WOLFGANG FRISCH

UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO BIBLIOTECA

ESTUDIOS SOBRE IMPUTACIÓN OBJETIVA

UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO
FACULTAD DE DERECHO

AbeledoPerrot®
LegalPublishing Chile

THOMSON REUTERS

Desarrollo, lineamientos y preguntas abiertas sobre la teoría de la imputación objetiva del resultado*

¿Bajo qué condiciones establecemos la relación de imputación entre la conducta de una persona con el resultado exigida por los llamados delitos de resultado, para sostener que se han cumplido suficientemente los elementos del tipo? Esta pregunta ocupa a la ciencia del derecho penal alemana hace ya mucho tiempo. Ella ha llevado a una larga serie de respuestas, cuyo punto final es, hasta el momento, la teoría de la imputación objetiva. Las respuestas encontradas en esta discusión y los argumentos dados a favor y en contra de ella pueden resultar estimulantes también para el desarrollo de la dogmática de los delitos de resultado en el derecho penal de Estonia. Esto puede justificar la reseña sobre esta discusión, sus actuales resultados y sus preguntas abiertas en el libro de homenaje para un colega estonio, al tiempo que también impulsaré algunas propuestas para la solución de las preguntas aún abiertas. Esto es particularmente adecuado para un libro en homenaje a Jan Sootak, quien siempre ha enfatizado la importancia, y ha dado el ejemplo en ello, de tener en cuenta, para la construcción de un sistema jurídico en rápido desarrollo, las respuestas y experiencias de los sistemas jurídicos de otros estados.[1]

---

* Traducción al español de Cecilia Hopp del original alemán "Entwicklung, Grundlinien und offene Fragen der Lehre von der objektiven Erfolgszurechnung", publicado en Parmas, Andres (comp.), Nullum ius sine scientia: Festschrift für Jaan Sootak zum 60. Geburtstag am 16. Juli 2008, Juristische Fakultät der Universität Tartu, Juura, 2008.

[1] Ejemplo de esto es *Jan Sootak* en Juridica internacional (Law Review University of Tartu) 2003, cuaderno VIII, p. 1 y en el sentido de una concreta traslación en el delito imprudente pp. 73 y ss. Cfr. también *Luts/ Sootak*, ZStW (2005), 651, 656.

A. Sobre el desarrollo de la teoría de la imputación

En el centro de la discusión más antigua sobre los presupuestos de la responsabilidad por la producción de resultados dañosos, se encontraban los casos en los cuales el sujeto activo agregaba una condición evidentemente casual para la producción del resultado. Se trataba de situaciones en las que las consecuencias se presentaban como bastante poco probables, incluso directamente como producto de un curso causal aventurado.[2]

Por ejemplo: ¿Cumple con el tipo penal de homicidio el autor, incluso si su tiro sólo lesionó a la víctima y ella muere en la clínica de una gripe infecciosa intrahospitalaria, o si la muerte acaece por una lesión que en sí misma no es riesgosa para la vida sino por las especiales características de la víctima (p. ej. hemofilia o lesiones craneanas no visibles)? Otros objetos de discusión sirvieron para la construcción de los conocidos ejemplos de manual, en los cuales el "autor" manda a la "víctima" al bosque, donde ella muere alcanzada por un rayo, o los casos en los que se desea que el barco se hunda y luego esto sucede realmente.

I. El punto de partida de la teoría de la equivalencia

La doctrina y la jurisprudencia buscaron la solución, incluso en estos casos, en el nivel de la causalidad, con ayuda de la llamada teoría de la equivalencia. Según esta teoría el autor causa el homicidio o las lesiones cuando él ha aportado una condición necesaria para tal resultado; de tal manera se encontraría completo el tipo objetivo del delito de lesiones u homicidio.[3] Si el autor causó, en este sentido, y consecuentemente actuó de manera típica, se determinaba suprimiendo mentalmente la acción: si

---

[2] Caracterizan esta vieja discusión *v. Bar*, Die Lehre vom Kausalzusammenhang im Recht, 1871, pp. 12 y ss.; *Traege*, Der Kausalbegriff im Straf- und Schadensersatzerecht, 1912, pp. 5 y ss., *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, pp. 35 y ss.; más referencias en *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, pp. 10 y ss. *Rudolphi*, en: Systematischer Kommentar zum StGB, 26 actualización (junio 1997), § 1 n.m. 39 y ss., 57 y ss.

[3] Así p. ej. RGSt 1, 373, 374 y s.; 5, 29, 31; 7, 332, 333 y s.; BGHSt 1, 332, 333; 2, 20, 24 y s.; 7, 112, 114; en lo fundamental aún hoyen este sentido, *Baumann/Weber/Mitsch*, 11ª edición 2003, § 14 n.m. 8 y ss., 51 y ss., 100; *Schlüchter*, JuS 1976, 312, 314 y s. Extensos

así desaparecía también el resultado, entonces la acción causó. Si, por el contrario, el resultado permanece, entonces falta la causalidad. No es difícil ver que esta teoría de la condición o teoría de la equivalencia conduce en todos los casos referidos anteriormente a la afirmación de la causalidad. Y, por tanto, lleva a afirmar también la tipicidad de la acción, cuando uno reduce la relación entre acción y resultado en estos términos: sin la acción de disparar, la infección de gripe en el hospital nunca hubiera sucedido, sin la sugerencia de viajar en barco no se hubiera producido la muerte del prójimo en su naufragio. Incluso los padres del homicida habrían cumplido con el tipo (objetivo) de homicidio.

II. ANTIGUOS INTENTOS DE DELIMITAR OBJETIVAMENTE EL TIPO PENAL

Estas conclusiones resultaban –con razón– insatisfactorias para la literatura. Muchos autores pretendían, por ello, dejar de considerar suficiente para el cumplimiento del tipo, el hecho de que el autor hubiera aportado cualquier condición necesaria para la producción del resultado.[4] Resultaba sencillamente grotesca la consecuencia de que, según la teoría de la equivalencia también los padres hubieran causado la muerte que posteriormente se produjo y que justamente por ello se considerara que habían cumplido el tipo objetivo de homicidio. Tales consecuencias grotescas, y otras similares, podían evitarse sólo si se entendía la norma que decía "causación del resultado" en un sentido más restrictivo. De modo tal que se propusieron variados modelos de solución. Según uno de ellos –las llamadas teorías de la causalidad individualizadoras– se propuso considerar irrelevantes los aportes causales meramente casuales y solamente considerar apropiadas típicamente las acciones que aportaran la verdadera causa.[5]

Continuación nota [3]

ejemplos de los viejos representantes de este criterio en *R. v. Hippel,* Deutsches Strafrecht, Tomo 2, 1930, p. 138.

[4] Cfr. en algún sentido *Traeger* (ob cit. nota 2), pp. 73 y ss.; v. Hippel (ob. cit. en nota 3), pp. 143 y ss.; *Engisch* (ob cit. nota 2), pp. 34 y ss., especialmente 37 y ss., 41 y ss.; una vista panorámica acerca de otras posturas críticas de la vieja escuela en *Frisch* (ob. cit. nota 2), pp. 11 y ss., 15 y ss.; Schönke/Schröder - *Lenckner/Eisele*, Strafgesetzbuch: Kommentar, 27ª edición, 2006, en §§ 13 y ss. n.m. 84 y ss.

[5] Sobre estas teorías individualizadoras de la causalidad *Frank*, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18ª edición, 1931, § 1 III. (p. 12); *Traeger* (ob. cit. en nota 2), pp. 80 y ss.; también

Otros, en lugar de esto, querían destacar la cuestión de si la producción del resultado era previsible o no –según esta teoría, llamada de la adecuación, en los ejemplos mencionados más arriba, se negaría la "causación" en sentido jurídico.[6] Nuevamente otros autores consideraron que era una cuestión de la interpretación de los tipos penales en particular determinar cuáles son los cursos causales relevantes (la llamada teoría de la relevancia); ciertas condiciones (p. ej., evidentemente, la procreación del autor por los padres) no se ajustaban razonablemente a la valoración que el legislador entendió abarcar en el tipo penal.[7]

III. EL RECHAZO DE LOS INTENTOS DE RESTRICCIÓN DESDE LA TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA

Ninguno de estos conceptos restrictivos de las teorías más antiguas logró imponerse. La teoría de la adecuación tuvo temporalmente gran influencia,[8] pero finalmente no pudo imponerse ni siquiera en la doctrina. La jurisprudencia se aferró desde el comienzo de manera imperturbable a la tesis, según la cual, en el sentido de los delitos de resultado, cualquier causa era una condición necesaria del resultado.[9] En defensa de una concepción tan amplia de la causalidad se sostenía, y se sostiene, que en algunas ocasiones hay casos en los que según una previsión adecuada o según la previsibilidad individual del curso causal, es ne-

---

Continuación nota [5]

Frisch (ob. cit. en nota 2), p. 16 (notas 35- 37); *Maurach/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, T. I, 8ª edición, 1992, § 18 n.m. 28 y s.; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht, 11ª edición, 1969, p. 47.

[6] Cfr. para esta teoría aproximadamente *August Köhler*, Deutsches Strafrecht AT, 1917, p. 199; *v. Hippel* (ob. cit. nota 3), pp. 143 y ss. Así como –la discusión recopilada y continuada por– *Engisch* (ob. cit. nota 2), especialmente pp. 41 y ss.

[7] Cfr. aproximadamente, *Beling*, Grundzüge des Strafrechts, 1930, pp. 36 y s.; *Blei*, Strafrecht Allgemeider Teil, 1983, pp. 104 y ss.; *Metzger*, Lehrbuch Strafrecht, 3ª edición 1949, pp. 122 y ss.

[8] Una presentación en profundidad de los representantes de esta teoría en la primera mitad del siglo 20 en *von Hippel* (ob. cit. nota 3), pp. 143 y ss.; ver también *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2ª ed., 1991, 7/30 y ss..; *Jesheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5ª ed., 1996, pp. 285 y s.; Schöncke/ Schröder- *Leckner/Eisele* (ob. cit. nota 4), n.m. 87 y s.; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze: Kommentar, 55ª ed., 2008 §13 n.m. 23.

[9] En relación con esto ver las decisiones judiciales citadas en la nota 3 del RGSt 1, 373.

cesario tener en cuenta para la imputación causas que, a primera vista, parecen más alejadas de la producción del resultado o cursos causales extraordinarios[10]. Un concepto tan amplio sería también tolerable, ya que para afirmar la punibilidad del autor no solamente es necesaria la causación o el cumplimiento del tipo, sino que también debe ser tenido en cuenta que haya actuado culpablemente, esto es, que haya cumplido con ciertas condiciones subjetivas necesarias para la punición.[11] Así fracasaría regularmente la punición, aún si se aceptaba la tipicidad de los casos problematizados: los cursos causales que fueran extremadamente inusuales, que por regla no pudieran ser previsibles para el autor, eran considerados no previstos por él. Por tal circunstancia, faltaría regularmente el dolo o la imprudencia del autor. También eran resolubles los casos en los que era indiscutible la presencia del dolo del autor pero, no obstante, se hacían valer los deseos en contra de la realización del tipo, puesto que el resultado se produjo de una manera que el autor no se había representado (el autor quiere matar, la víctima herida muere en la clínica por una gripe infecciosa): aquí faltaría la imputación del resultado al dolo, puesto que entre el curso causal representado por el autor y el real hay una desviación esencial.[12]

IV. Los dudosos argumentos de la teoría de la equivalencia

Este intento de justificación de la teoría de la equivalencia y el rechazo de las teorías limitativas, como, por ejemplo la teoría de la adecuación o de la relevancia, no resulta convincente. Sobre todo, la tesis central, que argumenta que las limitaciones de las teorías de la adecuación y la relevancia son innecesarias, difícilmente podía ser correcta. Por un lado esta tesis desatiende que con la afirmación de la tipicidad se le dice al

[10] En este sentido ya RGSt 1, 373, 375; 7, 332, 334; *v. Buri*, GA 11 (1863), 753, 757, y s.; el mismo Der Gerichtsaal, Tomo 29 (1877), 269, 276; *v. Liszt/ Schmidt*, Lehrbuch des Strafrechts, 25ª ed. 1927, pp. 157 y ss. especialmente pp. 162 y s. aún hoy *Baumann/ Weber/ Mitsch* (ob. cit. nota 3), § 14 IV.

[11] Cfr. por ejemplo RGSt 61, 318, 320; también RGSt 54, 349; BGHSt 12, 75, 77 y s.; *Schlüchter*, JuS 1976, 312, 314; un reconocimiento parcial de este argumento aun en los críticos de la teoría de la equivalencia cfr. p. ej. *Traeger* (ob. cit. nota 2), pp. 74 y s.

[12] Cfr. entre muchos otros *Frank* (ob. cit. nota 5), § 59 IX (p. 197) con más referencias.

autor que ha cometido un ilícito tipificado[13], que solamente por excepción puede ser justificado. Por eso es importante delimitar los tipos penales de modo tal que se descarte la tipicidad en los casos en los que el resultado se produce solamente por una desdichada concatenación de eventos (por ejemplo un accidente de tránsito en el camino hacia la clínica).[14] Por otro lado, fracasa la corrección mediante lo subjetivo, sobre todo, cuando el autor se representó efectivamente y quiso el curso causal muy improbable: ¿debe entonces realmente responder por homicidio aquel que, contando con la posibilidad de un naufragio, mandó a otro a un paseo en barco?[15] Más importante que la tan citada referencia a la irrelevancia de las teorías materiales de la causalidad, otros dos puntos de vista conducirían a rechazar estas teorías: su relativa indeterminación[16] y la sensación de que también con los criterios mencionados por estas teorías las restricciones normativas no resultan suficientemente circunscritas.[17]

V. CONTINUACIÓN DE LOS ENFOQUES MÁS ANTIGUOS EN LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Justamente en este punto surgen las nuevas limitaciones del tipo objetivo en los delitos de resultado, que hoy usualmente son resumidas con el nombre de teoría de la imputación objetiva del resultado. El término

---

[13] Sobre la significación de los tipos penales como tipificación de ilícito cfr. entre muchos Schönke/ Schröder- *Leckner/ Eisele* (ob. cit. nota 4), en § 13 n.m. 45 y ss.; más referencias en *Frisch* (ob. cit. nota 2), p. 12.

[14] *Frisch* (ob. cit. nota 2), p. 13. Para una teoría que reconoce también los llamados elementos subjetivos del ilícito como constitutivos del tipo subjetivo del ilícito, esta segregación puede realizarse sin problemas en el tipo subjetivo – de modo tal que la objeción solamente se dirigirá contra las concepciones que limitan la tipicidad a lo objetivo, que analizan lo subjetivo en la culpabilidad. En este sentido claramente, incluso aun hoy *Baumann/ Weber/ Mitsch* (ob. cit. nota 3), § 18 n.m. 41, § 20 n.m. 1 y ss.

[15] No se debe objetar a estos casos su escasa relevancia práctica. Una buena teoría debe ser correcta también ante los casos irrelevantes desde el punto de vista práctico.

[16] Sobre la indeterminación de la teoría de la adecuación p. ej. Systematischer Kommentar zum StGB- *Rudolphi* (ob. cit. nota 2), § 1 n.m. 55; sobre la falta de diferenciación respecto de la teoría de la relevancia p. ej. *Rudolphi,* ob. cit.,. n.m. 56 y Schöncke/ Schröder- *Leckner/ Eisele* (ob. cit. nota 4), § 13 n.m. 90.

[17] Más recientemente de manera muy clara en este sentido (también contra la teoría de la adecuación) Systematischer Kommentar zum StGB- *Rudolphi* (ob. cit. nota 1) § 1 n.m. 54 y s.

surge al retomar un concepto dado por *Larenz* y *Honig* en los años veinte y treinta.[18] A través de su utilización se intenta expresar que se trata de algo más que de una mera teoría para determinar el curso causal. Para que el resultado pudiera ser imputado, el autor debe, ciertamente, haberlo causado en el sentido de la teoría de la condición. Pero además deben cumplirse otros presupuestos que resultan de consideraciones normativas[19]. Éste es el pensamiento central de la teoría de la imputación objetiva. A partir de la realización de estos principios la teoría de la imputación objetiva en realidad no se opuso a las teorías restrictivas de la causalidad.[20] Antes bien, ella toma para sí muchas de sus ideas básicas e intenta mejorarlas y desarrollarlas y al mismo tiempo completarlas; por lo que se podría calificar a la teoría de la imputación objetiva como continuación o complemento de la teoría de la adecuación o de la relevancia.[21]

B. Lineamientos fundamentales y preguntas abiertas de la teoría de la imputación objetiva

Tres son las condiciones para la imputación objetiva del resultado, según la nueva teoría de la imputación objetiva[22]: se exige, en primer lugar, que el autor haya condicionado causalmente el resultado a través de su comportamiento. Asimismo, es necesario que la acción del autor haya creado un riesgo desaprobado. Finalmente, en tercer lugar, el resultado se debe haber producido como realización de ese riesgo desaprobado. Por otro lado, se exige, en el mismo contexto, que el curso causal con-

---

[18] Cfr. especialmente *Larenz*, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung, 1927; *Honig*, Festgabe für Frank, tomo 1, 1930, pp. 174 y ss.

[19] Cfr. en el sentido de una descripción similar (en lo fundamental) del problema y de los niveles de examen resultantes p. ej.: *Jescheck/Weigend* (ob. cit. nota 8), pp. 275 y ss; Systematischer Kommentar zum StGB- *Rudolphi* (ob.cit. nota 2), § 1 n.m. 57; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 37ª ed., 2007, n.m. 153 y ss.

[20] Aun cuando esta impresión a veces resurge –en particular a través de contrastaciones no convincentes, desde el punto de vista histórico– dogmático, de la teoría de la relevancia y la teoría de la imputación objetiva.

[21] En este sentido ya *Frisch*, (ob. cit. nota 2), p. 17.

[22] Cfr. entre muchos otros *Jescheck/ Weigend* (ob. cit. nota 8), pp. 286 y ss; Systematischer Kommentar zum StGB- *Rudolphi* (ob. cit. nota 2) § 1 n.m. 3 y ss., 57, 62, y ss.; *Wessels/ Beulke* (ob. cit. nota 19), n.m. 179.

dicionado por el autor corresponda a aquellos cursos frente a los cuales la norma pretende ejercer su protección.[23]

I. EL REQUISITO DE LA CAUSALIDAD

No es necesario profundizar en el primer requisito, que exige la causalidad entre acción y producción del resultado. Respecto de esta cuestión, la teoría de la imputación no plantea nada nuevo; en este punto ella toma principalmente las consecuencias que surgen de la fórmula de la *conditio- sine- qua- non* o de la que refiere a la condición ajustada a una ley.[24] El siguiente requisito de la relación está exento de problemas –como he señalado al comienzo– incluso en los casos de cursos causales inusuales. Lo nuevo de la teoría de la imputación objetiva consiste principalmente en exigir requisitos normativos. Nos referiremos a continuación a estos filtros normativos específicos de la teoría de la imputación.

II. EL REQUISITO DE LA CREACIÓN DE UN RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO

Es básica para la actual teoría de la imputación, la idea de que las consecuencias causales deben ser la realización de un riesgo creado por

---

[23] En este sentido aproximadamente *Rudolphi*, JuS 1969, 549 y ss.; *Schünemann*, JA 1975, 435 y ss.; al menos en alguna estrecha medida, *Roxin*, Festschrift für Gallas, 1973, pp. 241 y ss.; *Wolter*, Objektive und personale Zurechnung, 1981, pp. 341 y ss.

[24] En tanto que es necesaria como mínimo, precisamente, para la legitimación de la imputación del resultado a la acción, que ella tenga una relación de causalidad con el resultado. Asimismo, la función de demostración que corresponde al resultado supone necesariamente una causalidad del comportamiento hacia el resultado (con más detalle *Frisch* [ob. cit. nota 2], pp. 543 y ss.; ver también *Degener*, ZStW 103 [1991], 357, 377 y ss.). Visto con mayor profundidad se ve claramente el verdadero motivo para la irrenunciabilidad de la comprobación de aquello que normalmente se prueba en la causalidad, en este sentido, un comportamiento solamente puede ser prohibido por un tipo penal si cumple con dos condiciones: debe, en primer lugar, conducir al resultado, en conjunto con otras condiciones marginales. Y, en segundo lugar, no puede darse de tal manera que el resultado se produciría aun sin ese comportamiento, en particular en el caso de la realización del comportamiento mandado (en casos de omisión, cuando el comportamiento ajustado a derecho también lo habría causado). Acerca de la pregunta no muy profundamente desarrollada en el texto, sobre si es más adecuada la fórmula de la *conditio* o la teoría de la condición conforme a una ley, ver –respectivamente, con más referencias –*Puppe*, en: NK- StGB, Tomo I, 2ª ed. 2005, n.m. 80, 90 y ss.; *Frisch* (ob. cit. nota 2), pp. 521 y ss.; el mismo, Festschrift für Gössel, 2002, pp. 51 y ss.

el autor y que ese riesgo pueda ser presentado como un riesgo desaprobado por el tipo penal. Como consecuencia de ello el autor debe haberse comportado de tal manera que, para comenzar, haya creado un riesgo desaprobado (en el sentido del tipo penal en cuestión) apropiado para causar determinadas consecuencias. Esto no es algo totalmente obvio en las acciones causales; más aún, puede ser que por distintas razones falte la creación de tales riesgos desaprobados, aunque finalmente la acción resulte en un curso causal lesivo. Mencionaré seguidamente –sin pretensión de exhaustividad– cinco casos pertenecientes a este grupo.

1. Falta del requisito por disminución del riesgo

El más evidente de los casos es la falta de creación de un riesgo desaprobado cuando la conducción del partícipe (co-)causal hacia ciertas consecuencias incidió de tal manera que no incrementó el riesgo de que se produjeran tales consecuencias, sino que incluso lo disminuyó.[25] Esto es así cuando, por ejemplo, el autor desactiva el curso causal de un tercero (como puede ser la causación de un riesgo de muerte mediante el suministro de veneno o por un golpe de corriente, o el acaecimiento de determinado daño patrimonial) a través de la atenuación del conjunto de condiciones riesgosas (por ejemplo una considerable disminución del veneno en la sustancia luego suministrada por el tercero), de modo tal que solamente quede el riesgo disminuido, que podría, según ciertas circunstancias (por ejemplo una cierta debilidad de la víctima) finalmente llevar a la consumación del tipo penal. Otro ejemplo dado por los seguidores de la teoría de la imputación es el caso en el que alguien que suavizó el ataque anteriormente realizado por otro, que previsiblemente habría conducido a graves lesiones (u otros perjuicios), de tal manera

[25] Sobre los casos de disminución del riesgo como excluyentes de la imputación objetiva del resultado cfr. *Roxin*, Festschrift für Honig, 1970, pp. 133, 136; el mismo, Gedächnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 237, 242 y ss.; Schöncke/ Schröder - *Lenckner/ Eisele* (ob. cit. nota 4), §13 n.m. 94; *Stratenwerth/ Kuhlen*, Strafrecht: Allgemeiner Teil I, 5ª ed. 2004, § 8 n.m. 28; extensamente *Lee*, Objektive Zurechnung des Erfolgs bei bloßer Risikoverminderung oder Risikomodifikation, 2001; críticamente *Samson*, Festschrift für Lüderssen, 2002, pp. 587, 594 y ss., 598; *Armin Kaufmann*, Festschrift für Jescheck, Tomo I, 1985, pp. 251, 254 y ss.

que condujo a una injerencia considerablemente menor del bien jurídico en cuestión.[26]

Es evidente, que en casos de este tipo, en que la injerencia que finalmente acaeció, o aquella de menor magnitud que se ha producido, no pueden ser imputadas a aquel que ha disminuido el riesgo o que ha producido una injerencia menor en el bien jurídico protegido. También es evidente que, ciertamente, la significación práctico-forense de este grupo de casos dentro de los referidos a la falta de creación de un riesgo desaprobado es muy escasa, y en esa medida, también la de la teoría de la imputación objetiva.

2. Cursos causales inusuales y realización del riesgo desaprobado

Otro caso en el que opera como filtro la creación de un riesgo desaprobado son aquellas situaciones de hecho que principalmente en la antigua discusión siempre replanteaban la cuestión de la correcta delimitación del concepto de causa: los cursos causales relativamente improbables, en ocasiones incluso aventurados. Como ejemplos baste mencionar los casos en los que alguien manda, con intenciones maliciosas, a otro a un viaje en avión o en barco en el cual él muere, o cuando por un golpe inofensivo u otra lesión inocua, causa la muerte de la víctima por una inusual constitución defectuosa de ella (por ejemplo por una lesión craneana no visible o por su condición de hemofílico)[27]. En casos de este tipo la causalidad es innegable. Solamente se puede negar la responsabilidad de quien causó por el acaecimiento del resultado, esto es, la relevancia jurídico penal del comportamiento que lo produjo. La nueva teoría de

---

[26] Cfr. aproximadamente *Roxin*, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann (ob. cit. nota 25), p. 242. Este caso es, obviamente, más problemático que el primero, pues aquí se puede dudar, al menos en parte, si no se trata de la reapertura de (otras) fuentes de peligro; sobre la problemática *Armin Kaufmann* (ob. cit. nota 25), 254 y ss.

[27] Sobre tales casos ya en la antigua discusión p. ej. *Frank* (ob. cit. nota 5), p. 11 y ss., 14; *R. v. Hippel* (ob. cit. nota 3), pp. 134, 143; sobre la nueva discusión p. ej. *Rudolphi*, JuS 1969, 549, 553 y ss.; *el mismo* en: Systematischer Kommentar zum StGB (ob. cit. nota 2) § 1 n.m. 62; *Otto*, Festschrift für Maurach, 1972, pp. 91, 101 y ss.: *Wolter* (ob. cit. nota 23), pp. 29, 91 y s., 224; *el mismo* en: Schünemann/ Figueiredo Dias (comp.), Bausteine des europäischen Strafrechts, 1995, pp. 3, 22 y ss., 27 y ss.

la imputación intenta resolver estos problemas: lo que falta, según esta teoría, es la creación de un riesgo desaprobado (realizado ulteriormente en el resultado) por parte de quien actuó. Para su fundamentación se afirma que tales cursos causales son imprevisibles, están fuera de la experiencia general de la vida y que, por lo tanto, las acciones que los generaron no pueden ser consideradas peligrosas.[28] Otros sostienen que, dada la carga de toda nuestra vida con ciertos riesgos residuales, bajo ciertas circunstancias, tales cursos causales no pueden ser considerados un incremento del riesgo; a este enfoque subyace la idea de que se han realizado riesgos generales de la vida.[29] Las malas intenciones del autor no modifican en nada la situación. Solamente debe ser distinto el tratamiento de casos en los que se ha aumentado claramente el peligro de que se produzcan tales riesgos generales de la vida, como, por ejemplo, cuando se aumenta sustancialmente el peligro de una infección mortal de gripe no solamente a causa de una modificación del lugar, sino también a través de un debilitamiento del sistema inmunológico,[30] o cuando el autor manda a la víctima a un lugar donde existe un riesgo particularmente elevado de caída de rayos eléctricos (por ejemplo, estructuras para ascenso).[31]

3. Creación de riesgos tolerados por su utilidad

En efecto, el requisito de la creación de un riesgo desaprobado es útil no solamente a los fines de excluir cursos extremadamente inusuales y por ello poco importantes desde el punto de vista práctico, esto es, en los ejemplos de manual de la discusión antigua.

En general, también tiene importancia para una gran cantidad de formas de comportamiento, a los cuales otras personas se ven expuestos por los diversos peligros propios de la vida moderna y de la técnica. Podemos dar como ejemplos la permisión y el funcionamiento de aeronaves, vehículos automotores y trenes, a pesar de que, como es evidente, crean cursos cau-

---

[28] En este sentido *Wessels/Beulke* (ob. cit. nota 19), n.m. 196.

[29] Cfr. aproximadamente Systematischer Kommentar zum StGB- *Rudolphi* (ob. cit. nota 2) § n.m. 76 con más referencias.

[30] Cfr. el caso OLG Köln NJW 1956, 1848.

[31] En un sentido similar *Otto* (ob. cit. nota 27), pp. 91, 99 y s.

sales con diversas consecuencias dañosas en ocasión de su utilización, que no son enteramente evitables, lo mismo sucede respecto del funcionamiento de centrales nucleares o fábricas químicas, la permisión y utilización de fármacos, etc. En el contexto de la realización de estas actividades, acaecen injerencias sobre los bienes jurídicos de terceros, cuya relación de causalidad con esos comportamientos es indiscutible. Tampoco se puede afirmar que los cursos causales en cuestión se encuentren fuera de la experiencia general de la vida; oímos y leemos continuamente de estos sucesos.[32] Si, no obstante, aquellos que permiten estos comportamientos o se comportan ellos mismos de determinada manera, no son (pueden ser) cargados con las consecuencias de la causación de esta multiplicidad de consecuencias, es en razón de específicos motivos normativos. Es determinante la cuestión de que la creación de este tipo de peligros es entendida como dentro de los límites de lo permitido. La razón de esto es, nuevamente, que muchas prácticas nos resultan muy importantes por su utilidad o necesariedad social, de modo tal que son permitidas bajo ciertas circunstancias que minimicen sus riesgos.[33] Ciertos peligros residuales de estas prácticas, que son inevitables o que aun cumpliendo con razonables medidas de minimización de riesgos no se pueden eliminar completamente, son aceptados; las creaciones de riesgos que permanecen en tales condiciones son consideradas como no reprobadas. Las consecuencias dañosas que de todas maneras acaecen, no son imputadas a aquel que se ha atenido a las condiciones vigentes para tales riesgos por falta de un comportamiento desaprobado por el Derecho. Recién cuando –en particular a través de la infracción de las condiciones– se crea un peligro que sobrepasa la medida del riesgo permitido, que por ello causa un resultado típico, tales resultados son, por ello, imputables.

Como es evidente, no se limitan las creaciones de peligros que no son desaprobados por razones normativas, solamente a los casos ya referi-

[32] En relación con esto, en contra de la exclusión de la imputación en el caso cercano de la falta de previsibilidad (que es utilizada por los tribunales de manera no infrecuente) Systematischer Kommentar zum StGB- *Rudolphi* (ob. cit. nota 2), § 1 n.m. 55; *el mismo*, JuS 1969, 549 y ss.

[33] Sobre la distinción de este trasfondo de intereses en la desaprobación o aceptación de riesgos *Rudolphi* y *Wolter* (nota 23); *Frisch*, NStZ 1992, 1, 6 y s., 62 y ss. con más referencias; *el mismo* (ob. cit. nota 2), pp. 72 y ss., 90 y ss., 148 y ss.

dos, esto es, los casos en los que se produce la disminución del riesgo, los casos en los que no se puede determinar un incremento del riesgo y los incrementos de riesgos que resultan de formas de comportamiento socialmente valiosos o necesarios. Existen además otros motivos totalmente diferentes por los cuales se ha aceptado que ciertos cursos causales no entren en el ámbito de lo ilícito y que no se considere desaprobado el comportamiento que genera un riesgo de desenlace de tales cursos causales. En el marco de este panorama acerca de la discusión, habré de limitarme a presentar solamente dos de los grupos de casos, entre el gran número de constelaciones de casos discutidos, que son particularmente actuales y por ello sistemáticamente importantes.

4. Creación de riesgo desaprobado por posibilitar (permitir) autolesiones y auto-puestas en peligro

El primer grupo se refiere a situaciones de hecho que se caracterizan por que la producción de la afectación al bien jurídico, o su amenaza, es realizada por el comportamiento autónomo de la víctima sobre sí misma[34]. Tal el caso cuando el "autor" facilita a la víctima ciertos objetos, con los que la víctima se autolesiona, o cuando a través de su comportamiento motiva a la víctima a realizar una determinada acción (por ejemplo, a un comportamiento riesgoso para sí misma, motivado por otro). El hecho de que parece bastante problemático, en estas constelaciones de casos, imputar al que motivó los resultados finalmente producidos, fue un argumento dado en el marco de esta discusión sobre la imputación del resultado ya tempranamente.[35]

---

[34] Sobre las situaciones de hecho de la auto-puesta en peligro más detenidamente *Frisch*, NStZ 1992, 1 y ss., 62 y ss.; *el mismo* (ob. cit. nota 2), pp. 148 y ss.; *Jakobs* (ob. cit. nota 8), 7/125 y ss.; *Puppe*, Die Erfolgszurechnung im Strafrecht, 2000, pp. 154 y ss. con ejemplos de jurisprudencia; *la misma*, Jura 1998, 21, 28 y ss.; *Zaczyk*, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1992, pp. 7 y ss. también (extensamente) *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, pp. 307 y ss.; *Degener*, "Die Lehre vom Schutzzweck der Norm" und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte, 2001, pp. 285 y ss.

[35] Cfr. aproximadamente *Roxin* (ob. cit. nota 23), pp. 243 y ss.; *Rudolphi*, JuS 1969, 549, 556 y s.; *el mismo* en: Systematischer Kommentar zum StGB (ob. cit. nota 2) § 1 n.m. 79 y ss. –En la antigua discusión se encuentran escasas referencias acerca de este conjunto de problemas.

El punto de partida de la argumentación lo constituye el consenso general en Alemania acerca de la licitud de la participación en el suicidio o la autolesión de la persona que actúa autorresponsablemente. Esta licitud desde la perspectiva de la participación en los casos de una actuación autorresponsable de la víctima no puede ser eludida mediante el recurso a una responsabilidad por autoría propia del *extraneus* En los casos en los que hay una acción dolosa (del *extraneus* y la víctima), según la opinión generalizada, esto ya se ve impedido por el hecho de que a que en caso del actuar autorresponsable y doloso de la víctima al *extraneus* le falta el requisito de la autoría del dominio del hecho.[36] Mucho más significativos desde el punto de vista práctico son, naturalmente, las constelaciones de casos de imprudencia. Aquí se argumenta normalmente a partir de un razonamiento *a fortiori:* si ya hacer posible, colaborar o iniciar dolosamente una autolesión o suicidio ajenos no es –en absoluto– punible, entonces no podría ser diferente, de repente, algo distinto en el caso de una conducta irreflexiva del, *extraneus*. El comportamiento del *extraneus* no se puede calificar, por tanto, como un homicidio imprudente, en caso de decisión autónoma de la víctima.[37]

Estos principios han sido trasladados, entretanto, por la literatura y la jurisprudencia[38] también a casos ciertamente significativos desde el punto de vista práctico, en los que se trataba de la posibilitación o colaboración en autopuestas en peligro de otro, en particular para el suministro de drogas.[39] En los casos en que se produjere la muerte, ella no podrá ser

---

[36] Por cierto, esto es raramente argumentado explícitamente; para fundamentarlo se señala, generalmente, que la participación en autolesiones o suicidios está exenta de pena; *Roxin* (ob. cit. nota 23), p. 246; *Rudolphi*, JuS 1969, 557. Por lo demás, permanece vigente la pregunta de si el argumento del dominio del hecho es lo decisivo. Sobre el verdadero trasfondo de intereses que resulta determinante, que impide ya la *prohibición*, ver *Frisch* (ob. cit. nota 34).

[37] Cfr. aproximadamente BGHSt 24, 342; en la literatura *Roxin* (ob. cit. nota 23), pp. 245 y s.; *Rudolphi* JuS 1969, 549, 557; *el mismo* en Systematischer Kommentar zum StGB (ob. cit. nota 2), § 1 n.m. 79; *Otto* Festschrift für Tröndle, 1989, pp. 157, 159 y ss.

[38] Cfr. BGH NJW 1991, 307; BGH en *Holtz*, MDR 1980, 984, 985; BGH JR 1979, 429 con nota *Hirsch*; BGH NStZ 1981, 350; BGHSt 32, 262. Extensas referencias sobre las discusiones de las decisiones ya mencionadas *Frisch* (ob. cit. nota 2), p. 1 (la crítica en pp. 2 y ss.).

[39] En lo fundamental, particularmente BGHSt 32, 262; también *Frisch* (ob. cit. nota 2), pp. 1 y ss.

imputada al autor debido a la conducta y la autorresponsabilidad de la víctima y a la creación del riesgo que ella produjo para sí misma. Sobre la base de las premisas de la teoría de la imputación esto significa que: el riesgo creado en estos casos por el *extraneus* que resulta apropiado para la causación del resultado no cuenta, por ejemplo, para la realización del tipo penal de homicidio si el riesgo se realizó con la concurrencia de la responsabilidad de la víctima; no se trata de un riesgo desaprobado por el tipo penal en el sentido de estos tipos penales.[40] Según estas máximas se trata también, según un enfoque muy difundido, el caso en el cual el autor infecta de HIV a su compañero, quien sabe de la infección y voluntaria y responsablemente accede a tener relaciones íntimas.[41] Resultan similares los casos en los que la víctima utiliza productos de manera imprudente, por ejemplo, medicamentos.

5. ¿Creación de un riesgo desaprobado por la posibilitación de comportamientos de terceros que atentan contra bienes jurídicos?

Sin embargo, no solamente en los casos en los que en definitiva es la víctima la que se autoinflige el daño falta la creación de un riesgo desaprobado por parte del tercero. También cuando la producción del resultado es causada por la acción de un tercero, es posible preguntarnos si ha habido un riesgo desaprobado relevante. A modo de ejemplo se puede mencionar los casos en los que ciertos instrumentos (un cuchillo, veneno para plantas) son aportados por un tercero, que se comporta de tal manera que facilita o motiva a terceros para la comisión de un hecho punible (ejemplo: información sobre el transporte de dinero inminente).[42]

---

[40] Esto es evidente aunque con frecuencia no sea expresado; esto resulta, sin embargo, de consideraciones lógicas. Si el riesgo en cuestión fuera visto como riesgo jurídicamente desaprobado, habría que imputarlo –pues efectivamente se ha realizado. Ver para completar *Frisch*, NStZ 1992, 1, 5.

[41] Así en particular BayObLG NJW 1990, 131 y s.; más referencias en *Frisch*, JuS 1990, 362, 369 y s. y *el mismo*, NStZ 1992, 62, 66.

[42] En profundidad sobre este grupo de casos *Frisch* (ob. cit. nota 2), pp. 244 y ss.; *Otto* (ob. cit. nota 27), pp. 94 y ss.; *Roxin*, Festschrift für Tröndle, 1989, pp. 177, 186 y ss., *Wehrle*, Fahrlässige Beteiligung am Vorsatzdelikt –Regreßverbot, 1986, pp. 126 y ss.; de la literatura de comentarios al Código penal principalmente Systematscher Kommentar zum StGB- *Rudolphi* (ob. cit. nota 2), § 1 n.m. 72 y Schöncke/ Schröder- *Leckner/ Eisele* (ob. cit. nota 4), §§13 y ss. n.m. 101 y ss.

En casos de este tipo no se puede tratar el comportamiento del tercero como si fuera una mera causa de la naturaleza y por tanto hacerlo responsable como autor imprudente por aquellas acciones que resultan causas mediatas del resultado; esto fue reconocido como problemático tempranamente en la literatura.[43] En el marco de la imprudencia la impunidad de la facilitación o colaboración fue rechazada en los mencionados delitos en particular por la impunidad de la participación imprudente; esta valoración no debería ser eludida recurriendo a una especie de autoría mediata imprudente.[44]

En conexión con estos razonamientos la nueva teoría de la imputación rechaza la imputación del resultado a los partícipes o facilitadores mediatos en una serie de constelaciones de casos en los cuales la producción de los resultados típicos se produce por el comportamiento de terceros (responsables); en particular en los casos en los que la entrega de objetos de uso o consumo domésticos no es pensada como una colaboración a un delito.[45] Para fundamentarlo se recurre en parte a la adecuación social de tales comportamientos[46] o a la imposibilidad de dominar las acciones de terceros,[47] otros centran su pensamiento en los ámbitos de responsabilidad

[43] Cfr. p.ej. *Frank*, (ob. cit. nota 5), p. 14, quien quería introducir en estos casos una "prohibición de regreso"; críticamente al respecto, en esta época, *R. v. Hippel* (ob. cit. nota 3), p. 142, en particular, nota 1; en *Frank* y *v. Hippel* también más referencias sobre el estado de discusión de aquel entonces. En profundidad sobre el problema de la prohibición de regreso desde el punto de vista actual *Roxin* (ob. cit. nota 42), pp. 177 y ss.; *Wehrle* (ob. cit. nota 42), *passim*; *Puppe* (ob. cit. nota 34), pp. 144 y ss.

[44] En este sentido, p. ej. *Spendel*, JuS 1974, 749, 752 y ss., 756 (con más referencias); ver también *Welp*, VorangegangenesTun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, pp. 274 y ss.

[45] Ver, p.ej., *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 2da. ed., 1967, p. 542 (ver *el mismo* [ob. cit. nota 42], pp. 196 y s.); ver además *Frisch* (ob. cit. nota 2), p. 237 con más referencias.

[46] Se apoyan en la adecuación social para estas circunstancias, p. ej., *Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, p. 92; *Roxin*, Festschrift für Klug, tomo 2, 1983, pp. 303, 311 y s. (ver aún más Festschrift für Tröndle, 1989, pp. 177, 196 y s.); también *Maurach/Zipf* (ob. cit. nota 5), § 17 n.m. 14 y ss. Sobre su crítica cfr. *Frisch* (ob. cit. nota 2), p. 237, con más referencias.

[47] Acerca de las nuevas variedades de la teoría de la prohibición de regreso, cfr. *Otto* (ob. cit. nota 27), pp. 98 y ss.; *Naucke*, ZStW 76 (1964), 426 y ss. Ver además *Stratenwerth*, Festschrift für Eb. Schmidt, 1961, pp. 383, 390 y s. y *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, pp. 145 y s.; críticamente al respecto *Frisch* (ob. cit. nota 2), pp. 233 y s.

y ponen de resalto la responsabilidad de los terceros sobre sus acciones[48] o argumentan sobre el principio de confianza: se debe poder confiar en que los terceros se comportarán conforme a derecho, siempre y cuando no haya puntos de apoyo en contra de tal presunción.[49] Como sea que uno argumente sobre este punto[50] y cuán amplia sea la aceptación que uno le dé a las constelaciones de casos en las que se exime de pena, lo que está claro es lo siguiente: en estos casos falta la creación de un riesgo desaprobado por un tipo penal.[51]

Hasta aquí, en resumen, con relación al primer requisito normativo de la teoría de la imputación objetiva, el de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

III. El requisito de la realización del riesgo desaprobado en el resultado

Otro punto característico de discusión sobre la actual teoría de la imputación está constituido por las preguntas acerca de la realización del riesgo desaprobado. Para la imputación de resultados típicos no alcanza, según las premisas de la teoría de la imputación objetiva, el hecho de que alguien haya condicionado causalmente esas consecuencias y que su conducta haya creado el riesgo desaprobado de producción de tales

---

[48] En este sentido en particular *Jakobs*, ZStW 89 (1977), 1, 3, 7, 11, 14 y s.; Systematischer Kommentar zum StGB- *Rudolphi* (ob. cit. nota 2), § n.m. 72; *el mismo*, Festschrift für Lackner, 1987, pp. 863, 867 y s.; Schöncke/ Schröder- *Leckner/ Eisele* (ob. cit. nota 4), §§ n.m. 13 y ss 100; así como *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, *passim.*, En profundidad al respecto con referencias también de las posturas críticas contrarias *Frisch* (ob. cit. nota 2), pp. 238 y s.

[49] P. ej., Systematischer Kommentar zum StGB- *Rudolphi* (ob. cit. nota 2), §1 n.m. 73; *Stratenwerth/ Kuhlen* (ob. cit. nota 25) § 15 n.m. 66 y s.; *Wolter* (ob. cit. nota 23), p. 347. Sobre la crítica –con referencias de las posturas críticas contrarias– *Frisch* (ob. cit. nota 2), pp. 231 y ss., 233 y ss., 237 y ss. En general sobre el "sentido y sinsentido" del principio de confianza ver *Puppe* (ob. cit. nota 34), pp. 129 y ss.

[50] Una exposición en profundidad sobre las argumentaciones y su correspondiente problemática en *Frisch* (ob. cit. nota 2), pp. 231 y ss., 233 y ss., 236 y ss.

[51] Tal como en los casos de autopuesta en peligro, naturalmente, esto raramente se dice expresa y decididamente.

consecuencias típicas. Es necesario, antes bien, que estas consecuencias representen también la realización del riesgo desaprobado creado por el autor. A través de este requisito son filtradas fuera de los tipos penales de resultado otras constelaciones de casos. Vale la pena mencionar dos grupos de casos en particular.

1. Producción del resultado también en caso de comportamiento alternativo conforme a derecho

Por un lado se trata de casos que normalmente entran en el campo de la imprudencia.[52] Se caracterizan por haber condicionado causalmente la producción del resultado habiendo infringido el deber de cuidado y por ello, habiéndose comportado de manera desaprobadamente riesgosa. El resultado se habría producido igual si el autor hubiera realizado un comportamiento conforme a lo exigido para realizar tal acción.[53] A modo de ejemplo: Alguien infringe ciertas reglas del tránsito vial, pasa a otro participante en el tránsito dejando muy poco espacio, la consecuencia (mortal) se habría producido igual, sin embargo, por la falta de atención de ese otro participante del tránsito aún si en el caso se hubiera comportado correctamente;[54] o bien: el médico no observa una determinada medida de precaución durante una operación, pero la muerte se habría producido aún en el caso de una conducta conforme a la *lex artis* como consecuencia de una particular disposición del paciente que sólo se advierte durante la autopsia.[55] En tales casos el resultado se habría producido aún con la

[52] Sostiene *Struensee*, GA 1987, 97, 103 y ss., que los supuestos de hecho mencionados en los que la producción del resultado también se habría producido con la realización del comportamiento alternativo conforme a derecho suceden casi exclusivamente en el campo de la imprudencia. Esto es puesto de resalto, valorado y argumentado por él.

[53] Cfr. p. ej., *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Tomo 1, 4ª ed., 2006, § 11 n.m. 74, 88 y ss.; *Jakobs* (ob. cit. nota 8), 7/78 y ss.; *Puppe* (ob. cit. nota 24), § 13 n.m. 200 y ss.; completando *Frisch* (ob. cit. nota 2), pp. 529 y ss. En profundidad al respecto *Küper*, Festschrift für Lackner, 1987, pp. 247 y ss.; *Erb*, Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht, 1991; *Degener* (ob. cit. nota 34), pp. 433 y ss.

[54] Así el caso BGHSt 11, 1, 7.

[55] Cfr., p. ej., BGHSt 21, 59 y al respecto *Puppe* (ob. cit. nota 34), pp. 91 y s.; *la misma*, Jura 1997, 513, 517; más bibliografía en *Krümpelmann*, GA 1984, 491 y ss.; *el mismo*, JR 1989, 353 y ss. Una mirada instructiva sobre las constelaciones de casos del comportamiento

concurrencia del llamado comportamiento alternativo conforme a derecho. Por ello falta, desde el punto de vista de la teoría de la imputación, la realización de la violación del deber de cuidado en el resultado y por ello la imputación del resultado.[56] Se ha realizado, antes bien, solamente el riesgo residual del tránsito vial; el hecho de que el autor haya actuado disvaliosamente fue normativamente irrelevante para la producción del resultado. En casos de imprudencia, donde la punibilidad está sujeta a la posibilidad de imputar un resultado, esto significa, regularmente, que quien actuó, a pesar de la comprobada infracción al deber de cuidado, queda impune; tal como sucede cuando, en el caso de una infracción al deber de cuidado, no se produce ningún resultado típico.

2. La realización de un riesgo no desaprobado concomitante a la creación de un riesgo prohibido

Los casos en los que el resultado se produce también con el comportamiento alternativo conforme a derecho constituyen, obviamente, sólo un caso particular de las constelaciones de casos que la teoría de la imputación intenta excluir con la ayuda del requisito de la realización del riesgo desaprobado. Desde un aspecto más general, se trata de formas de comportamiento que crean riesgos no solamente desaprobados, sino que se trata de riesgos también tolerados.

Tales casos son pensables también independientemente de una situación de comportamiento alternativo conforme a derecho. Así, pueden ser necesarias otras medidas relacionadas con los riesgos generales de la vida, por ejemplo, en relación con comportamientos que, por in-

---

Continuación nota [55]
alternativo conforme a derecho en relación con el ámbito del derecho penal, así como en el del derecho civil el trabajo de *Erb* (ob. cit. nota 53), pp. 299 y ss.

[56] Cfr. entre muchos otros *Roxin* (ob. cit. nota 53), n.m. 74; Systematischer Kommentar zum StGB- *Rudolphi* (ob. cit. nota 2) § 1 n.m. 67; *Frisch* (ob. cit. nota 2), pp. 529 y ss. Algunos autores hablan, en este contexto, también de la realización del riesgo creado, pero niegan la imputación luego, respecto del curso causal efectivamente acaecido en el caso de que se hubiera actuado dentro del riesgo permitido. En este sentido, p. ej., *Jakobs* (ob. cit. nota 8), 7/72 y s.; Schönke/ Schröder - *Lenckner/Eisele* (ob. cit. nota 4), §§ 13 y ss. n.m. 94; *Küper* (ob. cit. nota 53), pp. 254 y s. Aisladamente se imputa aun hoy el resultado, así p. ej. *Spendel*, JuS 1964, 19.

fringir determinados deberes de cuidado, crean riesgos jurídicamente desaprobados; podría pensarse en el riesgo de un accidente durante el transporte al hospital de alguien que, justo antes, ha sido lesionado en un accidente de tránsito (culpable). En casos de este tipo no se puede sostener una posible no imputación del resultado sobre la base de que si se hubiera realizado el comportamiento conforme a derecho, las consecuencias se habrían producido de todas maneras, no se puede imputar el resultado al riesgo residual inmanente al tipo de acción del autor, pues sin el accidente culpable no habría habido motivos para realizar el viaje al hospital. Contra la imputación de estas consecuencias del (segundo) accidente es posible argumentar, antes bien, que el riesgo inespecífico de morir en un accidente de tránsito es un riesgo general de la vida, cuyo desenlace no es desaprobado. Y, de tal manera, esto no se modifica en nada, cuando la acción desencadenante misma, por algún otro motivo, es desaprobada.[57]

Con mayor razón queda solamente esta argumentación, si los comportamientos que desencadenan tales riesgos generales de la vida, se encuentran prohibidos sin excepción, esto es, cuando una acción prohibida desde la perspectiva de ciertos cursos causales, al mismo tiempo, resulta idónea para desencadenar los así llamados riesgos generales de la vida. Así sucede, por ejemplo, cuando el autor intenta matar a otro, la víctima debe ser llevada al hospital a causa de las lesiones y en el camino muere por un accidente de tránsito o muere finalmente como consecuencia de una infección de gripe contraída en la internación en el hospital. El requisito de la realización del riesgo desaprobado sirve a los representantes de la teoría de la imputación también para la exclusión de tales supuestos de hecho. Aquí –tal como lo postula la argumentación más habitual– no se habría realizado el riesgo desaprobado (esto es, el riesgo por el cual se desvalora el comportamiento), sino que la acción del autor solamente condujo a la realización riesgos de todos modos existentes y no desaprobados, por ser riesgos generales de la vida.[58]

[57] Más detenidamente al respecto *Frisch* (ob. cit. nota 2), pp. 386 y ss., 524 y ss., con más referencias.

[58] En este sentido p. ej. *Roxin* (ob. cit. nota 23), p. 242; Systematscher Kommentar zum StGB- *Rudolphi* (ob. cit. nota 2), § 1 n.m. 63, 74; *Wessels/Beulke* (ob. cit. nota 19), n.m. 183.

3. Preguntas abiertas

Naturalmente, la pregunta referida a la realización del riesgo desaprobado no se responde siempre de modo tan sencillo como en estos ejemplos clásicos. En una serie de casos esta pregunta acerca de la realización del riesgo plantea a la teoría de la imputación considerables dificultades y es por demás discutida.[59] Esto es así para constelaciones de casos sumamente relevantes en la práctica. Aquí entran, sobre todo, casos en los que no queda claro si el resultado al que condujo el autor habría podido ser evitado a través del comportamiento ajustado a las normas.

Así se planteó en el llamado caso del ciclista[60], ampliamente discutido. Aquí el conductor de un auto había sobrepasado al ciclista con una distancia demasiado estrecha, como consecuencia de ello, el ciclista tambaleó y se produjo un choque mortal. En la causa judicial no se pudo esclarecer si el choque mortal se habría evitado si el conductor del auto se hubiera adelantado observando la distancia adecuada. Resultaba, básicamente, posible que el resultado se hubiera producido como consecuencia del riesgo tolerado[61]; esto es, en el caso de que las oscilaciones del ciclista en un adelantamiento del auto guardando la distancia prescrita, no hubieran podido ser "neutralizadas" por dicha distancia. Sin embargo, también resultaba posible que si se hubiera guardado la distancia prescrita, las oscilaciones no hubieran conducido al accidente mortal, por haber sido menores cuando la distancia le habría podido permitir reaccionar de modo más favorable; había, en cierta medida, una buena chance en esta dirección. De modo similar se plantea esto en muchos otros casos, como cuando hay comportamientos médicos defectuosos en los que, si se hubieran ajustado a lo debido, habría existido una buena chance de que no se produjera el curso causal mortal.[62]

---

[59] Cfr. p.ej., *Frisch* (ob. cit. nota 2), pp. 535 y ss., 537 y ss., 551 y ss.

[60] BGHSt 11, 1. Sobre esta decisión en particular *Spendel*, JuS 1964, 14 y ss.; *Krümpelmann*, GA 1984, 491 y ss.; *el mismo*, JR 1989, 353 y ss.

[61] Esto es (dado que efectivamente existió una creación de un riesgo desaprobado y ha conducido causalmente al resultado): ¡entonces se ha cumplido!

[62] Sobre estos casos *Frisch* (ob. cit. nota 2), pp. 551 y ss.; *Krümpelmann*, GA 1984, 491 y ss.; *el mismo*, JR 1989, 353 y ss.; además *Wachsmut/ Schreiber*, NJW 1982, 2094 y ss.; *Schünemann*, StV 1985, 229 y ss. También *Erb* (ob. cit. nota 53), pp. 299 y ss.

¿Es posible, en estos casos, partir de la base de que la mera posibilidad de evitación de la producción del resultado, y al mismo tiempo la posible realización de un riesgo residual tolerado sea la realización de un riesgo desaprobado, producido por la acción contraria a la norma? La pregunta es altamente controvertida: las diversas formas de la llamada teoría de la elevación del riesgo quiere postular que alcanza con la posibilidad de que el riesgo se pudiera haber evitado a través del comportamiento alternativo conforme a derecho y, sobre la base de tal presupuesto, hablan de una realización del peligro que fundamenta la imputación.[63] A ella se le opone la opinión que continúa siendo dominante, y que en tales circunstancias niega la imputación del resultado, porque la atribuibilidad del resultado no es comprobable en cuanto a si faltó el cumplimiento de uno de los requisitos (en este caso la infracción al deber de cuidado).[64] En tal sentido se puede sostener, con buenas razones, que no se trata solamente –como en los casos de delitos de peligro concreto– de que al autor se le impute (*ex post*) además de su acción antinormativa, la creación de un peligro concreto, sino el resultado de lesión mismo.

C. Resumen y perspectivas

I. Resumen

La teoría de la imputación objetiva, dominante en la doctrina de derecho penal actual en Alemania, niega –al igual que las ideas de las

---

[63] P. ej., *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411, 430 y ss.; *el mismo* (ob. cit. nota 53), § 11 n.m. 88 y ss.; *Rudolphi*, JuS 1969, 549, 554; *el mismo*, en: Systematischer Kommentar zum StGB (ob. cit. nota 2), § 1 n.m. 65 y ss., y *Schünemann*, JA 1975, 650 y ss. así como *el mismo* StV 1985, 229 y ss. Más referencias en *Frisch* (ob. cit. nota 2), pp. 537 y ss.; crítico respecto de la teoría del incremento del riesgo *Samson*, Festschrift für Lüderssen, 2002, pp. 587, 589 y ss., 598; *Toepel*, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, pp. 153 y ss., 171 y s.; en un sentido más limitado, pero aceptando el criterio *Puppe*, Festschrift für Roxin, 2001, pp. 287, 295, 301 y ss. A un similar resultado llegan además *Krümpelmann*, Festschrift für Bockelmann, 1979, pp. 443, 459; *el mismo*, GA 1984, 491 y ss.; JR 1989, 353, 357 y s. y *Erb* (ob. cit. nota 53), pp. 120 y ss., 144 y s., aunque con una fundamentación distinta.

[64] Cfr. p. ej., BGHSt 11, 1; 21, 59, 60 y s.; BGH StV 1985, 229 con nota de *Schünemann*. De la literatura p. ej. *Jakobs* (ob. cit. nota 8), 7/98 y ss.; Schöncke/ Schröder - *Cramer/ Sternberg- Lieben* (ob. cit. nota 4), § 15 n.m. 177 y ss., 179/179a; detalladas referencias en *Frisch* (ob. cit. nota 2), pp. 537 y ss.; *Erb* (ob. cit. nota 53), pp. 299 y ss.; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, pp. 128 y ss. Extensamente en el sentido, básicamente, de la afirmación de la "causalidad de la infracción al deber" *Toepel* (ob. cit. nota 63), pp. 96 y ss., 134 y ss.

teorías de la adecuación y de la relevancia, como continuación de ellas– la imputación del resultado, no solamente cuando falta la causalidad de la producción del resultado por la acción del autor. Aun cuando la conducta del autor es una *conditio sine qua non* para el resultado o tiene una relación con él conforme a una ley,[65] puede decaer la imputación del resultado. Para la delimitación se utiliza principalmente la exigencia de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la necesidad de la realización del riesgo en el resultado; según una nomenclatura algo distinta debe haber, entre la acción del autor y el resultado acaecido, además de una relación de causalidad, una relación de adecuación, del fin de protección de la norma y una relación de realización. Con la ayuda de estos criterios normativos adicionales quedan fuera como casos en los que el resultado no es imputable objetivamente, las situaciones de hecho en las que el autor solamente ha disminuido el riesgo[66] o simplemente ha desencadenado riesgos generales de la vida[67], o casos en los cuales la creación del peligro de producción del resultado, por principio, no puede ser desaprobada por diversas razones normativas.[68] Aquí, da igual si estos riesgos se han desarrollado aislados o en conexión con un riesgo desaprobado (no realizado); en este último caso falta la realización de un riesgo desaprobado.[69] De la misma manera, falta la realización de un riesgo desaprobado en las situaciones de hecho en las que el autor nada podría haber hecho para evitar la producción del resultado comportándose conforme a derecho; se las califica como la realización de riesgos residuales tolerados.[70] Otras importantes situaciones de hecho de falta de imputación del resultado, en particular, por irrelevancia típica, son los casos de posibilitación o favorecimiento, doloso o no doloso, de autolesiones o autopuestas en peligro de otro, así como (en especial) la posibilitación o colaboración no dolosa en la causación de

[65] Sobre estas fórmulas y la pregunta acerca de sus ventajas. Cfr. las referencias en la nota 24 *in fine*.

[66] Ver *supra* B II.1.

[67] Ver *supra* B II.2.

[68] Ver *supra* B II.3.5.

[69] Ver *supra* B III.2.

[70] Ver *supra* B III.1.

consecuencias típicas a través de la actuación delictiva de otras personas.[71]

II. PERSPECTIVAS: EL FUTURO DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

El panorama sobre las tesis básicas y los lineamientos de la actual teoría de la imputación objetiva del resultado ha demostrado, en efecto, que entre los mismos partidarios de esta teoría existen una serie de controversias, algunas de las cuales siguen vigentes. Queda aún abierto si la teoría de la imputación objetiva quedará largamente en pie, teniendo en cuenta la influencia de las crecientes críticas a las que es sometida en lo fundamental. Estas críticas de base la golpean en dos direcciones.

1. La crítica de la teoría final de la acción

Una serie de representantes de la teoría final de la acción niega sencillamente la necesariedad y la adecuación de la teoría de la imputación objetiva.[72] La pregunta de la creación de un riesgo desaprobado no se podría decidir solamente sobre una base exclusivamente objetiva, tal como lo postula la teoría de la imputación.[73] Pues no pocas veces la respuesta a la pregunta relativa a si un determinado comportamiento es un riesgo desaprobado dependería también del conocimiento del autor sobre esta circunstancia, si él conocía ciertas circunstancias o no –por ejemplo, si él sabía o no del defecto en los frenos del auto que él prestó a otro–. Si uno se preguntara primero por esta pregunta del tipo subjetivo, podría resolverse el problema igualmente, y por lo tanto, no existirían razones para volver sobre la pregunta acerca de la existencia de un peligro desaprobado.

---

[71] Ver *supra* B II.4 y 5.

[72] Cfr. *Hirsch*, Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, 1988, pp. 399, 403 y ss.; *el mismo*, Festschrift für Lenckner, 1998, pp. 119 y ss.; *Küpper*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, pp. 93 y ss., 100 y ss.; *Struensee* (ob. cit. nota 52), pp. 97 y ss.; ver también *Armin Kaufmann* (ob. cit. nota 25), pp. 251 y ss.; *Toepel* (ob. cit. nota 63), pp. 146 y ss., 171 y s.

[73] Ver al respecto principalmente *Armin Kaufmann* (ob. cit. nota 25), pp. 265 y ss.; *Struensee* (ob. cit nota 52), pp. 97 y ss.; sobre "el lado subjetivo de la imputación objetiva" cfr. también *Arzt*, Gedächtnisschrift für Schlüchter, 2002, pp. 163, 165.

Esta crítica es correcta en lo esencial, pero se excede al negar completamente las limitaciones objetivas de la tipicidad.[74] Es correcta la observación referida a que la pregunta acerca de la creación de un riesgo desaprobado también depende del conocimiento de la persona que actúa. Yerra, sin embargo, al equiparar este "conocimiento" con el dolo. Pues, en primer lugar no se trata del conocimiento actual en el momento de la acción, que es lo que interesa en el dolo. La acción del autor puede ser considerada como disvaliosa porque él se había enterado de algo antes, sobre lo que no reflexionó en el momento de la acción, pero debió haberlo hecho. En segundo lugar, naturalmente se trata, de un juicio objetivo la respuesta a la pregunta de si una persona, que en algún momento se ha enterado de determinadas circunstancias, ahora tiene permitido realizar una determinada acción, o si esta acción puede ser valorada como un riesgo desaprobado desde el punto de vista de la experiencia general.[75]

2. Teoría de la imputación objetiva y comportamiento típico

La segunda dirección en la que golpea la crítica a los fundamentos de la teoría de la imputación objetiva no niega los esfuerzos de ésta por lograr limitaciones ya en el tipo objetivo –aún en los delitos dolosos–. Ella critica, principalmente, que la teoría de la imputación objetiva reduzca toda la problemática de la delimitación de los tipos objetivos a la pregunta sobre la imputación objetiva del resultado.[76] En esta dirección, yo mismo he criticado a la teoría de la imputación objetiva.[77] Según mi modo de ver, la teoría de la imputación del resultado plantea cuantiosas preguntas acerca de problemas de imputación de resultados que en verdad no se refieren a la imputación del resultado, sino ya a la pregunta de si existe siquiera una acción prohibida, ajustada al tipo. Entonces,

---

[74] Ver, en profundidad acerca de esto *Frisch*, Festschrift für Roxin, 2001, pp. 213, 221, 226 y ss. (en particular 230 y s.); *el mismo* GA 2003, 719, 731 y ss.

[75] Ver al respecto más extensamente *Frisch* en: Wolter/ Freund (comp.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß, 1996, pp. 135, 182 y ss.

[76] En este sentido p. ej. *Frisch* (ob. cit. nota 2), pp. 33 y ss.; ver también *Wolter*, GA 1991, 531, 534 y ss.

[77] Cfr. p. ej., *Frisch* (ob. cit. nota 2), p. 33; *el mismo*, Festschrift für Roxin, pp. 213, 231 y ss.; *el mismo* GA 2003, 719, 733 y ss.

desde mi punto de vista, quien disminuye el riesgo, no actúa de manera prohibida, así como tampoco el que proporciona a un tercero ciertos instrumentos con los cuales él se lesiona imprudentemente etc. En lo fundamental, en todas las preguntas referidas a la creación de un riesgo desaprobado, no se trata de un problema de imputación del resultado, sino ya de la pregunta acerca de si se actuó de la manera reprobada por el tipo penal. Solamente es correcto que existe una relación con la imputación del resultado: si el autor no ha actuado ni siquiera de manera típica, no se le puede imputar la producción de un resultado que se ha producido. Pero la razón de esto es la falta de una acción típica. Y la creación de un riesgo desaprobado, esto es, la creación de un peligro que sólo excepcionalmente está permitido (por la concurrencia de una causa de justificación), implica el criterio básico de la acción típica de los delitos de resultado. Se presenta una pregunta acerca de la imputación del resultado recién cuando el autor actuó típicamente en este sentido, y de allí en más se trata de si el resultado ha sido condicionado causalmente por él y su producción le puede ser imputada. Para la verdadera imputación del resultado quedan, según este punto de vista, los casos en los que la producción del resultado se habría producido aún bajo la realización de comportamientos alternativos conforme a derecho, y aquellos en los que el riesgo que se ha realizado no ha sido el riesgo creado por la acción típica, sino por un riesgo concomitante tolerado.

Este recorte de la teoría de la imputación objetiva no es una mera trivialidad. Tal delimitación parece ser necesaria urgentemente, pues la categoría básica de cada ilícito es en realidad la categoría de la acción típica en un sentido restrictivo, razón por la cual uno no puede más que preguntarse por qué esta categoría ha sido tan poco elaborada en el pasado. En segundo lugar la clasificación correcta del problema no se presenta como carente de significación para la solución de preguntas dogmáticas.[78] Finalmente, entender a la creación de un riesgo desaprobado como un problema referido al comportamiento típico podría, además, superar la brecha existente entre la teoría final de la acción y la teoría de la impu-

[78] P. ej., puede también plantearse la pregunta acerca de la calidad de un comportamiento como creación de un peligro ajustada a un tipo penal (como en el ámbito de la tentativa), cuando no se ha producido resultado alguno, cfr. *Frisch* GA 2003, 719, 733 y s.

tación objetiva. Pues el punto de vista aquí sostenido va al encuentro de la crítica de la teoría de la acción final: él aborda la problemática –tal como lo hace la crítica– en gran medida como una pregunta sobre el disvalor de la acción. Y reconoce también que no se puede comprender este disvalor de acción sin atender a momentos personales. Por otro lado, también se apoyan los esfuerzos de la teoría de la imputación objetiva por una considerable delimitación del tipo penal ya desde el punto de vista objetivo, al menos en las ideas fundamentales. Sobre la base de una línea intermedia como la propuesta debería ser posible un entendimiento de las posiciones a largo plazo.