penal se basa en las relaciones obtenidas de esta manera».

(69) RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 299.

(70) Ello dio base a que se considerase a la teoría de la relevancia como un teoría de la adecuación con otro nombre. MEZGER (1958), p. 144.

es debido a que se considera relevante aquello que generalmente es apropiado para producir el resultado. Sin embargo, a diferencia de la teoría de la causalidad adecuada, no se niega el carácter causal del resto de condiciones concurrentes, sino exclusivamente su relevancia (71).

Finalmente, el carácter de adecuación debe dictaminarse desde el *tipo* penal, éste nos indicará qué acciones (cursos causales) son relevantes (apropiados) para vulnerar el bien jurídico protegido (72). El tipo penal expresa la voluntad manifestada, un resultado y un nexo causal propio. Este nexo causal circunscrito en el tipo debe ser apropiado para producir el resultado lesivo, excluyéndose el resto de cursos causales inadecuados (aquellos que son imprevisibles y por ende irrelevantes) del tipo penal.

El criterio de relevancia aparece por consiguiente dotado de una ubicación sistemática en la teoría del delito que la perspectiva de la adecuación se había mostrado incapaz de alcanzar.

De acuerdo con estos criterios, la teoría de la relevancia permite la exclusión en el ámbito del injusto de las acciones inadecuadas (73).

La teoría de la relevancia permite adicionalmente la ubicación clara de la relación de causalidad en el ámbito de la tipicidad y no como un elemento —previo— de la acción (74).

Entiendo que también constituye un mérito de la teoría de la relevancia el haber distinguido claramente los dos niveles en los que la discusión se desarrollaba. En un plano causal se afirmará la teoría de la equivalencia, y posteriormente se tratará de encontrar criterios

(71) A diferencia de la teoría de la causalidad adecuada, «no incurre en el defecto de trocar lo “irrelevante” para el Derecho en “inexistente”». RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 301.

(72) En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 300, señala que el curso causal debe ser «relevante conforme al “sentido” del correspondiente tipo».

(73) Sin embargo, como observa GIMBERNAT (1966), p. 72, la teoría de la relevancia excluye, asimismo, acciones adecuadas, pero realizadas con la debida diligencia (acciones peligrosas permitidas), e incluso aquellas realizadas sin el debido cuidado siempre que éste se hubiese producido de igual forma aun observándose un comportamiento prudente.

(74) RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 302, nota 18. La anterior concepción era lógica al amparo de la doctrina causal de la acción que consideraba el resultado como un elemento de ésta. Ello es objetable desde un punto de vista lógico —no se puede considerar el efecto como elemento de la causa— y dogmático. En efecto, en los delitos de actividad o en las formas imperfectas de ejecución debía concluirse que faltaba la acción. Adicionalmente el hecho de que al referirse al resultado sólo se está tomando en consideración el resultado *típico* comporta introducir un elemento de la tipicidad al estadio previo de la acción (supuestamente considerada de forma prejurídica). Estas objeciones conducen a afirmar que resultado y relación de causalidad no son elementos de la acción, sino del tipo legal. Véase al respecto RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), p. 290.

No obstante, como advierte SILVA (1984), p. 1041, nota 5, en ocasiones se diferencia la causalidad en sí de sus restricciones y se analiza la primera como un elemento *previo* al tipo legal.

normativos que nos permitan adscribir determinadas acciones causales (de acuerdo a la teoría de la equivalencia) al tipo legal; esto es, la declaración de tipicidad de determinados comportamientos no será ya obra de la causalidad, sino que deberá realizarse en base a criterios normativos provenientes de la ciencia jurídico-penal.

Ahora bien, si éste es su gran mérito, allí parece residir, asimismo, su mayor limitación. En efecto, nada nos dice la teoría de la relevancia acerca de los *critérios* que deben acogerse para determinar qué acciones son o no relevantes.

El análisis de los tipos cuando estos sean de naturaleza causal (es decir, nombren un resultado y admitan todo comportamiento causal para producir este resultado) no nos revela los criterios en base a los cuales excluir determinados cursos causales. Como señala Gimbernat: «Mezger se limita a decir, en definitiva, que las condiciones inadecuadas del resultado no son relevantes porque no lo son» (75).

Ello comportó que a pesar de la corrección de sus criterios iniciales, tuviera una limitada acogida en la doctrina.

Sin embargo, podríamos señalar que a partir de ella se inicia la elaboración de unos criterios que permitan restringir en el injusto las consecuencias extensivas que conlleva la teoría de la equivalencia.

Estos criterios normativos son los que la moderna teoría de la imputación objetiva pretende ofrecer.

Debe indicarse, no obstante, que éste no fue el único camino adoptado para conseguir esta deseada restricción.

En efecto, es dable constatar dos procesos adicionales expuestos por Gimbernat (76).

Por un lado, tras años de discusiones de las teorías causales empieza a imponerse la idea de que se le ha otorgado a este problema una extensión desmesurada. Así se afirma que el problema causal tiene un ámbito reducido a los delitos de resultado que permiten la separación entre acción y resultado, al propio tiempo se propugna su estudio en la Parte Especial, limitándolo al grupo de delitos que planteen tal problemática.

Adicionalmente, se critica la concepción de los tipos legales como mera descripción de procesos causales. El problema aparece cuando se trata de delimitar este plus adicional de los tipos. Fruto de ello surge una extensa polémica respecto del concepto de acción. Como observa Gimbernat, si la tipicidad consistía en una acción que causa-

(75) GIMBERNAT (1966), p. 74. De otra opinión, RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), pp. 301-302, nota 18, quien considera: 1.º) que el recurso a la tipicidad no sustituye, sino que completa el criterio de la adecuación; 2.º) que incluso en aquellos tipos legales en los que el verbo sea indeterminado tiene lógica recurrir a determinar el «sentido» del tipo analizando el resto de características típicas. Admite, no obstante, la existencia de supuestos límites, pero niega que estas dificultades sean exclusivas de la teoría de la relevancia.

(76) GIMBERNAT (1966), pp. 66-68.

ba un resultado y los intentos adoptados hasta el momento de limitar su ámbito por medio de las teorías causales habían resultado estériles, era lógico que esta delimitación se intentase en base al siguiente elemento: la acción.

No podemos desarrollar en este artículo la extensa polémica que se desarrolló entre los partidarios de la acción final y la acción causal, así como los defensores de la acción social. Baste, sin embargo, señalar que del mismo modo que el escepticismo acabó haciendo mella respecto de la capacidad del dogma causal para restringir el círculo de acciones típicas, también las distintas teorías de la acción se revelaron incapaces de —partiendo de los caracteres ontológicos de la acción— producir la deseada limitación (77).

Por consiguiente, la situación parecía hallarse en un callejón sin salida. En efecto, si se admite que la teoría de la equivalencia es la única teoría causal, ello conduce a considerar típicas infinidad de acciones. Para conseguir una adecuada restricción se argumenta que los tipos penales no castigan meras acciones causales, sino que éstos requieren un plus. Este plus, sin embargo, no pueden obtenerse ni de las diversas teorías causales (que pretenden restringir el concepto de causalidad) ni de las diversas teorías de la acción (que pretenden restringir el concepto de acción) (78).

Ante esta situación surge la teoría de la imputación objetiva que contará como trasfondo con los siguientes datos:

— La reducción de la problemática causal a un reducido grupo de delitos, los delitos de *resultado* (79).

— La aceptación de la teoría de la *equivalencia* como única teoría causal.

— La comprensión de la relación de causalidad como un elemento del tipo y *presupuesto* de la imputación objetiva.

— La necesidad de elaborar unos criterios *normativos* que permi-

(77) GIMBERNAT (1966), pp. 117-118.

(78) Esto, no obstante, los partidarios de las tesis finalistas afirman la idoneidad de la concepción del *injusto personal* para delimitar el ámbito de las acciones típicas. Ello es debido a que la ubicación del dolo y la imprudencia en el tipo legal permite la exclusión de muchos de los supuestos que una perspectiva causalista (que acoja la teoría de la equivalencia) no tiene más remedio que considerar incluidos en el injusto. Por ello, de acuerdo a una perspectiva finalista, la teoría de la imputación objetiva aparece redundante.

Debe advertirse que no todos los partidarios de una teoría causalista entienden necesarios los criterios de la imputación objetiva para restringir el ámbito del injusto, así COBO-VIVES (1987), p. 286; del mismo modo que no todos los que acogen una sistemática finalista consideran la imputación objetiva como algo redundante, así BUS-TOS (1984), pp. 227-230.

(79) Si bien se discute si el ámbito de aplicación de la imputación objetiva debe verse, asimismo, limitada a este grupo de delitos. Véase TORIO (1986), p. 47. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), p. 83.

tan delimitar el círculo de acciones típicas (80). Los cuales exigirán que además de la causalidad de la acción respecto del resultado, entre éste y aquélla se dé una determinada *relación de riesgo*.

6. LA IMPUTACION OBJETIVA

a) *Exposición de la doctrina de Larenz y Honig*

Acostumbra la doctrina a citar como precedentes de la teoría de la imputación objetiva los planteamientos desarrollados por Larenz y Honig. Aparece por ello necesario exponer brevemente la perspectiva de ambos autores:

1. El pensamiento de Larenz (81)

De acuerdo con Larenz la imputación objetiva describe aquel *juicio por el cual determinado hecho aparece como obra de un sujeto*.

Anteriormente se diferenciaba entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*, esto es, imputación al hecho e imputación a la culpabilidad. Esta diferenciación desapareció en los hegelianos desde el momento en que ellos unieron ambos juicios al entender que para el derecho sólo el hecho culpable tenía interés. Posteriormente ambos juicios volvieron a dividirse y se distinguió el hecho del hecho culpable. No obstante, se había operado una curiosa transformación, la relación del hecho con la voluntad del sujeto era entendida como una relación meramente causal. Debe afirmarse, sin embargo, que la imputación al hecho no tiene en modo alguno un significado similar a la relación causal.

La imputación no es nada más que *el intento de delimitar los hechos propios de los acontecimientos accidentales*. Cuando se señala que alguien es el causante de un determinado hecho se está afirmando que este acontecimiento es su propia obra, su propia voluntad y no un suceso accidental.

Al describirse la causa como el conjunto de condiciones, aparece claro la imposibilidad de nombrar a sólo una de ellas como la causa, e imputarle exclusivamente a ella el efecto como propio. Todos los

(80) Como ya hemos observado, ello se hace *tras* comprobar su carácter causal y no una vez investigada la posibilidad de atribuir determinada acción al tipo, comprobar su carácter causal como sugerían GIMBERNAT (1961), p. 547, y MAURACH, *cit.* por RODRÍGUEZ MOURULLO (1978), nota 18, p. 302.

(81) La obra en la cual nos basamos es LARENZ (1927). Lo que sigue a continuación es una síntesis de su pensamiento que puede encontrarse fundamentalmente en las páginas 60-105, por lo que no se darán referencias exactas en cada caso.

intentos de los juristas de describir el hecho como una mera relación causal, o de basar el juicio de imputación en un mero juicio causal están de antemano destinados al fracaso.

Cuando en Derecho se plantea: «A» envía a «B» al bosque con la esperanza de que le alcance un rayo, cosa que efectivamente sucede, la pregunta no es si «A» ha causado la muerte de «B». Ello es evidente desde un punto de vista causal de las ciencias de la naturaleza. Pero la pregunta debiera ser si a «A» se le puede imputar objetivamente el hecho como propio o si por el contrario éste debe ser visto como una consecuencia accidental de una constelación de factores. La pregunta por consiguiente no es una pregunta causal, sino una cuestión de imputación.

El problema no es la delimitación de las causas, sino la delimitación de los aspectos que pueden ser vistos como obras de la libertad de actuación. Sólo la voluntad dirige un proceso causal, sólo la voluntad tiene la posibilidad de transformar las consecuencias accidentales en un hecho propio. Por consiguiente, *la imputación de un hecho es la relación del acontecimiento con la voluntad.*

Sólo la persona puede ser causante, sólo ella puede ser autor, como Kant definiera: «Persona es aquel sujeto cuyas acciones son capaces de ser imputadas».

Ello presupone la existencia de un hombre libre. Esta libertad es lo que posibilita la imputación de sus hechos y la responsabilidad por ellos. Esta libertad se plasma en sus actos, en estos se exterioriza el propio sujeto; son los resultados de su propia identidad. Por ello, el hecho de un sujeto no es algo extraño e indiferente, sino la revelación de su ser. En consecuencia, el hecho no es una mera transformación, una sucesión de causas y efectos, sino una singularidad, un todo. El sujeto no es sólo el primer eslabón de una cadena de causas y efectos, sino su principio configurador: en el doble sentido de la palabra, principio como comienzo, como punto de inicio y como regulador del acontecimiento. Por ello puede serle imputado el hecho como propio, porque éste es algo original y propio.

La voluntad se realiza en el hecho, a través de la capacidad de marcarse objetivos y de dirigir el proceso causal hacia un determinado objetivo, la voluntad domina los acontecimientos de la naturaleza y los transforma en sus propios hechos. El hecho se presenta como una totalidad teleológica, esto es, como una relación de causas y efectos que es transformada por obra de la voluntad al dirigirla hacia una finalidad. *La imputación como un juicio sobre el hecho no es, por consiguiente, un juicio causal, sino teleológico.*

El concepto de finalidad (*Zweckbegriff*) no debe interpretarse, sin embargo, como algo subjetivo, sino en un sentido *objetivo*, esto es, no sólo se imputa lo que era querido y sabido, sino que también debe imputarse lo que era conocido y, por tanto, podía ser abarcado por la voluntad, lo que aparecía como un objeto posible de la volun-

tad. Tampoco este juicio de posibilidad es un juicio causal, ya que lo que aquí se cuestiona no es la posibilidad de un determinado proceso causal, sino su dirigibilidad (dominabilidad) por obra de la voluntad. En consecuencia, el hecho es la realización de la voluntad y la imputación el juicio que relaciona este hecho con la voluntad.

Este concepto de hecho es acorde con el término hegeliano de acción. Acción para los hegelianos es una totalidad de momentos objetivos y subjetivos. Los aspectos subjetivos son la voluntad, esto es, los esfuerzos del sujeto para realizar su propósito; los momentos objetivos son el hecho entendido por tal los acontecimientos provenientes del sujeto, los cuales pueden ser imputados en la medida en que estén comprendidos por la voluntad. De ahí, por consiguiente, que *la imputación sea para los hegelianos aquel juicio por el cual un determinado acontecimiento puede ser descrito como una acción.*

Los hegelianos tenían razón en considerar la acción como una totalidad, no sólo como una suma de causas y efectos, sino como un todo dirigido por la voluntad. Asimismo, tenían razón en negar la importancia de la *imputatio facti* en tanto en cuanto ésta describía exclusivamente relaciones causales. Sin embargo, era cuestionable la unidad impuesta por ellos de tal forma que imputación al hecho era imputación a la culpabilidad. La diferenciación de *imputatio facti* como juicio de imputación del hecho, y la *imputatio iuris* como el juicio de la valoración del hecho les fue desconocida. De esta forma se inicia el error en el que posteriormente caerían todos los juristas de igualar la *imputatio facti* a la causalidad.

Por el contrario, nosotros debemos afirmar que la *imputatio facti* no dice relación ni con la causalidad ni con la culpabilidad. De la acción culpable separamos el concepto de hecho. Este como tal no contiene aún un juicio de valor, puede ser antijurídico, conforme a Derecho o indiferente. Pero cada hecho no es sólo una sucesión de consecuencias causales, sino una totalidad que comprende un elemento teleológico, antes de que pueda ser valorado jurídicamente. En conclusión, sí estamos de acuerdo en que la acción es voluntad realizada, en que la imputación es el juicio sobre la libre causalidad de la voluntad, pero no en la identificación entre hecho y culpabilidad.

La acción causal perdió este concepto total de acción proveniente de los hegelianos. Esta fue descrita como un movimiento corporal, un hacer o no hacer independiente de su finalidad; como ellos mismos describían era un fantasma sin sangre, producto del pensamiento analítico del positivismo.

Por el contrario, *acción* es exteriorización de la voluntad, esto es, un movimiento corporal dirigido por la voluntad hacia una finalidad. Con el concepto de *hecho*, finalmente comprendemos lo que Binding y los hegelianos situaron bajo el término de acción: la completa realización de la voluntad, a saber, el movimiento inmediato del sujeto —la acción— como los más lejanos, los acontecimientos

desencadenados —las consecuencias de la acción— en tanto en cuanto estén en una relación teleológica, sean dominables por la voluntad al servicio de su objetivo.

La acción y sus consecuencias construyen un todo, que encuentra su unión en la voluntad rectora: el hecho del sujeto. La acción y el hecho se diferencian del hacer y acontecer por su relación con la voluntad que les confiere su significado teleológico. La imputación es la relación de un hecho con su voluntad.

La voluntad dirige el proceso causal al orientarlo hacia un fin, al ponerlo al servicio de una finalidad. Existen dos aspectos que posibilitan esta «causalidad de la voluntad»: la capacidad del sujeto de prever un curso causal, de conocer los efectos de determinadas causas, el momento del conocimiento, de la previsibilidad; y la capacidad, de acuerdo a este conocimiento, de asir este proceso causal, de convertirse en causa y darle la dirección deseada, el momento de la causalidad de la voluntad.

Sólo el conocimiento no bastaría si el sujeto no tiene la posibilidad de incidir en este proceso causal, tampoco este poder sería útil si el sujeto no pudiese prever las consecuencias de su incidencia sobre el propio curso causal. En conclusión, la causalidad de la voluntad llega hasta donde alcanza la posibilidad de *prever y dominar*; esta posibilidad delimita la frontera de la imputación de los propios hechos respecto de los sucesos accidentales. Este juicio sobre el hecho no es el juicio sobre una relación causal, sino sobre una relación teleológica que reconduce el acontecimiento a la voluntad.

Sin embargo, la llamaremos imputación *objetiva*, porque esta posibilidad de prever no se mide de acuerdo a las capacidades y conocimientos del autor concreto, sino de acuerdo a un criterio general, objetivo, del hombre inteligente-prudente (einsichtigsten Menschen).

Del mismo modo deben ser tratados los casos de *omisión*. En estos no puede hablarse de causalidad, sino también de la posibilidad de la voluntad de dirigir el proceso causal, de la posibilidad de prever el resultado y de evitarlo.

Sólo cuando existe la posibilidad de actuar tiene sentido hablar de omisión, la naturaleza no puede ni actuar ni omitir, sólo acontecer, debido a que ella no se determina, no puede realizar su finalidad. Debido a que la posibilidad de omitir una determinada acción es una posibilidad de la voluntad, aparece por ello imputable la omisión. Las acciones y omisiones no describen por ello puros cursos causales, sino relaciones teleológicas, la relación de un acontecimiento con la voluntad del sujeto.

También la imputación de la omisión nos indica si este hecho del sujeto puede ser afirmado como su propia obra. Ello es independiente —al igual que sucedía en la acción— de la valoración jurídica de

esta omisión (82); ésta sólo aparecerá como imputable cuando existía la posibilidad de dirigir el proceso causal por la voluntad de acuerdo a una finalidad. *Son imputables, en consecuencia, aquellos acontecimientos sobre los cuales existía la posibilidad de ser dirigidos por la voluntad: ya sea hacia la realización de un suceso previsible o hacia su posible evitación.*

Del mismo modo que no puede imputarse cada curso causal, sino sólo aquel dirigible por la voluntad y previsible, también puede imputarse un curso que si bien no aparece relacionado causalmente con el sujeto tiene una determinada relación con su voluntad.

La complicación de la omisión, en palabras de Binding, sólo es debido a su unión con el naturalismo positivista que entendió que era un problema causal. En realidad es una cuestión de contestar si queremos responsabilizar a un determinado sujeto, es decir, imputarle el resultado, aun cuando no lo haya causado, por el hecho de que no podía y debía haberlo evitado (83).

Síntesis del pensamiento de Larenz:

— La imputación objetiva tiene como tarea deslindar los acontecimientos accidentales del hecho propio de un sujeto.

— Esta diferenciación no puede basarse en la causalidad común al hombre y a la naturaleza. Lo distintivo del hecho propio es que aparece como una realización de la voluntad del sujeto.

— Por hecho se entiende la acción y las consecuencias de la acción en cuanto era posible abarcarlas por la voluntad (84).

— El juicio de imputación objetiva es por ello un juicio teleológico que busca reconducir el hecho acaecido a la voluntad personal.

— Esta relación entre el hecho y la voluntad existe cuando el suceso es previsible (85) y dominable.

(82) La cual será dolosa cuando le era posible evitarla, previsible y la dejó entrar de propósito o culposa cuando le hubiera sido posible preverla.

(83) A continuación esboza Larenz la relación entre imputación y responsabilidad. Este aspecto no será objeto de desarrollo, baste destacar cómo la imputación aparece como un presupuesto de la responsabilidad. Así señala: «Sin imputación no existe responsabilidad, sólo cuando el hecho aparece como propio puede surgir de él una responsabilidad. Debe, consecuentemente, separarse el juicio teleológico acerca del hecho, del juicio normativo acerca de la valoración del hecho».

(84) No aparece claro en mi opinión si se refiere a lo que conocía y quería, y a lo que era conocido y, por tanto, podía ser abarcado por la voluntad. En este caso estamos frente a un conocimiento actual, LARENZ (1927), p. 68. O si por el contrario se comprende lo que conocía y quería y lo que le hubiera sido posible conocer. En estos casos se comprendería el conocimiento potencial. LARENZ (1927), p. 75.

(85) Si bien LARENZ (1927), p. 84, parte de una previsibilidad objetiva, en determinadas ocasiones parece acoger el criterio de una previsibilidad subjetiva dependiente de la capacidad del sujeto, LARENZ (1927), p. 76.

2. Exposición del pensamiento de Honig (86)

También Honig parte de que para el ordenamiento jurídico lo decisivo no es la constatación de una mera relación causal, sino de una relación jurídica especial entre la acción y el resultado.

En los procesos que conducen a un resultado no se trata de comprobar la causalidad, sino de valorar esta relación de causalidad. El problema de la causalidad está ya decidido cuando se constata que la acción fue una condición necesaria para que el resultado se produjese. Pero con la constatación de esta relación fáctica aún no se ha dicho si esta relación es significativa para el Derecho o si es suficiente. Esta es precisamente la *tarea de la imputación objetiva: contestar a la cuestión axiológica de la significación de la relación de causalidad para el ordenamiento jurídico, de acuerdo a criterios señalados desde el propio ordenamiento jurídico.*

Este juicio parte de la base de la existencia de un relación entre la acción humana (en el sentido de exteriorización de la voluntad) y el resultado. Se podría objetar que también la causalidad busca la conexión entre una acción y el resultado, pero ello no se deriva en modo alguno del concepto de causalidad. Este entiende como causa el conjunto de condiciones, por consiguiente, el tomar en consideración exclusivamente las *acciones* es ya un uso jurídico de la relación causal.

La segunda restricción de la causalidad filosófica es el resultado. En él reside la lesión (puesta en peligro) del bien jurídico. Este sólo tiene interés para el Derecho cuando aparece vinculado a la acción de un hombre.

No obstante, señalar que entre la acción y el resultado existe sólo una relación de causalidad, no hace justicia a la esencia del actuar humano como una exteriorización de la voluntad.

La conducta como exteriorización de la voluntad es, en oposición a los restantes innumerables factores, algo originario, una colocación consciente de causas, un acto quasi-productor, una intervención final (Zweckhaften Eingreifen) de la razón del hombre en la naturaleza precedente y por ello una manifestación teleológica. Si la imputación objetiva describe la relación de un resultado con la actuación, el contenido de este juicio de imputación dependerá de la originaria actuación *teleológica* de la voluntad humana. Esta relación teleológica es observable en base a que el hombre realiza sus objetivos (su finalidad) incidiendo en la naturaleza, poniendo a ésta a su servicio. Es obvio que este poder tiene límites, pero en tanto el hombre tiene capacidad prevé los efectos de determinado comportamiento, en tanto

(86) La exposición del pensamiento de Honig está basada en su artículo, HONIG (1930), pp. 174-201.

tiene capacidad dirige (realiza o evita) estos efectos variando su comportamiento. Por ello, su comportamiento —objetivamente considerado al margen de lo que de hecho quería— puede ser visto como exteriorización final de su voluntad. En consecuencia, el criterio que permite imputarle un hecho y diferenciarlo de los acontecimientos accidentales es esta objetiva finalidad (*objektive Zweckhaftigkeit*). De este modo puede afirmarse que son *imputables aquellos resultados que pueden ser pensados como colocados finalmente*.

Que con ello aún no se ha planteado la responsabilidad del sujeto por su comportamiento o por el resultado, debiera ser evidente. Aún no se ha dicho nada respecto de si el autor quería, aprobó o sólo previó el resultado, por consiguiente, aún no sabemos cuál era su relación psíquica con el resultado. Se trata sólo de un *juicio objetivo* sobre esta relación teleológica del comportamiento con el resultado, sobre su *alcanzabilidad* (*Erreichbarkeit*) o *evitabilidad* (*Abwendbarkeit*) *para cualquiera* que se encuentre en la misma situación.

Aun cuando este juicio no tome en consideración el conocimiento y querer actual del autor, sí debe atender a sus capacidades potenciales. El criterio es si el sujeto podía con su comportamiento, junto con el resto de factores exteriores, realizar o evitar el resultado. La contestación a esta pregunta debe ser resuelta en cada caso concreto —a diferencia de la generalización que opera la teoría de la adecuación— en atención a su alcanzabilidad.

A diferencia de la teoría de la causalidad adecuada, la clave de la relación del autor con el resultado no estriba en la previsibilidad, sino en la *dirigibilidad del proceso causal*. Ello es lógico porque el Derecho se dirige a comportamientos que al hombre le sea posible observar, los que estén en su ámbito de poder. Ello permite extraer la conclusión de que *sólo tienen significación jurídica aquellos comportamientos causales respecto del resultado cuando éste pueda ser pensado finalmente en virtud de su alcanzabilidad o evitabilidad*.

La antijuridicidad y reprochabilidad del mismo sólo pueden considerarse cuando existe la posibilidad de evitar el resultado prohibido o de realizar el resultado pedido.

Ello es también aplicable a los delitos de *omisión*. Si en los delitos de acción se afirma la causalidad de un comportamiento cuando éste no puede ser ignorado sin que desaparezca el resultado, en los delitos de omisión una falta de actividad puede ser descrita como causal cuando el comportamiento hubiese evitado el resultado. Sólo puede hablarse de causa cuando esta inactividad tenga el mismo significado que una acción.

Pero esta causalidad del hacer o del omitir se basa en la posibilidad de elegir una u otra actuación, en la posibilidad de autodeterminarse. Sólo cuando existe la posibilidad de actuar, adquiere la omisión su significado jurídico. Por consiguiente, hablamos de una omisión cuando el resultado era previsible y dominable, esto es, era evitable.

Si el sujeto no podía evitarlo no tiene ningún sentido decir que «omitió» su evitación.

De esta forma, en la omisión, junto con la causalidad, lo relevante era la posibilidad de evitar el resultado, si le era posible en vez de permanecer inactivo, evitar el resultado realizando la acción correspondiente.

La contestación debe ser positiva cuando en las circunstancias concretas el resultado era previsible y estaba en el ámbito de poder del autor por medio de un comportamiento evitarlo, o dicho de otro modo, cuando la inactividad respecto del resultado puede ser pensada como dispuesta finalmente. Precisamente, en base a esta previsibilidad y evitabilidad del resultado la omisión aparece objetivamente imputable.

Sólo la posibilidad de actuar confiere a la inactividad el significado de una omisión. En consecuencia, sólo cuando el resultado es objetivamente imputable a un no-hacer, tiene esta inactividad el significado de una omisión. *La imputación objetiva del resultado es un elemento constitutivo de la omisión.*

Este tipo de razonamiento es, asimismo, aplicable a los delitos de acción. También en éstos la imputación objetiva del resultado a la acción es un elemento constitutivo de la tipicidad.

Este juicio de imputación sobre la base de si la actuación de la voluntad era de acuerdo a la experiencia un medio adecuado para producir el resultado, si la actuación de la voluntad y el resultado pueden ser vistos como un todo teleológico, si el resultado constituye el objeto de la voluntad, esto es, si era dirigible por ésta.

De la misma forma que un comportamiento sólo se constituye en un objeto jurídico cuando éste es dependiente de la voluntad, el resultado sólo puede ser relacionado con este actuar cuando su realización aparece como un posible objetivo alcanzable por la actuación en las condiciones dadas.

Por consiguiente, sólo se puede hablar de una actuación en el sentido de realización típica cuando la producción del resultado puede ser pensado como el objetivo del comportamiento activo. O dicho de otro modo, un comportamiento activo sólo tiene el significado de actuación típica cuando el resultado, que no se hubiera producido sin este comportamiento, aparecía al mismo tiempo como un posible objeto de la voluntad, esto es, era alcanzable por un actuación correspondiente a la voluntad.

Síntesis del pensamiento de Honig:

— La imputación objetiva tiene como función dilucidar la significación jurídica de una relación de causalidad ya dada.

— Esta relación de causalidad es significativa para el Derecho penal cuando aparece dirigida por la voluntad humana.

— Sólo aparece presidida por la voluntad humana cuando ésta podía prever y dirigir (alcanzar o evitar) su curso.

— Por ello, sólo son imputables aquellos resultados que aparecían como previsibles y dirigibles, esto es, colocados finalmente por la voluntad.

— Sólo la imputación objetiva del resultado —previsibilidad y evitabilidad— permite constituir una omisión (típica); sólo la imputación objetiva del resultado —previsibilidad y alcanzabilidad— permite constituir una acción (típica) (87). La imputación objetiva del resultado es, por consiguiente, un presupuesto de la tipicidad del comportamiento.

— Con ello conseguimos imputar un resultado, pero ello no nos indica aún la relación psíquica del sujeto con este resultado. Es por ello una imputación objetiva.

b) Explicación y revisión de los criterios elaborados por Roxin

Como es sabido fue Roxin, fundamentalmente, quien en base a la doctrina elaborada por Honig, procedió a desarrollar diversos criterios de imputación objetiva. A continuación realizaremos una exposición de los mismos, señalando cuándo estos han sido complementados o bien objeto de revisión y crítica por parte de la doctrina española, quien en su mayoría, no obstante, los ha acogido sin variación.

También Roxin parte de que para Honig sólo es imputable aquel resultado que puede concebirse como dispuesto finalmente. De tal forma, aun cuando exista una relación de causalidad, faltará la posibilidad de imputar objetivamente el resultado en los cursos causales irregulares o no dominables, ya que en éstos falta la posibilidad de ejercer un control sobre ellos (88).

Este planteamiento se basa en la misión del Derecho penal. Este tiene que regular los comportamientos humanos dirigiendo sus mandatos y prohibiciones a la voluntad, pues sólo ésta es motivable. Pero estas directrices sólo tienen sentido respecto de algo que la persona pueda prever y dirigir (realizando o evitando). En consecuencia, aquellos resultados que no le sean dados prever o dirigir no aparecen dispuestos finalmente y consiguientemente no constituyen realizaciones típicas.

Sin embargo, de acuerdo con Roxin, esta finalidad objetiva (la posibilidad de prever y dirigir) no se basa en una «facticidad del poder» (89). En efecto, añade Roxin, si el ordenamiento jurídico no prohíbe a «A» que envíe a un guardabosques al bosque para que le alcance un rayo, ello no se debe a que el ordenamiento jurídico

(87) Véase al respecto las consideraciones expuestas por GIMBERNAT (1987b), p. 607 y nota 95, p. 607.

(88) ROXIN (1976), p. 129.

(89) ROXIN (1976), p. 130.

no pueda prohibirle esta actuación, el ordenamiento jurídico no lo prohíbe porque «dicha conducta no crea un riesgo mensurable de lesión de un bien jurídico» (90). Por consiguiente, Roxin equipara la finalidad objetiva, o posibilidad de dominio a través de la voluntad humana, con la creación de «un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico» (91). Este aspecto es independiente y anterior a la catalogación del comportamiento como doloso o culposo (92).

Hoy es aceptado unánimemente por la doctrina (93) como *principio general de imputación objetiva el que la acción humana haya creado un riesgo jurídicamente desvalorado y éste se haya realizado en el resultado*.

Ello requiere, por consiguiente, la comprobación de: 1.º) la acción ha creado un riesgo (en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones); 2.º) que este riesgo es jurídicamente desvalorado, y 3.º) que se ha plasmado en la realización de un resultado típico.

Desarrollando este principio Roxin ha elaborado los siguientes criterios de imputación objetiva:

1. Disminución de riesgo

Ejemplo: «A» ve cómo una piedra va a dar en el cuerpo de «B». No puede evitar que la piedra alcance a «B», pero sí desviarla de tal modo que el golpe sea menos peligroso.

En este caso, de acuerdo con Roxin, existe una disminución del riesgo para el bien jurídico protegido. En consecuencia, no puede hablarse de acción típica ya que «lo que reduce la probabilidad de una lesión no se puede concebir como dispuesto finalmente respecto a un menoscabo de la integridad corporal» (94).

Del mismo modo debieran tratarse los controvertidos casos en los que el sujeto (por ejemplo, un médico) intenta impedir una muerte y sólo consigue retrasarla.

Observaciones:

— Se ha planteado por algún sector de la doctrina que en estos supuestos la actuación podría estar amparada en una causa de justifi-

(90) ROXIN (1976), p. 130.

(91) ROXIN (1976), p. 131.

(92) ROXIN (1986), p. 5.

(93) MIR (1985), p. 189. GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 186. BUSTOS (1984), p. 229. ROMERO (1983), p. 163. TORIO (1986), p. 33. JESCHECK (1981), p. 389. STRATENWERTH (1982), p. 80. WESSELS (1980), p. 61.

(94) ROXIN (1976), p. 131. Aceptado en la doctrina española por BUSTOS (1984), p. 229. MIR (1985), p. 190. ROMERO (1983), p. 164.

cación —*estado de necesidad*— (95). Esto, no obstante, en opinión de Roxin, ello supondría reconocer que la acción constituye una acción típica de lesiones; sin embargo, en estos supuestos lo que aparece en un primer plano no es la realización de un riesgo para la integridad física, sino la evitación del mismo, aspecto éste que impide catalogar a dicho comportamiento como una acción *típica* de lesiones (96).

Esta conclusión es cuestionada por Torío (97) en base a tres consideraciones: 1.^a) ésta sería la situación en todas aquellas causas de justificación en las que el autor pretende evitar una lesión al bien jurídico (por ejemplo, legítima defensa); 2.^a) si este principio (elemento positivo) se analiza para imputar objetivamente el resultado, no puede tomarse nuevamente en consideración como elemento negativo del tipo, y 3.^a) adicionalmente parece criticable que, a diferencia del estado de necesidad, el principio de disminución del riesgo no exija ningún requisito adicional.

— Cerezo cuestiona en estos casos la existencia de un *dolo* de lesiones (98).

— En opinión de Mir, el criterio de disminución del riesgo tropieza con dificultades cuando se trata de dos bienes jurídicos distintos. En estos casos la acción si bien disminuye el riesgo para un bien jurídico (la vida), lo crea para la integridad física. En ellos puede afirmarse la imputación objetiva del resultado y debería acudir al estado de necesidad para justificar la lesión. Por el contrario, «la negación de la imputación objetiva podrá mantenerse si se contempla la lesión a la salud o integridad física, no como un *aliud*, sino como un *minus* respecto a la muerte de la misma persona» (99).

— También Armin Kaufmann (100) ha cuestionado la corrección de dicho criterio.

En opinión de este autor, Roxin plantea el ejemplo de «desviación del golpe» en forma tal que este comportamiento aparece necesario para evitar un mal mayor, con lo cual late ya en el fondo una justifi-

(95) TORÍO (1987), p. 392. JESCHECK (1981), p. 389, plantea la posibilidad de acudir a la causa de justificación del riesgo permitido.

(96) ROXIN (1986), p. 9.

(97) TORÍO (1987), pp. 392-393.

(98) CEREZO (1985), p. 326. Sin embargo, en el ejemplo manejado por Cerezo, «“A” intenta matar a “B” y “C”, quien lo observa no puede impedirlo, pero si desviar el golpe», parece dudoso que la legítima defensa excluya el dolo de lesionar. En el resto de constelaciones, Cerezo se inclina, si existe dolo, por apreciar un delito de lesiones (excepto en el caso en que la conducta esté amparada por estado de necesidad). Pero con ello se desconoce la problemática de los casos en que el sujeto actúa con dolo de lesionar, a los que eventualmente no les sea aplicable el estado de necesidad, y que, sin embargo, hayan objetivamente disminuido el riesgo de lesión del bien jurídico. Adicionalmente, supone afirmar la tipicidad de este tipo de acciones que es precisamente el aspecto que se debate.

(99) MIR (1985), p. 190.

(100) KAUFMANN (1985), p. 811.

cación. Ahora bien, ¿qué sucede si el sujeto tenía la posibilidad de desviar totalmente el golpe? «Aquí se puede argumentar que la expectativa de salud no fue disminuida, sino aumentada» (101).

Ello ha sido contestado por Roxin (102) señalando que negar que existe un delito de lesiones cuando «aumentan las expectativas de salud» o cuando la acción «disminuye el riesgo de su lesión» es absolutamente idéntico. Si ello es así en el supuesto en que el sujeto tenía la posibilidad de desviar totalmente el golpe, con mayor razón deberá negarse la imputación objetiva del resultado en los casos en que la única posibilidad era desviar parcialmente el golpe (103).

— En los casos en que el médico intenta impedir una muerte y sólo consigue retrasarla, Roxin niega (a pesar de que el médico ha causado la muerte) la existencia de una acción típica de homicidio, pues la acción del médico está guiada por el principio de disminuir el riesgo.

También ello ha sido cuestionado por Kaufmann, quien rechaza la existencia de un *resultado típico*. En efecto, de acuerdo con este autor, «matar» sería sinónimo de «acortar la vida» y esto es precisamente lo que el médico no realiza. Sólo cuando se dé un resultado típico —elemento inexistente en estas constelaciones— puede surgir la problemática de imputar objetivamente el resultado (104).

Ello ha sido de nuevo contestado por Roxin. De acuerdo con este autor, es cierto que «matar» es sinónimo de acortar la vida. Pero si se pregunta por qué esta causación de la muerte no cumple el aspecto objetivo del tipo, la respuesta sólo puede ser que este alargamiento de la vida implica una disminución del riesgo de muerte y consecuentemente este tipo de comportamientos no son imputables al tipo del homicidio. Es, por consiguiente, idéntico decir: «matar» es sinónimo de acortar la vida, o «matar» es elevar el riesgo de muerte.

Finalmente, el argumento de que sólo cuando existe un resultado típico nos podemos preguntar por su imputación; es en opinión de Roxin erróneo, ya que con la comprobación de que existe un resultado (de muerte) típico, la imputación objetiva está ya completa; es

(101) KAUFMANN (1985), p. 811.

(102) ROXIN (1986), p. 10.

(103) En mi opinión, sin embargo, no resulta claro lo que Kaufmann pretende señalar. En efecto, aun cuando el sujeto tuviera la posibilidad de disminuir totalmente el golpe, su acción objetivamente ha disminuido el riesgo. Esto es, el sujeto pasivo tenía un riesgo 10, existía la posibilidad de anularlo totalmente, riesgo 0, y sólo se ha evitado parcialmente, riesgo 5. Podría plantearse consecuentemente si este riesgo 5, *aun cuando disminuido*, es objetivamente imputable al autor. Pero esta posibilidad parece ser deshechada por el propio Kaufmann, quien al señalar que *también* en estos supuestos las expectativas de salud han sido aumentadas, parece negar validez al argumento por él mismo propuesto.

(104) KAUFFMANN (1985), p. 811. En el mismo sentido, SCHÖNE (1984), p. 7, quien añade que adicionalmente el criterio de disminución del riesgo (en vez de conformarse con la causalidad y el dolo) añade un factor de inseguridad al tener que comprobarse el riesgo existente anterior y posteriormente.

precisamente la no imputación objetiva de la causación de la muerte lo que impide considerar a ésta como un resultado típico.

En definitiva, en opinión de Roxin, no se comprueba primero la tipicidad de la muerte y luego se procede a su imputación objetiva, sino que para saber si estamos frente a un resultado típico éste debe aparecer objetivamente imputable (105).

2. Creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante

Ejemplo: «A», sobrino y heredero de «B», envía a éste en viaje de avión con la esperanza de que sufra una avería y muera. Ello sucede efectivamente.

En estos casos la acción no ha creado un riesgo jurídicamente relevante de lesión para el bien jurídico. Esta ausencia de riesgo jurídicamente relevante se dilucida en base a un juicio de adecuación, esto es, si el resultado era objetivamente previsible.

Este criterio constitutivo de la imprudencia es, asimismo, válido para los delitos dolosos. En esta constelación de casos en los que la acción no crea ya un riesgo jurídicamente relevante, la falta o la presencia del dolo es secundaria (106).

También con este criterio pueden tratarse de forma aceptable los casos de *desviación de cursos causales*.

Ejemplo: «A», atropellado, muere a consecuencia de un accidente de coche al ser trasladado al hospital.

En este caso debe negarse, asimismo, de acuerdo con Roxin, la imputación objetiva y no existirá ni un homicidio culposo ni doloso; ello es debido a que «el dar lugar a un recorrido en coche no implica ningún riesgo jurídicamente relevante; así no se puede pretender objetivamente causar una muerte» (107).

Observaciones:

— En primer lugar, se cuestiona la corrección de esta denominación. Así Mir prefiere hablar de riesgo *típicamente relevante* por entender que de incluirse los casos de riesgo permitido al amparo de una causa de justificación, la imputación objetiva desbordaría el ám-

(105) Pareciera que ambos autores sitúan el acento de su desacuerdo en la necesidad o no de recurrir a la imputación objetiva para fundamentar una conclusión en la que ambos coinciden. En tanto para Kaufmann la no existencia del resultado típico exime de ulteriores averiguaciones, para Roxin es precisamente la imposibilidad de imputar objetivamente este resultado al tipo lo que conduce a negar la existencia de un resultado típico.

(106) Aceptado por la doctrina española, ROMERO (1985) p. 165. GÓMEZ BENÍTEZ (1984), pp. 187-188. BUSTOS (1984), p. 230. MIR (1985), pp. 190-192.

(107) ROXIN (1976), p. 132.

bito del tipo (108); también Kaufmann se pregunta cómo puede responderse a si el riesgo está jurídicamente desaprobado ya en el aspecto objetivo del tipo, cuando sólo la realización de todo el tipo es un indicio de antijuridicidad (109).

— En segundo lugar, debe observarse que el criterio de la creación de un riesgo jurídicamente relevante (adecuación) no aparece ya recogido en un artículo posterior del propio Roxin (110). La desviación de cursos causales será tratada de forma diferenciada en atención así son objetivamente imprevisibles —incluyéndolas en el criterio del ámbito de protección de la norma— o adecuadas —incluyéndolas bajo la rúbrica de imputación al tipo subjetivo doloso— (111).

Procede, pues, en consecuencia, clarificar qué tipo de comportamientos son los que pretenden excluirse en base al criterio de creación de un riesgo jurídicamente relevante.

— Dos parecen ser las hipótesis sobre las que se trabaja:

2.1) Aquellas acciones *inadecuadas*, esto es, que *ex ante* no constituyen un riesgo de lesión para el bien jurídico o bien que éste aparece como insignificante (112).

Varias son las cuestiones que deben observarse:

— Mir ha planteado si en los procesos de riesgo insignificante la previsibilidad objetiva puede venir afectada por el elemento subjetivo de la intención. El citado autor afirma la imputación en aquellos casos en que si bien el riesgo aparece *ex ante* como insignificante, la acción del sujeto se dirige a la lesión del bien jurídico (113).

— Se ha aducido la innecesariedad de recurrir a criterios de imputación objetiva señalando que en estos casos no existe dolo, ya sea porque el sujeto sólo desea el resultado y este deseo no integra el elemento volitivo del dolo (114) o bien porque este resultado no constituye voluntad realizada al situarse la dirección del curso causal en acontecimientos exteriores al sujeto (115). Ambas razones han sido objeto de crítica por Gimbernat. Este autor, citando a Engisch, señala la imposibilidad de negar el dolo en base a la pretendida diferencia entre desear y querer, ya que en estos casos «existe desde un punto de vista

(108) MIR (1985), p. 190.

(109) KAUFMANN, ARMIN (1985), p. 814. En el mismo sentido, STRATENWERTH (1982), p. 86.

(110) Confróntese ROXIN (1986).

(111) Véase ROXIN (1986), pp. 22-23.

(112) MIR (1985), pp. 190-192.

(113) MIR (1985), p. 192. En el mismo sentido, TORIO (1986), pp. 39-40, considera que el grado de adecuación no puede ser idéntico para los procesos dolosos y culposos. En este sentido, MIR (1985), p. 192, advierte que, «sin embargo, ello no supone que la “imputación objetiva” deje de ser “objetiva”, sino sólo que se condiciona a datos subjetivos. Sigue siendo “objetiva” porque no se refiere a la cuestión de si concurre el tipo subjetivo del tipo doloso».

(114) En este sentido, CEREZO (1985), p. 356.

(115) En este sentido, TORIO (1986), p. 36. También JESCHECK (1981), p. 390.

psicológico, intención de ocasionar una muerte; pues para el agente su comportamiento es un medio suficiente idóneo para la producción del resultado; cuenta con la producción del resultado con tal probabilidad subjetiva, que no se puede hablar de un mero desear» (116).

El argumento de que el sujeto no controla el curso causal tampoco puede considerarse decisivo, así en el famoso ejemplo de Thyren (un mal tirador situado a una distancia tal que incluso un excelente tirador carecería de posibilidades de acertar) también el mal tirador podría aducir que no controla el curso causal (117).

— También Kaufmann ha señalado que en estos casos debiera negarse el dolo, ya que éste presupone un juicio de adecuación del curso causal, esto es, el dolo es saber que se quiere la creación de un riesgo y ello falta en el reiterado ejemplo del sobrino (118). Ello es respondido por Roxin al señalar que en estos ejemplos en los que se niega el dolo, ello no se basa en una representación errónea —el sujeto consigue efectivamente lo que quiere—, sino en la alta improbabilidad del curso causal, pero éste es un criterio objetivo y no subjetivo (119).

— Finalmente entiendo que los supuestos en los que el sujeto posee conocimientos especiales (por ejemplo, sabe que alguien ha introducido una bomba en el avión) no deben tratarse al amparo de las acciones inadecuadas. El juicio de adecuación se realiza tomando en cuenta los conocimientos del hombre medio conjuntamente con los del particular autor. En estos casos, por consiguiente, se está frente a acciones adecuadas, las cuales precisan un tratamiento diferenciado (120).

2.2) Aquellas *acciones adecuadas* en las cuales el sujeto se vale de acciones lícitas para producir un resultado típico. La consideración del criterio del riesgo permitido avanzado ya tempranamente por Gimbernat (121), permiten solucionar, en mi opinión, estas constelaciones. En efecto, la diferencia entre ambos ejemplos (el sobrino que desconoce la existencia de una bomba y el sobrino que lo sabe) estriba que en el primer supuesto su acción se mantiene dentro de los límites del riesgo permitido (del tráfico aéreo); por el contrario, en el supuesto en que tenga conocimiento, su acción infringe el cuidado debido, sobrepasa el riesgo permitido y es por ello punible (122). Lo

(116) Engisch, *cit.* por GIMBERNAT (1966), p. 148.

(117) GIMBERNAT (1966), p. 150.

(118) KAUFMANN (1985), p. 816.

(119) ROXIN (1986), pp. 1-4. En tanto para Kaufmann la falta de adecuación del curso causal hace desaparecer el dolo, para Roxin ello impide el surgimiento del aspecto objetivo del tipo, lo que quiere el autor no es típico, porque no es jurídicamente relevante —adecuado.

(120) Esta confusión parece observable en la doctrina quien en el ejemplo del sobrino no duda en afirmar la atipicidad de tales supuestos, porque no se crea un riesgo mensurable o bien porque el riesgo creado no aparece prohibido; en mi opinión pareciera que ambos deben recibir un tratamiento distinto. Así utiliza ambos criterios indistintamente, GÓMEZ BENÍTEZ (1984), pp. 187-188. Afirman, por el contrario, el carácter no prohibido del riesgo ROMERO (1983), p. 164. BUSTOS (1984), p. 230.

(121) GIMBERNAT (1966), pp. 152-153.

(122) Inspirándonos en el esquema propuesto por GIMBERNAT (1966), pp. 155-156, podría aventurarse la siguiente propuesta, en el caso de acciones inadecuadas se estaría

decisivo, en consecuencia, no es la intención del sujeto, sino el hecho objetivo de que en un caso se ha infringido la norma de cuidado (y ello es lo que fundamenta su punibilidad), en tanto que en el otro no y debe por ello (al margen de la intención del sujeto) permanecer impune.

Varias son las observaciones que deben mencionarse:

— La aceptación del criterio del riesgo permitido en el ámbito de los delitos dolosos ha sido objeto de múltiples controversias en la doctrina. En mi opinión debe destacarse que el criterio de imputación objetiva de «creación de un riesgo jurídicamente relevante» propuesto por Roxin, incorpora los *dos* elementos constitutivos del injusto culposo (previsibilidad objetiva-diligencia debida). Por consiguiente, la discusión estriba en averiguar si ambos son *trasladables* como criterios adicionales a la estructura del delito doloso, o si por el contrario el dolo por sí los incorpora o los rinde innecesarios (123).

— Adicionalmente, debemos preguntarnos si se está frente a un problema de imputación objetiva o de *constitución* de los respectivos injustos doloso y culposo. Esto es, si el criterio de «creación de un riesgo jurídicamente relevante» que hemos desarticulado en previsibilidad objetiva/diligencia debida, es un elemento constitutivo del tipo culposo y/o doloso, o si ambos deben utilizarse como criterios de imputación objetiva una vez comprobada la existencia del tipo penal (124).

— Finalmente, surge la duda de la autonomía de este criterio («creación de un riesgo jurídicamente relevante»). En efecto, si éste sólo puede afirmarse cuando el sujeto ha sobrepasado el riesgo permitido, pareciera yuxtaponerse al tercer criterio propuesto por Roxin; sólo cuando el autor ha sobrepasado el riesgo permitido produciendo una elevación del riesgo de lesión, aparece éste como jurídicamente relevante. Ello quizá explicase por qué éste principio desaparece en elaboraciones posteriores del propio Roxin (125).

frente a una tentativa imposible; en el supuesto de acciones adecuadas debiera distinguirse cuándo la acción es atípica (por estar dentro del riesgo permitido) y constituye un delito putativo, de los casos en que la acción es típica (al sobrepasar el riesgo permitido) y constituye, por consiguiente, un comportamiento punible. Véanse también las últimas reflexiones de GIMBERNAT (1987a), pp. 179-183.

(123) Al respecto véase la polémica entre CEREOZ (1985), p. 324, y OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), p. 92.

(124) Este aspecto suscita de nuevo la discusión sostenida entre Kaufmann y Roxin acerca del papel que juega la imputación objetiva —véase al respecto la nota 105—. Esto es, si la imputación objetiva del resultado es un elemento necesario para constituir el tipo penal o sólo una vez aparece éste constituido (por la presencia de los requisitos tradicionalmente exigidos) surge el problema de imputar objetivamente el resultado.

(125) Una forma de evitar esta yuxtaposición sería reservar el criterio de creación de un riesgo jurídicamente relevante para excluir los supuestos de acciones inadecuadas, y aplicar el criterio del aumento de riesgo para aquellas acciones adecuadas que no respeten la debida diligencia.

3. Aumento del riesgo permitido

Ejemplo: «A», fabricante —infringiendo los reglamentos—, entrega material no desinfectado para su manejo. Consecuencia de ello mueren cuatro trabajadoras. Se constata que la desinfección prescrita por los reglamentos tampoco hubiera eliminado la posibilidad de las muertes consecuencia de la infección.

Este ejemplo y otros similares utilizados por Roxin se caracterizan por: 1.º el sujeto activo ha actuado en forma incorrecta; 2.º el bien jurídico se ha lesionado, y 3.º esta lesión se hubiera producido (probablemente) de igual modo aun cuando el sujeto se hubiera comportado irreprochablemente (126). En estos casos procede afirmar la imputación objetiva del resultado cuando la conducta del sujeto ha significado un aumento del riesgo permitido. La base de la imputación objetiva reside en que el empresario ha aumentado con su actuación —al no observar los reglamentos— el ámbito del riesgo permitido.

Sin embargo, no basta la mera infracción de reglamentos, sino que es necesario que de ésta se derive un aumento del riesgo permitido. Ello se debe a: 1.º afirmar la responsabilidad por el resultado basándose en la mera infracción de reglamentos supondría resucitar la denostada idea del *versari in re illicita*, y 2.º conllevaría tratar en forma desigual dos situaciones iguales (127).

Ello es independiente de que con la conducta conforme al Derecho este resultado se hubiera producido igualmente. Lo contrario sería afirmar que aun la conducta más imprudente carece de consecuencias siempre que fuese posible constatar que también una conducta adecuada a Derecho hubiese comportado el mismo resultado. Adicionalmente, supone introducir factores hipotéticos, siempre de difícil prueba, cuando lo único que debiera importar es lo realmente acaecido y si ello ha elavado el riesgo de lesión del bien jurídico, aspecto éste constatable por medio de dictámenes periciales.

También ello se deduce de la posibilidad objetiva de pretender, ya que «si la desinfección prescrita resulta ser completamente inútil, por mucho que se omita no se puede pretender objetivamente provocar un resultado, por lo que incluso quien con ello se propone subjetivamente matar, sólo puede responder a lo sumo de tentativa imposible de asesinato...» (128).

(126) ROXIN (1976), p. 150.

(127) En realidad las dos situaciones no son idénticas, ya que en un supuesto el sujeto ha respetado las norma de cuidado, en tanto que otro no. No obstante, la igualdad proviene para Roxin de que en ambos casos el riesgo de lesión para el bien jurídico pudiera afirmarse idéntico.

(128) ROXIN (1976), p. 135. Este criterio ha sido aceptado por GÓMEZ BENÍTEZ (1984), pp. 188-190. ROMERO (1983), p. 165. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), pp. 99-100. GIMBERNAT (1963), p. 436. Quien, sin embargo, matiza posteriormente su apoyo en GIMBERNAT (1966), p. 131, nota 69. También MIR (1985), p. 240, lo matiza

Observaciones:

— De forma muy breve es interesante tomar en consideración otras soluciones propuestas por la doctrina (129).

a) Considerar estos supuestos como delitos de omisión. Ello ha sido objetado por Roxin, quien ha señalado que ello llevaría a la extraña consecuencia de considerar todos los delitos imprudentes como delitos de omisión (se omite la norma de cuidado).

b) Teoría del nexo («comportamiento alternativo ajustado a Derecho»). De acuerdo a esta perspectiva, el resultado debe ser plasmación de la falta de cuidado, consiguientemente si el resultado se sigue produciendo aun con un comportamiento prudente, la infracción de la norma de cuidado no ha sido determinante. Entre otras razones se ha objetado que de seguirse este razonamiento carecería de importancia el comportamiento imprudente del sujeto siempre que se demostrase que el resultado continúa produciéndose; adicionalmente, la imposibilidad de constatar que el resultado no se hubiera producido llevaría a una absolución en la mayoría de casos en base al principio *in dubio pro reo*.

c) Falta del desvalor de resultado. Esta posición afirma que en estos supuestos sólo existe un desvalor de acto debido a que el resultado se produciría en cualquier caso. La negación del desvalor de resultado en la lesión de objetos «que ya encierran en sí mismos el germen del daño», conduce en opinión de Roxin a resultados intolerables (130).

— Uno de los primeros problemas con los que ha tropezado este tercer criterio de imputación objetiva es el momento en que debe valorarse el aumento de riesgo. En opinión de Roxin debe realizarse de acuerdo a una prognosis posterior *ex ante*. Sin embargo, Stratenwerth (131) objeta que sólo se sabrá si se aumentó o disminuyó el riesgo de producción del resultado tomando en consideración todas las circunstancias, esto es, *ex post* (132).

— La segunda objeción que se le ha realizado proviene de Kauf-

al acentuar el carácter decisivo de que el resultado sea una realización típica del riesgo creado.

(129) Una exposición extensa de ellas puede verse en ROXIN (1976), pp. 151 y ss.

(130) Así, ROXIN (1976), pp. 163-164, se pregunta: «¿Se podrá, en consecuencia, matar imprudentemente con toda tranquilidad a personas que de todos modos iban a morir pronto?» Debe destacarse, no obstante, que algunos autores que afirman la inexistencia de un desvalor de resultado circunscriben esta posición a los cursos causales de reemplazo, en contraposición a los cursos causales hipotéticos que son los que Roxin está analizando. Esta última distinción puede verse en STRATENWERTH (1982), pp. 84-85. En sentido similar, ROMERO (1983), p. 168.

(131) STRATENWERTH (1982), p. 84. En sentido coincidente, ROMERO (1983), p. 168. Crítico con una perspectiva *ex post* CEREZO (1985), p. 398. MIR (1985), p. 241.

(132) Adicionalmente, en el caso de que sea imposible de constatar, OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), p. 100, abogan por la absolución en base al principio *in dubio pro reo*.

mann, quien ha señalado que el riesgo permitido como «figura correctora» de la tipicidad es un problema de interpretación de los respectivos tipos penales concretos (133). Roxin reconoce que, en efecto, sólo la interpretación de los concretos tipos penales puede indicar dónde finaliza una simple causación del resultado y dónde comienza una acción típica; sin embargo, el hecho de que este principio de interpretación sea aplicable a todos los tipos penales impide afirmar que este-mos frente a un problema de la Parte Especial, como alega Kaufmann, y se afirma por el contrario su consideración en la Parte General (134).

— También Gimbernat ha criticado el criterio del aumento del riesgo. De acuerdo con este autor hay casos en los que el comportamiento imprudente ha supuesto un aumento de riesgo y, sin embargo, procede la absolución por estar el resultado situado fuera del ámbito de protección de la norma (ejemplo: el guardabarreras, imprudentemente, no cierra la barrera cuando va a pasar un tren. Un suicida se arroja ante la locomotora y perece. Si el guardabarreras hubiese obrado prudentemente, *la muerte del suicida se habría evitado*, ya que la barrera era tan alta que éste no habría podido saltarla) (135); en otros por el contrario, la acción imprudente ha conllevado el mismo riesgo que la prudente y, sin embargo, parece adecuado proceder a su punición (ejemplo: el asesino quiere envenenar a su víctima a las siete de la tarde. A las cinco de la tarde va a la farmacia. Lleva una receta del veneno que le ha entregado un amigo suyo médico, quien conoce las intenciones del autor. Para no comprometer a su amigo, el asesino está decidido a hacer uso de la receta sólo si el farmacéutico se niega a despacharle el producto. Pero el farmacéutico infringe el deber y vende el preparado venenoso sin exigir presentación de la autorización médica) (136).

Por ello, de acuerdo con Gimbernat, el criterio adecuado en los cursos causales hipotéticos culposos es atender al fin de la norma para averiguar si el resultado producido era uno de los que la norma pretendía evitar (137).

— No sólo en los cursos causales hipotéticos culposos tropieza el criterio del aumento del riesgo permitido con dificultades, sino,

(133) KAUFMANN ARMIN (1985), p. 823. Adicionalmente Kaufmann observa que este criterio de aumento de riesgo no puede sustituir en ningún caso la comprobación de si efectivamente la actuación concreta *causó* el resultado.

(134) ROXIN (1986), p. 14. Sin embargo, Roxin no contesta a la segunda crítica que le dirige KAUFMANN (1985), p. 823, de que el criterio del riesgo permitido no introduce una mayor exactitud que el antaño de la adecuación social utilizado por Welzel y duramente criticado por su imprecisión.

(135) GIMBERNAT (1966), p. 136.

(136) GIMBERNAT (1966), p. 130.

(137) GIMBERNAT (1966), pp. 136-142. Por ello, aparece finalmente comprensible que gran parte de la doctrina aborde el criterio del aumento del riesgo permitido con la exigencia paralela de que este comportamiento se haya realizado en el resultado.

asimismo, en la averiguación de si hay un resultado imputable a una conducta imprudente. En los casos en que se constate que ha existido un aumento del riesgo ello pareciera conllevar necesariamente la afirmación de que se ha lesionado la norma de cuidado. Surge, en consecuencia, de nuevo la duda de si estamos ante un criterio de imputación objetiva del resultado o ante un elemento constitutivo del injusto culposo (138).

— Es cierto, como ya hemos destacado anteriormente, que Roxin argumentaría que sólo la imputación objetiva del resultado permite afirmar que nos hallamos en presencia de una acción *típica* (culposa). El problema es que para proceder a la imputación objetiva del resultado Roxin debe determinar *previamente* si la acción era imprudente, ya que lo que se analiza es si esta acción *imprudente* elevó el riesgo de lesión respecto de un comportamiento prudente.

— Por el contrario, este criterio de imputación objetiva sí podría utilizarse para excluir aquellas acciones dolosas que se mantienen en el marco del riesgo permitido. Sin embargo, ello conlleva de nuevo la problemática de admitir el criterio del aumento del riesgo permitido en el ámbito de los delitos dolosos (139).

— Finalmente, debemos referirnos a los cursos causales hipotéticos dolosos para comprobar si puede aplicarse el principio del aumento del riesgo. Esta posibilidad ha sido negada por sectores de la doctrina (140), entendiéndose que el hecho de que el resultado se hubiera producido de todos modos, no exime al autor de su conducta antijurídica (141).

No obstante, puede seguirse planteando la relevancia de este criterio para solucionar aquellos casos de causalidad de reemplazo, esto es, cuando otra causa ocupa el lugar de la puesta por el autor produciendo el mismo resultado (142).

En estos casos Stratenwerth entiende que aun cuando el autor ha-

(138) En esta dirección pareciera decantarse GIMBERNAT (1987), p. 178, quien afirma: «Pero si una acción no ha superado el riesgo permitido, entonces tampoco es imprudente en el sentido del artículo 1 CP; y si no es imprudente, entonces la ausencia de tipicidad viene fundamentada en un elemento de ésta expresamente exigido por la ley (la imprudencia), y no en la imputación objetiva...» En sentido similar, TORIO (1987), p. 399.

(139) De acuerdo con GIMBERNAT (1961), p. 437; (1966), p. 152; (1987), pp. 181-182, el criterio de la diligencia debida cumple, asimismo, la función de declarar atípicas aquellas acciones que estén dentro de los márgenes del riesgo permitido, aun cuando el sujeto tenga intención de lesionar el bien jurídico. En sentido similar, STRATENWERTH (1982), p. 121. Por el contrario, para CEREZO (1985), p. 325, esta exigencia no tiene sentido en el ámbito de los delitos dolosos debido a que la voluntad del sujeto se dirige precisamente a producir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

(140) Así, GIMBERNAT (1966), p. 140, recurre de nuevo para dilucidar estos casos al fin de protección de la norma.

(141) En opinión de BUSTOS (1984), p. 230, debe matizarse cuando existe un desvalor de resultado de cuando el resultado producido no está jurídicamente desvalorado.

(142) STRATENWERTH (1982), pp. 84-86. ROMERO (1983), pp. 168-169.

ya elevado con su acción el riesgo de lesión del bien jurídico, éste no le será objetivamente imputable si el resultado se ha producido igual, con la misma intensidad y en el mismo momento (143).

Con lo cual, implícitamente, admite que sí son objetivamente imputables aquellos resultados en los que la causa interpuesta por el autor actúa a modo de causa anticipada, adelantando la lesión del bien jurídico, aumentando el daño producido o incrementando el riesgo de su producción (144).

Contrario a negar la imputación del resultado en los casos de causalidad de reemplazo, se ha manifestado en la doctrina española Octavio de Toledo-Huerta. En opinión de estos autores dos son los motivos fundamentales: 1.º no puede alegarse la inevitabilidad del resultado para rechazar su imputación debido a que el fin de las normas no es la evitación de resultados, sino de comportamientos dirigidos a lesionar el bien jurídico, y 2.º la dificultad de encontrar una verdadera causa sustitutoria en la cual la actuación del sujeto no haya contribuido cuando menos a aumentar el riesgo de lesión, convierten a la mayoría de estos supuestos en casos de causalidad anticipada en los que de forma unánime se admite la imputación del resultado (145).

4. La esfera de protección de la norma como criterio de imputación

Ejemplo: Dos ciclistas marchan sin luz en la oscuridad uno detrás de otro y un tercer ciclista que viene de frente choca con el primero. La marcha antirreglamentaria del segundo ciclista incrementó de modo previsible el peligro de accidente para el primer ciclista.

En estos casos, sostiene Roxin, el resultado no es imputable debido a que «la esfera de protección de la norma que impone el deber

(143) «En última instancia, esta controversia implica una decisión fundamental sobre la función de las normas jurídico-penales; o bien se las entiende en el sentido de que prohíben toda lesión de un bien jurídico, sin tomar en consideración si empeora su situación, es decir, partiendo de la lesión del bien jurídico como tal; o bien se antepone el fin de mantenimiento de los bienes jurídicos, limitándose su aplicación estrictamente a tal finalidad, de manera que las normas dejarán de intervenir una vez que se haya perdido el bien jurídico.» STRATENWERTH (1982), p. 85.

(144) STRATENWERTH (1982), p. 85. Del mismo modo también es imputable el resultado cuando la causa de reemplazo consista en la actuación antijurídica de un tercero ya que en este supuesto de no imputarse a uno de los actuantes también el otro debiera beneficiarse. Para un razonamiento afirmativo de por qué son imputables los supuestos de causalidad anticipada, véase OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), pp. 103-104. Adicionalmente, reafirman la necesidad de tratar los supuestos de causalidad anticipada con el criterio del aumento de riesgo y no con el criterio del ámbito de protección de la norma debido a que en base a este último pudiera negarse la protección de aquellos bienes prácticamente perdidos respecto de los que, sin embargo, la actuación del sujeto ha contribuido a lesionar.

(145) OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), pp. 105-108.

de alumbrado sólo se extiende a los riesgos de accidentes que proceden de la propia bicicleta» (146).

En un estudio complementario, Roxin (147) brinda una serie de ejemplos adicionales que deben considerarse excluidos del ámbito de protección de la norma. De forma sintetizada éstos comprenden: 1.º la provocación de suicidios, de autolesiones y de casos de autopuesta en peligro; 2.º la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste (148); 3.º los daños sobrevenidos posteriormente, y 4.º los casos en que se produce un segundo daño.

Este último por su generalización es el que ha recibido una mayor difusión por lo que procederemos a un desarrollo más detenido del mismo. Ha sido denominado *consecuencias secundarias* y bajo este epígrafe la doctrina aborda el alcance de la norma prohibitiva.

Ejemplo: «A», vigilante de una finca, deja la puerta abierta de la misma. Descuido éste que es aprovechado por unos niños para bañarse en el riachuelo que la cruza. Alertada otra persona del peligro, al intentar salvarlos encuentra la muerte.

De acuerdo con Roxin, lo correcto es limitar la esfera de protección de la norma a los daños directos. La conclusión contraria, en opinión de Roxin, aboca al absurdo de que la persona que ha creado el riesgo (en nuestro ejemplo, el vigilante) estaría interesada en no pedir ayuda si se le hace responder por el resultado fracasado de la misma. Adicionalmente, no puede argumentarse que la persona se ha puesto voluntariamente en una situación de peligro (supuesto en el que el consentimiento del sujeto pasivo exoneraría de responsabilidad) debido a que la ley impone en determinadas ocasiones el deber de socorrer. Por consiguiente, en estos supuestos hay que excluir de antemano los daños secundarios del ámbito de protección de la norma.

Debe observarse que la particularidad del criterio del «ámbito de protección de la norma» está en su distinto alcance en atención a si el hecho es doloso o culposo. De acuerdo a Roxin en los tres primeros criterios es imposible la imputación del resultado independientemente de que exista dolo o culpa (149); sin embargo, para decidir

(146) ROXIN (1976), p. 137. Aceptado en la doctrina española por CEREZO (1985), p. 326. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), p. 101. GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 190. MIR (1985), pp. 192-193. TORÍO (1987), p. 393. Avanzando por GIMBERNAT (1966), p. 136; (1987), p. 183.

(147) Véase ROXIN (1976), pp. 181 y ss.

(148) «La idea del fin de la norma se puede reducir a dos principios fundamentales, a saber: la serie de argumentos que se desprende de la impunidad de la participación en el suicidio, por un lado; y, por otro, la idea de que a nadie se le pueden imputar unas consecuencias si no le está permitido oponerse a la acción del causante del daño (como, por ejemplo, en los casos de medidas de salvamento o de persecución impuestas legalmente).» ROXIN (1976), p. 189.

(149) «Las acciones que no crean ningún peligro o que sólo crean un peligro permitido para el bien jurídico no pueden ser concebidas como acciones que pretenden objetivamente causar el resultado, de tal modo que desde el punto de vista del orden

la esfera de protección de la norma sí debe atenderse al carácter doloso o imprudente del hecho (En nuestro ejemplo, por consiguiente, sería distinta la imputación si el vigilante se hubiese propuesto matar de este modo a «Z» —persona que realiza la acción de salvamento—).

Otros casos catalogados bajo la rúbrica de consecuencias secundarias lo constituyen aquellas situaciones en las que un primer daño facilita la lesión de un bien jurídico de otra persona. Como ejemplos se acostumbra a citar los «schocks» que un tercero sufre al serle comunicada una noticia de muerte o de lesiones causadas imprudentemente. El problema es si también estos daños secundarios pueden imputarse al causante del primer daño.

Roxin entiende que en estos supuestos la diferencia no puede estar en el origen lícito o ilícito de la acción, pues ello supondría la aplicación del *versari in re illicita*. Adicionalmente, tampoco puede alegarse en estas constelaciones la falta de previsibilidad objetiva. La única respuesta parece ser, en consecuencia, que «el fin de protección de la prohibición penal del homicidio o las lesiones no pretende preservar a personas distintas del afectado de las repercusiones físicas de conmociones psíquicas» (150).

Otro tipo de ejemplos son las lesiones que a raíz de un primer accidente imprudente sufren terceros por su propia culpa o de otros extraños. También aquí se intenta averiguar si estos resultados lesivos (secundarios) son imputables al primer causante (151).

En opinión de Roxin no deben imputársele al causante del primer accidente imprudente las segundas consecuencias que obedezcan a una actitud imprudente del tercero o de extraños. Ello es debido fundamentalmente a que esta actitud imprudente del tercero o de extraños podría producirse también aun cuando el primer causante hubiese actuado de forma fortuita o totalmente lícita, en consecuencia también estos segundos daños quedan excluidos del ámbito de protección de la norma que castiga la primera actividad imprudente (152).

Observaciones:

— Antes de proceder a un comentario de estas situaciones debe recordarse que el criterio «ámbito de protección de la norma» es ofre-

jurídico incluso una voluntad que subjetivamente pueda perseguir ese fin es irrelevante y no da lugar a la imputación del resultado.» ROXIN (1976), p. 140. Coincidente, GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 191.

(150) ROXIN (1976), p. 196.

(151) Comentarios a la STS (27-1-84), que versa sobre un hecho similar, pueden verse en SILVA (1984). LUZÓN (1984).

(152) Coincidente con este criterio, SILVA (1984), p. 1.046. LUZÓN (1984), p. 282. Sin embargo, al comentar la STS (27-1-84) ambos llegan a soluciones divergentes. En tanto Silva afirma la no imputación objetiva del resultado, Luzón entiende, por el contrario, que éste es objetivamente imputable. El supuesto planteado por la mencionada sentencia es: «A», conduciendo imprudentemente, atropella a «B», ante lo cual «C», presa de nervios, sale corriendo para alertar a la esposa de «B», momento en que es atropellada por «D», quien nada puede hacer para evitarlo.

cido por algún sector de la doctrina como único, o sustitutorio, criterio de imputación objetiva en el ámbito de los delitos culposos, desplazando al principio del aumento de riesgo permitido (153).

— La primera cuestión que sorprende es la variedad de situaciones que se abordan al amparo de este criterio. En efecto, constatamos que dos son los casos que acostumbran a incluirse y que quizá a efectos de claridad sería conveniente deslindar.

a) Casos de no plasmación del riesgo en el resultado.

Aquellos supuestos en los que el peligro creado no procede de la infracción de la norma (ámbito de la imprudencia). Estos son aquellos ejemplos en los que si bien existe una infracción de la norma, el peligro de lesión del bien jurídico no surge de esta inobservancia, sino de fuentes de riesgo diversas.

Esta constelación acostumbra a tratarse o bien con los planteamientos de los cursos causales hipotéticos expuestos anteriormente —comportamiento alternativo ajustado a Derecho, aumento de riesgo (tercer criterio)—, o bien como casos de no plasmación del riesgo creado en el resultado —ámbito de protección de la norma (cuarto criterio).

También en este grupo encontramos los casos en los que si bien se crea un peligro, éste no se realiza en el resultado, sino que el resultado es plasmación de otras fuentes de peligro diversas (ámbito del dolo). Estos ejemplos, tratados anteriormente bajo la problemática de la desviación causal, son abordados actualmente por la doctrina en el epígrafe del ámbito de protección de la norma (154). A tal fin se cita el conocido ejemplo: «A», con intención de matar, dispara contra «B», ocasionándole una ligera herida. Este muere al ser trasladado posteriormente al hospital, ya por un accidente de tráfico, por una intervención con bisturí infectado o por un incendio del hospital.

b) Ambito de protección *strictu sensu*.

El segundo grupo de casos serían aquellos en los que el resultado es una plasmación del riesgo creado, pero éste como tal no aparece como uno de los que la norma pretende evitar; se afirma, en consecuencia, que no está comprendido dentro del ámbito de protección de la norma.

Obsérvese que en éste [a diferencia del grupo a)], la infracción de la norma de cuidado es lo que efectivamente ha determinado el resultado; pero el motivo de que dicho comportamiento estuviese pro-

(153) Por lo que respecta a los tipos dolosos, conjuntamente con éste se admitirían como criterios de imputación objetiva la previsibilidad objetiva y el aumento del riesgo permitido. Al ser estos elementos constitutivos del injusto culposo, no operarían en la imprudencia como criterios de imputación objetiva, GIMBERNAT (1987), p. 178.

(154) En este sentido, CEREZO (1985), p. 326. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), p. 101. GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 190. MIR (1985), pp. 192-193.

hibido no era la evitación de este concreto resultado (ejemplo: «A» inyecta novocaína, «B» muere a causa de ello por infarto. No se trata de averiguar si también hubiese muerto con una inyección de cocaína, sino de que el uso de la novocaína se prohíbe por razones distintas que la evitación de infartos).

También en este grupo se aborda la problemática de las consecuencias secundarias (ejemplo: se comunica una noticia luctuosa que ocasiona un «shock» en la persona que lo recibe).

— La problemática de la *desviación causal*:

Estos casos han sido tratados por Roxin de forma diferenciada. El autor los aborda indistintamente como ejemplos en los cuales la acción no crea un riesgo jurídicamente relevante; o bien bajo la rúbrica de no realización del riesgo en el resultado; e incluso como supuestos de imputación al tipo subjetivo del dolo (155).

De acuerdo a Welzel en los casos de desviación causal el aspecto objetivo del tipo está completo, pero falta el dolo, ya que éste debe comprender los extremos esenciales del curso causal; por consiguiente, una desviación esencial del curso causal impediría la apreciación de un delito (doloso) consumado y conllevaría la pena de tentativa.

Ello es objetado por Roxin (156), quien arguye: 1.º para apreciar tentativa también se requiere la presencia del dolo, y 2.º la clasificación de qué extremos son esenciales y cuáles no, es un criterio objetivo y no subjetivo. Las desviaciones del curso causal son, por consiguiente, un problema del aspecto objetivo y no del aspecto subjetivo (157). Por ello, la solución correcta es negar en estos casos la imputación objetiva. Ello puede basarse: 1º la acción ha creado un riesgo de morir, pero este riesgo es tan insignificante que por ello no puede ser castigado (158), y 2.º el riesgo de morir incendiado puede suceder igualmente al margen de cuál sea la causa por la que el sujeto se encuentra en el hospital (159).

Otra cuestión es cuando la desviación causal aparece como objetivamente previsible, en estos casos sí puede afirmarse que se da el aspecto objetivo del tipo, y si además concurre el dolo del autor, el resultado puede imputarse porque el riesgo se ha realizado en el resultado (160).

(155) Roxin parece aplicar los dos primeros criterios a las desviaciones causales inadecuadas —objetivamente imprevisibles—; en tanto reserva el último para las desviaciones causales adecuadas.

(156) ROXIN (1986), pp. 2 y ss.

(157) Es interesante observar que «lo que inicialmente se planteaba como un problema subjetivo (hablándose de “errores sobre el curso causal”) deviene un mero problema de imputación objetiva». SILVA (1984), p. 362.

(158) Obsérvese cómo en este razonamiento aplica Roxin la fórmula de que la acción no ha creado un riesgo jurídicamente relevante.

(159) Aquí pareciera aplicarse el razonamiento del ámbito de protección de la norma.

(160) Debe observarse que Roxin añade un criterio adicional de imputación subjetiva. Este es desarrollado posteriormente, pero su formulación escueta es: cuando la

Kaufmann afirma, por el contrario, que también los supuestos de desviación causal pueden ser solucionados eficazmente con el alcance del dolo y la aplicación del juicio de adecuación. En opinión de este autor tres son las objeciones con las que tropieza la argumentación de Roxin:

—El *saber* del autor es imprescindible para afirmar si el sujeto creó un riesgo (¿sabía que la pistola estaba cargada?), jurídicamente relevante (¿sabía que «X» se encontraba en las proximidades?), y si éste se ha plasmado en el resultado (¿sabía que no había ningún médico disponible en el hospital?). Ahora bien, si se traslada el aspecto intelectual del dolo a la parte objetiva: ¿no sería acaso conveniente trasladar también el aspecto volitivo? Todo el dolo debiera finalmente pertenecer al aspecto objetivo del tipo, pero con ello no se desvirtuaría la preeminencia del dolo, sino que simplemente cambiaría de lugar (161).

—Queda claro que Roxin no puede resolver toda la problemática en el tipo objetivo, ya que debe conocerse el plan del autor (162), por lo cual primero deberemos atribuirlo objetivamente al aspecto objetivo del tipo y luego atribuirlo objetivamente al ámbito del dolo, dependiendo de si ha realizado o no el plan del autor.

—Por último, si el autor nunca pensó en la muerte en el hospital, ¿cómo se fundamenta la solución de la consumación dolosa?, necesariamente debería exigir que el dolo abarque, asimismo, la imputación objetiva (163).

Por ello, si pretendo afirmar la consumación para castigar los casos de desviación causal, ello sólo es posible en base a un juicio de adecuación que aparece configurado como una condición objetiva de punibilidad. «En cualquier caso se ha de insertar *detrás* del dolo, pues su desvío del mismo es precisamente el objetivo de la valoración. Esto significa que, la problemática puede y debe, *como hasta ahora*, permanecer agregada al *dolo*» (164).

— Ello ha sido objeto de nueva contestación por Roxin.

acción ha creado un riesgo jurídicamente relevante (riesgo previsible, desviaciones causales adecuadas) existe la imputación objetiva al aspecto objetivo del tipo; posteriormente, debemos analizar si este comportamiento ha realizado el plan del autor, sólo entonces podemos señalar que el resultado ha sido abarcado por su voluntad, e imputarlo a título de dolo. El plan del autor aparece, por consiguiente, como un criterio de imputación al ámbito subjetivo del dolo.

(161) KAUFMANN, ARMIN (1985), pp. 815-816.

(162) Véase nota 160.

(163) En estos casos Roxin excluye la posibilidad de aplicar la consumación dolosa aun cuando el autor hubiera pensado en la posibilidad de que la víctima encontrase la muerte en el incendio del hospital. La razón de ello es que al ser la desviación causal objetivamente imprevisible debe negarse ya la presencia del aspecto objetivo del tipo. Sin embargo, las objeciones de Kaufmann no carecen de fundamento en aquellos casos en los que la desviación causal es adecuada, ya que en estos casos, afirmando el aspecto objetivo del tipo, debiera exigirse que el dolo hubiese abarcado la concreta forma en la que el resultado se ha producido y no contentarse con afirmar que el plan del autor se ha realizado.

(164) KAUFMANN, ARMIN (1985), p. 819.

— Kaufmann señala que el juicio de adecuación de las desviaciones causales es una condición objetiva de punibilidad en vez de decir lisa y llanamente que no se ha realizado el aspecto objetivo del tipo, porque no se ha plasmado el riesgo creado por el autor.

— Al señalar que lo que se valora es una desviación del dolo se plantea una petición de principio ya que «el problema del dolo no se presenta en absoluto cuando se reconoce que de entrada el autor no ha creado objetivamente ningún riesgo relevante jurídicamente de muerte por incendio» (165).

— Sólo por esta razón el tipo no está completo, tampoco aún cuando confiase en alcanzar el resultado por medio de un incendio, ya que la intención no puede hacer variar el proceso. «Lo decisivo no es por consiguiente si el curso causal se ha desviado de lo representado, sino si el peligro creado por él se ha realizado de forma adecuada. Y esto es una cuestión de imputación objetiva y no primariamente de dolo» (166)

— La problemática de las *consecuencias secundarias*.

En primer lugar se ha destacado la dificultad de precisar que debe entenderse por daño principal y secundario (167).

En segundo lugar surge el grave problema de la imposibilidad de contestar adecuadamente a esta pregunta sin tomar en consideración los aspectos subjetivos del conocimiento. ¿Qué sucede cuando el sujeto ha ideado cometer un homicidio por medio de la causación de un «schok»? Es cierto que Roxin contesta a esta pregunta señalando que el criterio de la «esfera de protección de la norma» puede tener una delimitación diversa según se esté frente a hechos dolosos o culposos (168), sin embargo, ello no soluciona los problemas, sino más bien plantea otras preguntas adicionales.

En efecto, incluso en el propio campo de los delitos culposos surgen dificultades. Ya que si el resultado es previsible (un «schock» cuando se comunican noticias luctuosas) pareciera adecuado exigir del sujeto unas medidas razonables de cuidado. Sólo si éstas se adoptan, podría señalarse que incluso en determinados supuestos el resultado cae fuera del ámbito de protección de la norma (169).

(165) ROXIN (1986), p. 7.

(166) ROXIN (1986), p. 7.. En el mismo sentido, MIR (1985), p. 192. Sin embargo, debemos insistir que en los casos de desvíos causales adecuados, también Roxin debe analizarlos necesariamente en el ámbito subjetivo, que él denomina «plan del autor».

(167) TORIO (1987), p. 390.

(168) ROXIN (1976), p. 140.

(169) Esta problemática no parece ser tomada en consideración por GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 191, quien señala que «en los delitos dolosos no existe un marco autónomo para este criterio, ya que en éstos todos los casos son reconducibles a los de creación o incremento del riesgo, pudiéndose concluir que, efectivamente, los resultados que no son manifestación del riesgo creado o incrementado no pertenecen a la esfera de protección de la norma, y, por tanto, no son objetivamente imputables a la acción del autor». Sin embargo, como he indicado, lo mismo podría predicarse

De forma similar sucede en los procesos dolosos. La respuesta será diversa atendiendo a si el sujeto quería causar el resultado por este medio, o si, por el contrario, sólo contaba con su producción (170).

Ello plantea con crudeza un problema ya entrevisto. Roxin afirma que la imputación objetiva del resultado es un presupuesto del surgimiento del aspecto objetivo del tipo, sin embargo, en estos casos aparece con claridad que difícilmente puedo responder a la pregunta de si el resultado es o no imputable sin considerar el aspecto subjetivo (dolo o culpa). La consideración de este aspecto aparece como indispensable para saber si puedo imputar el resultado y, en consecuencia, afirmar la concurrencia del aspecto objetivo del tipo. ¿Hasta qué punto puede entonces sostenerse que estamos frente a una imputación objetiva? (171).

En un artículo reciente, Roxin (172) ha añadido unos criterios adicionales que pretenden completar el principio general de imputación objetiva, el cual no abarcaría todas las posibles constelaciones.

5. Pertenencia del resultado al ámbito de protección de la norma penal

Con ello se expresa «cuando alguien ha creado un riesgo no permitido para un bien jurídico protegido y este peligro se ha realizado, la imputación del resultado debe, sin embargo, negarse cuando ésta se opone a otros principios del ordenamiento jurídico» (173). Estos criterios son un segundo nivel de imputación y en opinión de Roxin no pueden reconducirse a un principio único, sino que constituyen un catálogo de diversos principios. Entre ellos, destaca:

de los delitos culposos, ya que si el sujeto no ha creado el riesgo o no lo ha incrementado, también podría afirmarse que el resultado producido no pertenece al ámbito de protección de la norma.

(170) Este es el caso planteado por STRATENWERTH (1982), p. 122, de quien comete un incendio contando con la posibilidad de desencadenar un desequilibrio nervioso en el propietario. El autor se muestra partidario de excluir estas lesiones del fin de protección de la norma.

(171) En este sentido, TORÍO (1987), p. 388. Es cierto que esta problemática ha sido también planteada en otras constelaciones por Mir, quien asegura que tomar en cuenta determinados elementos subjetivos —la intención del sujeto— no desvirtúa el carácter objetivo de la imputación. Sin embargo, estos supuestos son ligeramente distintos, en primer lugar, Mir plantea la necesidad de tomar en consideración la intención del sujeto en aquellos casos en los que la acción carece objetivamente de riesgo o éste aparece *ex ante* como insignificante, diversamente en estos ejemplos que ahora se plantean el riesgo aparece *ex ante* objetivamente previsible; en segundo lugar, no son determinados elementos subjetivos los que se toman en consideración, sino la voluntad del sujeto para dar un sentido a su comportamiento exteriorizado, esto es, no sólo el conocimiento, sino también el aspecto volitivo.

(172) ROXIN (1986), particularmente, pp. 16 y ss.

(173) ROXIN (1986), p. 17.

a) *El principio de autonomía de la víctima*

Ejemplo: «A», policía, sabe que su novia tiene intenciones de suicidarse. «A» deja olvidada una pistola en el asiento de su coche particular. Olvido que es aprovechado por su novia para ocasionarse la muerte.

En estos casos advierte Roxin, la acción ha creado un peligro y éste se ha realizado. Sin embargo, el campo de prohibición de la norma que prohíbe matar no alcanza a los potenciales suicidas mayores de edad (174).

Del mismo modo deben ser tratados los casos que consisten en una *autopuesta en peligro*.

Observaciones:

— Pareciera que la problemática no difiere de la abordada en el ámbito de protección de la norma penal.

b) *La atribución a distintos ámbitos de responsabilidad*

Ejemplo: «A» conduce un coche remolque, el cual carece de la adecuada iluminación. Este es parado por la policía, que acepta guiarle hasta la próxima gasolinera donde proceder a la reparación. Antes de iniciar la marcha el policía retira la linterna con la que se iluminaba el remolque mientras duraba la conversación. Momento en el que un coche choca con el remolque de lo cual resulta la muerte del conductor.

De acuerdo con Roxin, cuando la responsabilidad de evitación del resultado ha sido asumida por un tercero (en este caso el policía), la responsabilidad por éste cae en su ámbito y no en el del chófer.

Del mismo modo deben solucionarse aquellos casos en que si bien existe una acción imprudente del primer actor, a ésta le sigue otra acción imprudente de un segundo sujeto.

Ejemplo: «A», conduciendo imprudentemente, ocasiona un accidente. Al ser trasladado «B» al hospital muere consecuencia de una intervención quirúrgica imprudente realizada por el médico.

En estos casos, cuando el paciente es conducido al hospital entra ya en el ámbito de responsabilidad del médico, el cual ha creado y realizado un riesgo para la vida del paciente (175). Incluso el dolo

(174) ROXIN (1986), p. 18. Como advierte Roxin este criterio aparece también defendible en las legislaciones que prevén un tipo especial de inducción y auxilio al suicidio. Precisamente, la existencia de esta norma indica que esta constelación de casos no está abarcada por la norma genérica que prohíbe matar.

(175) ROXIN (1986), p. 22. Roxin admite, sin embargo, que la solución sea distinta en el supuesto en que el accidente hubiese ya creado un riesgo para la vida, ya que entonces el médico no habría creado un peligro para la vida, sino que no habría podido evitar la realización de un peligro anterior.

eventual de «A» (representación de la muerte en el hospital) no cambiaría el hecho objetivo de que el accidentado está en otro ámbito de responsabilidad, por lo que subsistiría la calificación de homicidio por imprudencia.

Observaciones:

— También en este caso la problemática parece similar a los casos de desviación causal, abordados en el ámbito de protección de la norma.

6. La realización del plan

En tanto que estos criterios se refieren a la imputación al aspecto objetivo del tipo, Roxin propone un segundo nivel de imputación caracterizado por plantear la imputación objetiva al ámbito del dolo (aspecto subjetivo del tipo)

Para clarificar estos criterios se refiere a los casos de *aberratio ictus*.

Ejemplo: «A» quiere matar a «B». Al disparar la bala se desvía y lesiona a «C» —su hijo—, que se encontraba también allí. «C» muere.

La doctrina dominante diría que hay un concurso de tentativa de homicidio doloso con homicidio culposo consumado.

De acuerdo con Roxin, ello es cierto porque el curso causal es adecuado, de lo contrario tampoco se plantearía la existencia de un homicidio imprudente. Ahora bien, aun cuando existe el aspecto objetivo del tipo y un resultado adecuado abarcado por la voluntad del autor ello no puede ser imputado al dolo, como afirmaría la teoría de la igualdad de valor (176).

Por consiguiente, existe un principio de imputación objetiva al aspecto objetivo del tipo —la acción debe realizar un peligro no permitido— y existe un principio de imputación al aspecto subjetivo del tipo —la realización del plan del autor— y sólo hablaremos de hecho doloso consumado cuando el resultado haya realizado el plan de autor. El presupuesto es que el resultado se haya desviado de forma adecuada y que exista la voluntad del autor respecto de éste.

Distinta es la situación si el sujeto quiere matar a un policía «A» y mata a un policía «B»; la teoría de la concreción afirmaría que este error es relevante, por el contrario, Roxin lo negaría en base a que se ha realizado el plan del autor (177).

(176) Roxin señala que esta conclusión es divergente de la mantenida por la teoría de la igualdad de valor, sin embargo, ello aparece confuso debido a que en este caso incluso esta teoría señalaría que el error es relevante al tratarse de dos objetos de diversa protección penal.

(177) Debemos entender que al autor le sería igual matar a uno u otro policía, pues de lo contrario es difícil afirmar que el plan del autor se ha realizado.

Este criterio se presenta como un planteamiento intermedio respecto de la teoría de la concreción (que afirmaría la relevancia del error en todo caso) y la teoría de la igualdad de valor (partidaria de apreciar delito doloso consumado).

Este principio sirve también de acuerdo con Roxin para solucionar los casos de *dolo general*.

Ejemplo: «A» quiere matar a «B» y le dispara. Lo cree muerto y para evitar su pronto descubrimiento lo echa al río. «B» muere ahogado.

En tanto un sector de la doctrina afirmaría que no existe un desvio causal relevante y castigaría por homicidio doloso consumado, otro afirma una tentativa de homicidio en concurso real con homicidio imprudente consumado, ya que la primera acción no mata y en la segunda no existe el dolo. La opinión de Roxin sería afirmar una imputación a título de dolo, ya que el autor tenía finalidad de matar y el plan del autor se ha realizado, independientemente de que éste haya acontecido por un camino diverso del ideado. Por el contrario, si en la primera acción sólo existiese un dolo eventual, debería preferirse la solución del concurso, debido a que la segunda acción del sujeto —al creerlo ya muerto— no ha realizado el plan del autor.

Finalmente este criterio permite solucionar también los casos de *desviación adecuada de cursos causales*.

Ejemplo: «A» con ánimo de matar lanza a «B» a un río. Este no muere ahogado como había supuesto «A», sino desnucado al chocar su cabeza con un saliente del puente.

En estos casos en los que la desviación causal es adecuada se afirma el aspecto objetivo del tipo, y debido a que se ha producido el mismo resultado querido por el sujeto, el plan del autor se ha realizado y es imputable a título de dolo. Sin embargo, es distinto el caso en que alguien quiere dañar un mural religioso con pintura y, sin embargo, sólo acierta parcialmente al mural y el resto de la pintura da en la pared vacía. La desviación causal es adecuada y por ello puede afirmarse el aspecto objetivo del tipo de daños. Sin embargo, el plan del autor objetivamente ha fracasado a pesar de haber conseguido dañar parcialmente el mural religioso, ya que él atribuía a su acto un significado diverso. Por consiguiente, debe negarse la imputación dolosa (consumada) del resultado y apreciar en su caso una tentativa de delito (respecto del mural religioso) en concurso con un delito de daños por imprudencia.

Observaciones:

— Esta propuesta de Roxin pretende solucionar los casos de *aberratio ictus* (aplicable también a las desviaciones causales adecuadas y al dolo general) en los cuales los objetos tienen una protección pe-

nal equivalente, sugiriendo un camino intermedio entre la solución de la tentativa (teoría de la corrección) y la posición que defiende un delito consumado (teoría de la igualdad de valor).

— El punto discutido en todos estos casos radica en la suficiencia de un «dolo genérico» (el sujeto quería matar) para poder imputar un resultado determinado (quería matar a «A» y mató a «B») a título de dolo (178).

— Debe distinguirse los casos de *error in objecto*: en ellos junto al dolo genérico existe una congruencia objetivo-subjetiva (esto es, en el momento de disparar el sujeto quiere matar a «A»); *aberratio ictus*: sólo concurre el dolo genérico, pero falta dicha congruencia; *desviaciones causales*: se produce el resultado pretendido por el sujeto, pero por un camino diverso.

— ¿Cómo deben tratarse estos supuestos? ¿Pueden imputarse como delitos *dolosos consumados*?

· En primer lugar se requiere que la conducta aparezca *ex ante* como adecuada —objetivamente previsible—. Si la desviación causal no es adecuada se afirma que la desviación es esencial y se niega la imputación dolosa (consumada) del resultado producido.

El problema surge cuando ésta es adecuada, pero no ha sido abarcada por el dolo del sujeto. En estos casos se discute si basta un dolo genérico para apreciar delito doloso consumado o si ello es insuficiente y debe estimarse sólo tentativa.

— Por consiguiente, debieran distinguirse dos niveles: un primer nivel de imputación objetiva y un segundo nivel que aborde «cuál ha de ser el objeto de referencia del *dolo* y qué grado de congruencia o concreción ha de revestir la relación entre ambos» (179).

—Este segundo aspecto es el que Roxin pretende solucionar recurriendo al plan del autor. Esta propuesta ha sido criticada por Silva para quien «la responsabilidad por delito doloso consumado surge, no cuando se realiza ese “plan del autor”, sino cuando el resultado producido es realización de un riesgo —apreciable— *ex ante* en la conducta del sujeto y abarcado por éste con el dolo» (180).

— Esta problemática se acostumbra a circunscribir exclusivamente para los casos de *aberratio ictus*. En las constelaciones de *error in objecto* y desviaciones causales se afirma la consumación en base

(178) Una extensa y fundamentada exposición de esta problemática puede verse en SILVA (1984). A continuación se expone un extracto de dicho artículo para clarificar la problemática que Roxin pretende solucionar.

(179) SILVA (1984), p. 366. El primer aspecto es lo que Silva denomina los *presupuestos* de la imputación objetiva; el segundo es la propia *relación* de imputación objetiva. En tanto que la falta del primero impide el surgimiento del injusto, la carencia del segundo sólo implica la ausencia de la consumación, pero no impide que se castigue por tentativa. SILVA (1984), pp. 368-369.

(180) SILVA (1984), p. 379. La crítica detallada puede verse en SILVA (1984), pp. 378-379.

a un juicio de adecuación (181). Sin embargo, no hay motivos convincentes que fundamenten esta solución, por lo que aparece como un problema de los tres supuestos planteados.

c) Consideración de los delitos culposos y omisivos

1. Los delitos culposos

Es prácticamente unánime la doctrina española al recoger como criterio de imputación objetiva en los delitos culposos que el resultado producido «sea una concretización o plasmación de la lesión de cuidado» (182), y que este resultado «sea de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado» (183).

Observaciones:

— Sorprende, en primer lugar, el recurso a criterios de imputación objetiva en el ámbito de los delitos culposos. En efecto, la elaboración de los criterios de imputación objetiva por Roxin pretenden ser «una teoría general de la imputación estructurada sistemáticamente, que también podría ser válida para los delitos dolosos y superar las aporías del concepto de acción» (184).

Sin embargo, en las páginas precedentes, al desglosar estos criterios de imputación objetiva, hemos observado como dos de ellos incorporaban elementos constitutivos del injusto culposos —previsibilidad objetiva, diligencia debida—. Quizá, debido a ello, la doctrina considera como criterio exclusivo de imputación objetiva el cuarto de los principios elaborados por Roxin —ámbito de protección de la norma— relegando el resto a elementos constitutivos del injusto culposos.

— Ello trae de nuevo a colación el papel que la imputación objetiva está llamada a desempeñar. En tanto Roxin afirma que la imputación objetiva es presupuesto de constitución del tipo (185), existe una

(181) Véase nota 157.

(182) BUSTOS (1984), p. 272. CEREZO (1985), p. 396. MIR (1985), pp. 238-241. QUINTERO (1986), pp. 359-360. También COBO-VIVES (1987), p. 432, aceptan que el resultado debe ser una consecuencia de la falta de cuidado, sin embargo, entienden que ello es un problema de imputación subjetiva (o conexión de culpabilidad) ya que «quien no observa un cuidado que hubiera sido ineficaz e inútil no infringe deber alguno y, en consecuencia, el resultado no puede reprochársele».

(183) CEREZO (1985), p. 399. En opinión de este autor esta exigencia está ya contenida al señalarse que para apreciar imprudencia con infracción de reglamentos no basta la mera infracción de éstos, sino que el reglamento debía pretender precisamente la evitación de resultados como el producido.

(184) ROXIN (1976), p. 182.

(185) «(...) la afirmación de que existe una concreta “acción de homicidio” presupone la imputación de un resultado de muerte. Ya hemos visto que para ello, a más de la comprobación de la lógica conexión con una condición, hay que acudir a cuatro criterios que son la falta de disminución del riesgo, la creación de un riesgo jurídicamente relevante, el aumento del riesgo permitido y la esfera de protección de la norma...» ROXIN (1976), p. 142.

tendencia (en general, no declarada) en la doctrina española a considerar la imputación objetiva del resultado una vez se ha afirmado la presencia de una acción típica (186).

Esta tendencia resulta mayormente visible en el ámbito de los delitos culposos en los que los autores tienden a considerar la imputación objetiva del resultado una vez se ha comprobado la existencia de un comportamiento imprudente. Por el contrario, en los delitos dolosos es observable que los criterios de imputación objetiva —disminución de riesgo, previsibilidad objetiva, diligencia debida, ámbito de protección de la norma— son examinados antes de constatar la existencia del dolo (187).

— Como ya hemos indicado, dos son los tipos de procesos que acostumbran a ser incluidos:

a) Cuando el resultado no aparece como una plasmación de la inobservancia de la norma de cuidado.

— En estos casos se acostumbra a excluir la imputación objetiva del resultado recurriendo a razonamientos como el de «comportamiento alternativo conforme a Derecho» o incluso la idea de «aumento de riesgo» (189).

— Debe observarse, no obstante, que la idea de elevación de riesgo es elaborada por Roxin precisamente para oponerse a las conclusiones que el «comportamiento alternativo ajustado a Derecho» comporta (189).

— Adicionalmente, debe destacarse que Roxin soluciona estas constelaciones no al amparo del «fin de protección de la norma», sino precisamente mediante el recurso al principio del incremento del riesgo (190).

— Finalmente, recordemos que algún sector de la doctrina excluye la aplicación de los criterios mencionados y aboga como único criterio de imputación objetiva en el ámbito de los delitos culposos el «fin de protección de la norma» (191).

(186) Esto es, Roxin pretende con la doctrina de la imputación objetiva elaborar una teoría que supere las aporías del concepto final de acción y dote a la teoría del delito de una estructura unitaria. Sin embargo, en España la doctrina de la imputación objetiva no se ha aceptado «en vez de» la estructura del delito finalista —se acepte o no el concepto final de acción—, sino «además de».

(187) Excepción a este planteamiento, BUSTOS (19847, pp. 227-230, quien trata la problemática de la imputación objetiva siempre en la antijuridicidad. También STRATENWERTH (1982), pp. 118-123, aborda determinados criterios de imputación objetiva —riesgo jurídicamente relevante, ámbito de protección de la norma— en la antijuridicidad. GIMBERNAT (1987), pp. 178-179, utiliza los criterios de imputación objetiva para excluir del ámbito penal aquellos resultados en los que aún existiendo dolo o imprudencia no aparecen objetivamente imputables al comportamiento realizado.

(188) En este sentido, BUSTOS (1984), p. 272. CEREZO (1985), p. 396. MIR (1985), pp. 238-241., quien acepta la idea de «comportamiento alternativo ajustado a Derecho», siempre que el resultado se hubiese producido *exactamente* igual, pero matiza la idea de aumento de riesgo.

(189) ROXIN (1976), pp. 156 y ss.

(190) ROXIN (1976), p. 133.

(191) GIMBERNAT (1966), p. 136.

b) Aquellos supuestos en los que el resultado es una concreción de la inobservancia del cuidado debido, pero, sin embargo, éste no es del tipo de los que la norma quería evitar.

— Estos son en puridad los casos abordados por Roxin al amparo del «fin de protección de la norma» (192).

2. Los delitos de omisión

En los delitos de omisión impropia acostumbra a requerir la doctrina: «(...) para que sea posible la imputación objetiva del resultado (...) basta que el sujeto hubiera podido evitar dicho resultado cuando se hallaba en posición de garante» (193).

La imposibilidad de constatar con total seguridad si el resultado se hubiera producido igualmente de haber mediado el comportamiento omitido, ha llevado a algunos autores a aplicar la idea del *incremento del riesgo* (194).

Adicionalmente también se requiere como criterio de imputación objetiva averiguar «si el resultado coincide con la exigencia de evitación conocida» (195).

Observaciones:

— En primer lugar pareciera claro que los criterios de imputación objetiva van referidos exclusivamente a los delitos de omisión impropia (196).

— En tanto en los delitos de acción se afirma que la causalidad constituye un presupuesto de la imputación objetiva, es admitido de forma unánime que en los delitos de omisión impropios, la imputación objetiva sustituye la relación de causalidad (197).

(192) ROXIN (1976), p. 183.

(193) MIR (1985), p. 273.

(194) En este sentido, GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 603. MIR (1985), p. 273. STRATENWERTH (1982), p. 84. ROMERO (1983), p. 167.

(195) BUSTOS (1984), p. 286, quien adicionalmente requiere que «el resultado sea concreción del deber de garante específico».

(196) Ello es consecuente con la posición mantenida hasta el momento por la doctrina de atribuir un papel a la imputación objetiva exclusivamente en los delitos de resultado. En un futuro, quizá, choque con nuevas tendencias que pretenden dotar a la imputación objetiva de un mayor significado en el ámbito de todos los delitos. Expresión de éstas, TORIO (1986), p. 47. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), p. 83.

(197) Ello es coherente con las dificultades de afirmar la causalidad en el ámbito de la omisión, lo que condujo a plantear que en estos casos bastaba la mera causalidad hipotética, a la que precisamente se le objeta que no constituye causalidad. En este sentido MIR (1985), p. 273. GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 603. También JESCHECK (1981), pp. 852-853, tras recoger que esta polémica ha sido una de las más estériles de la ciencia penal afirma que en los delitos de omisión basta con la constatación de que: «(...) la acción omitida se halla respecto del resultado producido en aquella relación ajustada a las leyes de la experiencia que implicaba la causalidad en el hacer positivo cuando el hacer imaginado hubiera evitado el resultado».

— Respecto del primer criterio de imputación objetiva, esto es, que el sujeto hubiera podido con su acción omitida evitar el resultado, pueden realizarse algunas consideraciones:

— La utilización de la idea del incremento del riesgo reproduce los problemas ya abordados respecto el momento de su apreciación —*ex ante* o *ex post*.

— Adicionalmente surge la duda de si esta exigencia configura un elemento constitutivo del tipo omisivo o si por el contrario nos hallamos ante un criterio de imputación objetiva posterior a dicha afirmación (198).

— Ello reproduce de nuevo la problemática de entender si la imputación objetiva del resultado es un elemento indispensable para la afirmación del respectivo tipo omisivo o si por el contrario sólo verificada la presencia de éste, tiene sentido averiguar si el resultado le es objetivamente imputable (199).

— Por lo que respecta al segundo criterio, éste pareciera ser una aplicación de la idea del ámbito de protección de la norma. Esta requiere no sólo la constatación de que el riesgo hubiera sido evitable, sino adicionalmente que el resultado sea una plasmación de la acción omitida y no de fuentes de peligro diversas (200).

7. BASES PARA UNA FUTURA DISCUSION

Como adelantamos en un principio, la complejidad y novedad del tema impiden la formulación de conclusiones que pudieran desprenderse de las reflexiones desarrolladas en las páginas precedentes. Lo que sí es posible, y en nuestra opinión necesario, es exponer una serie de aspectos que requieren una mayor discusión.

Base 1.^a: El intento de determinar la acción típica en base a las teorías causales ha sido objeto de críticas unánimes. Es hoy opinión dominante que la declaración de tipicidad de determinados comporta-

(198) Esta pareciera ser la posición de MIR (1985), p. 274, quien si bien acepta este criterio para la constitución del injusto, entiende que la imputación objetiva del resultado requiere «que el resultado constituya *realización* del riesgo creado (mejor, no disminuido)». Por el contrario, GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 603, parece entender el aumento del riesgo como único criterio de imputación objetiva.

(199) Pudiera también entenderse que en tanto la ausencia de aumento de riesgo impide la configuración del tipo omisivo, la falta de realización del riesgo creado impide exclusivamente el castigo por hecho consumado. Ello es una aplicación de la diferenciación introducida por Silva (véase nota 179) entre presupuestos de imputación objetiva y relación de imputación objetiva. En esta dirección pareciera inclinarse también MIR (1985), p. 274, quien afirma que si el riesgo no disminuido no se ha realizado en el resultado cabe apreciar sólo frustración.

(200) En este sentido, JESCHECK (1981), p. 854.

mientos tiene como *presupuesto* la causalidad, pero ésta requiere además que el resultado sea objetivamente imputable.

El primer punto que puede ser objeto de debate es la necesidad de seguir adoptando la causalidad como presupuesto.

En tanto, un sector de la doctrina se muestra partidario de considerar la problemática de subsumir los diversos comportamientos en los tipos legales como una cuestión de *atribución* que puede y debe realizarse fundamentalmente en base a criterios normativos (201), otros autores entienden que la causalidad sigue teniendo un papel indispensable (202) o incluso de garantía (203).

Adicionalmente, se constata la dificultad de operar con leyes causales en determinados grupos de delitos (especialmente delitos contra la salud pública y el medio ambiente), en los que se propugna la necesidad de operar con otros criterios (generalmente, estadísticos) (204).

Finalmente, se plantea si toda la discusión desarrollada al amparo de la imputación objetiva debe quedar circunscrita a los casos problemáticos de causalidad, o si por el contrario ésta debe tener un ámbito de aplicación más amplio configurándose como una serie de principios aplicables a todos los delitos (205).

Base 2.^a: Una lectura de los planteamientos de Larenz y Honig nos ha permitido sintetizar que para ambos autores el resultado sólo aparece objetivamente imputable cuando la voluntad ha podido prever y dirigir el curso causal. Esta doctrina surge en un intento de deslindar los hechos meramente causales del concepto de acción en un período histórico en el que las teorías causales de la acción son dominantes (206).

El aspecto controvertido es, por consiguiente, si y hasta qué punto la doctrina de la acción finalista absorbe ambos criterios de previsibilidad y dominabilidad (207) en su concepción del injusto personal, esto es, al exigir dolo o imprudencia para afirmar la presencia de una acción típica.

Base 3.^a: Si se acepta la estructura finalista del delito —se com-

(201) BUSTOS (1984), p. 174. Sin embargo, ello conlleva la necesidad de *diferenciar* los criterios de atribución (al tipo legal) y los criterios de imputación objetiva (a la antijuridicidad).

(202) COBO-VIVES (1987), p. 287.

(203) KAUFMANN (1985), p. 812; (1973), *passim*.

(204) TORIO (1983), p. 235. SAMSON (1987), p. 630.

(205) TORIO (1986), p. 47. OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), p. 83.

(206) En este sentido KAUFMANN (1985), p. 808, señala que la imputación objetiva desarrollada por Larenz siguiendo a Hegel, fue adoptada por Honig «con la clara pretensión de completar la teoría causal de la acción».

(207) La diferencia estribaría en opinión de GÓMEZ BENÍTEZ (1984), p. 186, en que Honig no alude a «una pretensión subjetiva del resultado (esto sería el dolo), sino a que el resultado aparezca como “objeto de una posible finalidad”, es decir, que exista objetivamente una “posibilidad de control del curso causal”».

parta o no el carácter final ontológico de la acción— ello plantea el papel que la imputación objetiva está llamada a desempeñar:

— Para un sector de la doctrina la imputación objetiva del resultado es *presupuesto* de constitución del tipo legal, esto es, la afirmación de que una acción es típica comporta como paso previo que el resultado sea objetivamente imputable (208).

— Opiniones de otros autores prefieren hablar de imputación objetiva afirmada ya la tipicidad del comportamiento, desde esta perspectiva la imputación objetiva funcionaría a modo de *segundo correctivo* (209).

— No faltan, por último, opiniones que distinguen entre la imputación objetiva como *presupuesto*, que impide el surgimiento del injusto, y la *relación* de imputación objetiva cuya ausencia sólo implica la imposibilidad de castigar por delito consumado, pero no impide la constitución del injusto (210).

Base 4.^a: Adicionalmente surge el problema de la *ubicación sistemática* de los criterios de imputación objetiva. Los autores que defienden su papel como presupuesto de constitución del tipo legal los analizarán en el aspecto objetivo del tipo. La doctrina que postule la admisión de la imputación objetiva a modo de lo que he denominado segundo correctivo, optará por examinarlos como criterio adicional de la tipicidad o bien en el ámbito de la antijuridicidad (211).

— Constatamos que esta discusión se ve entorpecida por la variedad y multitud de casos que pretenden solucionarse con el recurso a la imputación objetiva. En algunas situaciones (por ejemplo, en las que el daño aparece como objetivamente imprevisible, o bien en las que el comportamiento se mantiene en los márgenes del riesgo permitido) pudiera afirmarse la inexistencia de un desvalor de acto. En otras, por el contrario (por ejemplo, cuando existe un comportamiento doloso o imprudente que no se ha plasmado en el resultado), pareciera claro la presencia de un desvalor de acto, discutiéndose, en consecuencia, si éste ha producido un aumento del desvalor de resultado.

(208) ROXIN (1976), p. 142. ROXIN (1986), p. 12.

(209) En sentido expreso, GIMBERNAT (1987), pp. 178-179. «Para el viaje de explicar por qué lo que no es acción o no es causante del resultado típico o no es doloso (en los tipos dolosos) o no es imprudente (en los tipos imprudentes), no es tampoco típico, no se necesitan las alforjas de la imputación objetiva: *esas alforjas se necesitan para el viaje de explicar por qué lo que es acción (dolosa o imprudente) causantes del resultado típico, a veces y, no obstante, tampoco es típico*» (subrayado nuestro). Pareciera decantarse en esta posición TORIO (1986), p. 40.

(210) SILVA (1984), pp. 368-369.

(211) En este sentido BUSTOS (1987), p. 226: «(...) la relación entre acción y resultado separable físicamente, en caso alguno sería un problema de tipicidad. Este es un problema propio de la antijuridicidad, donde se determina si con relación al comportamiento realizado es posible *imputar* determinada afectación efectiva al bien jurídico».

Base 5.^a: Discusión del principio de *disminución del riesgo*. El análisis de este principio nos ha revelado la existencia de dos aspectos que requieren una mayor discusión:

— La posibilidad de afirmar que en toda causa de justificación concurre una acción tendente a disminuir el riesgo, por lo que este criterio podría absorber el juicio de antijuridicidad (212).

— La posibilidad de considerar objetivamente imputable el resultado producido —aun cuando disminuido— si la persona podía haber evitado totalmente su producción.

Base 6.^a: Discusión del principio *creación de un riesgo jurídicamente relevante*.

La desarticulación de este principio nos ha permitido observar que cubija dos elementos conocidos: la previsibilidad objetiva (por el que se pretende la exclusión de las acciones inadecuadas) y la diligencia debida (por el que se excluyen las acciones adecuadas permitidas). Se trata, por consiguiente, de analizar el papel que ambos desempeñan en las estructuras dolosas y culposas del delito.

Respecto del tipo *doloso*:

— Algún sector de la doctrina considera que la previsibilidad objetiva está incorporada en la afirmación del dolo, las acciones inadecuadas no serían por ello dolosas (213).

— Por lo que respecta al riesgo permitido, la situación es diversa, ya que incluso los autores que niegan la necesidad de la imputación objetiva, entienden que el tipo doloso requiere este criterio corrector de la tipicidad, pero niegan que ello constituya un principio general (214).

Por lo que se refiere al tipo *culposo*:

— La duda surge precisamente en que ambos elementos son constitutivos del injusto. Por consiguiente, para una posición que defienda la imputación objetiva como segundo correctivo, ambos criterios son inservibles, ya que estos han sido precisamente tomados en consideración para la constitución del tipo culposo.

Adicionalmente surge el interrogante acerca de la posibilidad de contestar la pregunta de creación de un riesgo jurídicamente relevante en el *aspecto objetivo del tipo*. Ello tropieza con:

(212) Véase, no obstante, las reflexiones de MIR (1984), p. 190, acerca de la posibilidad de aplicar este criterio cuando se esté en presencia de un mismo bien jurídico.

(213) Así, KAUFMANN (1985), p. 816. CEREZO (1985), p. 324, por el contrario, considera que no es requisito en los delitos dolosos. Véase al respecto las reflexiones de OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA (1986), pp. 92-95, quienes matizan el distinto alcance de este elemento en los delitos dolosos y culposos.

(214) Así, KAUFMANN (1985), pp. 822-823. Para CEREZO (1985), p. 325, este criterio es también innecesario en el ámbito de los delitos dolosos.

- La necesidad de tomar en consideración el *saber* del autor en cada caso concreto.
- La *intención* del autor como elemento que puede hacer variar la calificación jurídica de determinados comportamientos en los cuales existe un riesgo insignificante.
- La imposibilidad de constatar totalmente la relevancia jurídica del riesgo sin considerar aspectos propios de la antijuridicidad.

Finalmente, destacar que si bien este criterio permitiría la exclusión *ab initio* de las acciones inadecuadas (dolosas o culposas), difícilmente sucede lo mismo con las acciones adecuadas. La afirmación de que éstas han creado un riesgo jurídicamente relevante conlleva el examen de si se ha sobrepasado el riesgo permitido. Ello pareciera yuxtaponerse en consecuencia al tercer criterio elaborado por Roxin del incremento del riesgo.

Base 7.^a: El principio del *incremento del riesgo permitido*.

Parecería que en estos supuestos la afirmación de un comportamiento imprudente es *previa* a la imputación objetiva del resultado, ya que para poder imputar este resultado se requiere comprobar que la acción *imprudente* ha elevado el riesgo respecto de la realizada prudentemente (215).

Respecto de los delitos *dolosos*:

- Se admite que este principio puede constituir un criterio de imputación objetiva en el ámbito de los delitos dolosos (obsérvese, no obstante, las consideraciones realizadas en la base 6.^a).

- Por el contrario, su adopción tropieza con serias dificultades en los cursos causales hipotéticos en los que la doctrina estima suficiente la existencia de una acción dolosa, aun cuando ésta no haya incrementado el riesgo de producción del resultado (216).

Respecto de los delitos *culposos*:

Surge, asimismo, la problemática de si se está en presencia de un elemento constitutivo del tipo culposo o de un criterio de imputación objetiva.

- Como criterio de imputación objetiva tropieza con varias consideraciones:

(215) Lógicamente Roxin argumentaría que cuando se dice: «se trata de ver si la acción imprudente ha elevado el riesgo respecto de la prudente», ello constituye una expresión incorrecta. Ya que sólo podría afirmarse que se está ante una acción imprudente cuando el sujeto no ha adoptado las medidas razonables de cuidado y ha elevado el riesgo. Este criterio sería, por consiguiente, requisito indispensable para afirmar que se está en presencia de una acción imprudente.

(216) Como se vio, sólo algunos autores lo admiten en los casos de causación de reemplazo, STRATENWERTH (1982), pp. 84-86. ROMERO (1983), pp. 168-169.

— La suficiencia de constatar que la acción imprudente ha elevado el riesgo o la necesidad de exigir adicionalmente que ésta haya *causado* el resultado, o bien que ésta se haya realizado en el resultado.

— Las críticas de que ha sido objeto y la necesidad de sustituirlo por el ámbito de protección de la norma.

Adicionalmente, deben considerarse las discrepancias surgidas respecto el momento en que este aumento del riesgo debe ser apreciable, esto es, *ex ante* o *ex post*.

Base 8.^a: El principio del *ámbito de protección de la norma*.

Este criterio es el que goza de mayor aceptación ya sea en el ámbito de los delitos dolosos o culposos. No obstante, se observa la gran variedad de casos abordados que *son tratados en ocasiones con argumentaciones divergentes*.

Por lo que se refiere a la problemática de las *desviaciones causales*:

— Cuando éstas son *inadecuadas* —objetivamente imprevisibles— se constata la utilización de este criterio junto con la afirmación de que no se ha creado un riesgo jurídicamente relevante. Adicionalmente, otros autores entienden que ello no dice relación con el aspecto objetivo del tipo, sino con la ausencia de dolo.

— Respecto de las desviaciones causales *adecuadas* se confirma la imposibilidad de solucionarlas exclusivamente con un análisis del tipo objetivo, por lo que incluso Roxin debe acudir a criterios subjetivos como el de realización del plan del autor.

Otros autores entienden que esta problemática se resuelve exclusivamente en base a un juicio de adecuación, pero éste debe necesariamente considerar el dolo del autor.

Finalmente, la exclusión de las *consecuencias secundarias* al amparo de este criterio tropieza con el inconveniente de tener que determinar previamente la existencia de una acción dolosa o culposa, aspecto éste que influye decisivamente en la extensión del ámbito de protección de la norma.

Base 9.^a: La consideración de los criterios de imputación objetiva del resultado en los delitos culposos y omisivos plantean la duda de su carácter de elementos constitutivos del tipo o de verdaderos criterios de imputación objetiva. Ello trae de nuevo a colación el distinto papel que actualmente juega la imputación objetiva del resultado, esto es, presupuesto de la existencia de un tipo penal o su consideración una vez éste haya sido constatado.

Base 10.^a: El criterio del *plan del autor* elaborado por Roxin, no dice relación con la problemática abordada hasta el momento. Este principio se plantea no como presupuesto del aspecto objetivo del tipo, sino como elemento necesario para imputar un delito *consumado* a título de dolo.

BIBLIOGRAFIA

- BUSTOS, J. (1984): *Manual de Derecho penal español, Parte General*, pp. 226-231, Barcelona.
- (1987), *Significación social y tipicidad*, en «Control Social y Sistema Social», Barcelona.
- (1988), *Die objektive Zurechnung (Methodologische und Systematische Fragen)*, en «Homenaje a Armin Kaufmann», en prensa.
- CEREZO, J. (1985): *Curso de Derecho penal español*, pp. 280-291, 3.ª ed., Madrid.
- COBO DEL ROSAL, M., [VIVES, T. S.] (1987): *Derecho penal. Parte General*, pp. 281-293, Valencia.
- GIMBERNAT, E. (1962): *La causalidad en Derecho penal*, en «ADP».
- (1963), comentario al libro de Roxin, Claus, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, en «ADP».
- (1966), *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, ed. Reus, Madrid.
- (1987a), *¿Qué es la imputación objetiva?*, en «Estudios de Santiago de Compostela».
- (1987b), *Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento*, en «ADP», pp. 579-607.
- GÓMEZ BENÍTEZ (1984): *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, pp. 172-191, Madrid.
- HART, H. L. A. (1964): *Contributi all'analisi del diritto*, p. 536, Milano.
- HONIG, R. (1930): *Kausalität und objektive Zurechnung*, en «Festgabe für Reinhard von Frank», Tübingen, nueva ed., 1969.
- HUERTA, S. (1983): *La teoría de la imputación objetiva y su versión jurisprudencial*, en «La Ley».
- JESCHECK, H. H. (1981): *Tratado de Derecho penal. Parte General*, vol. 1, pp. 377-394, Barcelona.
- KAUFMANN, A. (1973): *Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan*, en «Nuevo Pensamiento Penal», núm. 1.
- (1985): *¿Atribución objetiva en el delito doloso?*, en «ADP».
- LARENZ, K. (1927): *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der Objektiven Zurechnung*, Leipzig, nueva ed., 1970.
- LUZÓN, D. M. (1981): *Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto*, en «Actualidad Jurídica».
- (1984), *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales*, en «Revista de Derecho de Circulación».
- MEZGER, E. (1955): *Tratado de Derecho penal*, trad. Rodríguez Muñoz, 1.ª ed., Madrid.
- MIR, S. (1985): *Derecho penal. Parte General*, pp. 176-194, Barcelona.
- MUÑOZ CONDE, F. (1984): *Teoría general del delito*, pp. 21-27, Bogotá.

- OCTAVIO DE TOLEDO, E., HUERTA, S. (1986): *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2.^a ed., Madrid, pp. 81-117.
- PUPPE, I. (1987): *Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, en «ZStW», 99, Heft 4.
- QUINTERO, G. (1986): *Derecho penal. Parte General*, pp. 326-333, Barcelona.
- REGLERO, F. (1987): *El nexo de causalidad y la socialización del riesgo*, en «Revista del Poder Judicial».
- RODRÍGUEZ MOURULLO (1978): *Derecho penal. Parte General*, pp. 289-305, Madrid.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (1984): *Compendio de Derecho penal. Parte General*, pp. 165-169, Madrid.
- ROMERO, G. (1983): *La conexión entre acción y resultado en los delitos de lesión*, en «CPC», núm. 19.
- ROXIN, C. (1976): *Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal*, en «Problemas Básicos de Derecho Penal», Madrid.
- (1976), *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, en «Problemas Básicos de Derecho Penal», Madrid.
- (1976), *Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*, en «Problemas Básicos de Derecho Penal», Madrid.
- (1986), *Die Problematik der Objektiven Zurechnung*, Palma de Mallorca, inédito.
- SAMSON, E. (1987): *Kausalitäts-und Zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht*, en «ZStW» 99, Heft 4.
- SCHÖNE, W. (1984): *El problema de la imputación objetiva*, en «La Toga», revista estudiantil de Derecho y Ciencias Penales, Palma de Mallorca.
- SILVA, J. M. (1984): *Aberratio ictus e imputación objetiva*, en «ADP».
- (1984), *Límites en la responsabilidad por imprudencia*, en «La Ley», núm. 1.049.
- STRATENWERTH, G. (1982): *Derecho penal. Parte General. El hecho punible*, pp. 75-87, Madrid.
- TORIO, A. (1983): *Cursos causales no verificables en Derecho penal*, en «ADP».
- (1986), *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*, en «ADP».
- (1987), *Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma*, en «Estudios de Santiago de Compostela».
- WELZEL, H. (1976): *Derecho penal alemán*, pp. 66-71, Santiago de Chile.
- WESSELS, J. (1980): *Derecho penal. Parte General*, pp. 51-65, Buenos Aires.
- ZAFFARONI, E. (1981): *Tratado de Derecho penal. Parte General*, pp. 277-282, Buenos Aires.