

## **Aproximación a la teoría de la imputación objetiva**

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Manuel Cancio Meliá  
Universidad Autónoma de Madrid

Publicado en: Díaz-Aranda/Cancio Meliá, *La imputación normativa del resultado a la conducta*, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, República Argentina, 2004, pp. 15 a 43; también en: *XVI Congreso Latinoamericano y VIII Iberoamericano de Derecho penal y Criminología*, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, editorial ARA, Lima (Perú), 2004, pp. 91 a 114; versión portuguesa en: *Revista da Ajuris* [Porto Alegre, Brasil] n° 95 (2004), pp. 341 a 364; también en: Callegari/Giacomolli (ed.), *Direito penal e funcionalismo*, Livraria do advogado editora, Porto Alegre, RS, Brasil, 2005, pp. 53 a 88; también en: *Iuris Plenum. Doutrina – Jurisprudência – Legislação*, n° 3 (2005), pp. 97 a 120; también en: Bolaños González (comp.), *Imputación objetiva y dogmática penal*, ed. Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, 2005, pp. 87 a 122; también en: *Derecho penal y sociedad. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación*, tomo I, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 257 y ss.

## **I. Introducción**

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

## II. Material de casos

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

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

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

3. El estudiante de arquitectura EA trabaja en sus vacaciones de verano como peón de albañil con la intención de adquirir la perspectiva del personal de ejecución de obra como valioso complemento para su formación como arquitecto. Estando trabajando en la obra de una vivienda unifamiliar, EA recibe del jefe de obra el encargo de preparar con hormigón armado la estructura del techo de la casa. Un rápido vistazo a los parámetros del techo muestra a EA -que fue merecedor de las más elevadas calificaciones en la correspondiente asignatura de su carrera universitaria- que el cálculo de la estructura es erróneo, de modo que parece seguro que la futura casa acabará derrumbándose. Aún así, EA, quien teme roces con el jefe de obra si le advierte del error, decide guardar silencio y se limita a ejecutar las instrucciones que se le han dado. Al cabo de dos años, EA lee en la prensa que la casa que él contribuyó a levantar aquel verano se ha derrumbado, enterrando bajo sus escombros a un grupo de niños de corta edad que jugaban en una de las estancias del edificio, convertido en jardín de infancia.

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

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

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

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

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

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

### **III. Evolución y alcance de la teoría de la imputación objetiva**

#### **1. Fórmula**

La teoría de la imputación objetiva suele condensarse en la siguiente fórmula: el tipo de un delito de resultado sólo queda cumplido cuando la conducta sometida a análisis a) ha generado un "riesgo jurídicamente desaprobado" y b) este riesgo se ha "realizado en el resultado". Partiendo de esta fórmula de aplicación, a pesar de concurrir una relación de causalidad entre conducta y resultado, hay que negar la concurrencia de la tipicidad, por ejemplo, en los casos del sobrino (nº 1) o del empresario propietario de una planta contaminante (nº 2) por ausencia del primero de los elementos, una creación desaprobada de un riesgo. En cuanto al segundo elemento -la realización del riesgo-, éste falta, por ejemplo, respecto del agresor con arma blanca del caso del error médico (nº 7). Esta fórmula es la que se encuentra más extendida y es usada, por ejemplo, por el Tribunal Supremo español. *Roxin* -quien, como se verá a continuación, puede ser considerado el principal autor en el desarrollo de la moderna teoría de la imputación objetiva- propone un modelo sustancialmente equivalente, al que se le añade, sin embargo, un escalón adicional de análisis: además de comprobar la creación y la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado, debe verificarse que el resultado entre dentro del "alcance del tipo". En este paso sistemático, ha de comprobarse que -a pesar de la concurrencia de una relación de causalidad y de la creación y realización del riesgo- el resultado acaecido realmente sea uno de los que el tipo penal en cuestión pretende evitar: con base en diversas consideraciones valorativas, se afirma que ello puede ponerse en duda, por ejemplo, en casos como el del contable (nº 4) o los de la heroína (nº 5) o de la transmisión de VIH (nº 6).

#### **2. Evolución**

En la modalidad en la que es aplicada, desarrollada y discutida en la actualidad, no cabe duda alguna de que la teoría de la imputación objetiva es debida en lo fundamental a varios artículos de *Roxin* publicados a principios de los años setenta del siglo pasado (sobre los antecesores más remotos de esta doctrina mucho habría que discutir; baste ahora acotar que

hay establecida una especie de "genealogía oficial", centrada en *Larenz* y *Honig*, que deja fuera de consideración aportaciones tanto o más relevantes que las de estos dos autores). A partir de las contribuciones de *Roxin*, la teoría de la imputación objetiva -primero en Alemania y después en el ámbito de habla española- fue desarrollando una verdadera marcha triunfal, reservada a muy pocas construcciones dogmáticas de la Parte General. Se fue iniciando una auténtica marea de publicaciones -de unas dimensiones tan considerables que han permitido a *Schünemann* equiparar la discusión generada con la confrontación entre causalismo y finalismo-, y con una rapidez inusitada, la nueva doctrina comenzó a ser aplicada por los tribunales. Este proceso desarrollado en el ámbito de habla alemana se reprodujo primero en España y ha comenzado después -dejando de lado la influencia en la doctrina italiana- también en diversos países de América latina. En esta evolución también constituye un hecho sorprendente el que apenas haya que constatar la existencia de resistencias teóricas en la doctrina; si se prescinde de algunas voces críticas provenientes del campo del finalismo, es muy llamativa la facilidad con la que la nueva doctrina ha sido incorporada a diversas construcciones dogmáticas.

### **3. Interrogantes**

Ante el panorama acabado de esbozar, podría pasarse directamente al plano operativo, es decir, a exponer cuáles son las características de los instrumentos dogmáticos concretos en los que la teoría de la imputación objetiva debe concretarse. Sin embargo, esto no sería adecuado. De hecho, si hay algo en lo que están de acuerdo los partidarios (la inmensa mayoría de la doctrina) y los escasos detractores de la teoría de la imputación objetiva es acerca de la falta de concreción de muchos de los conceptos utilizados. En realidad, bajo el barniz unificador que le otorga su sorprendente éxito, la teoría de la imputación objetiva aún no se halla, ni mucho menos, firmemente asentada. Y ello no sólo porque el tiempo transcurrido es corto para consolidar una serie de instituciones dogmáticas concretas, sino por una razón de fondo: porque no está claro el concepto de imputación objetiva, la propia idiosincrasia teórica de esta evolución dogmática. En este sentido, puede advertirse el riesgo de muerte por hipertrofia de la teoría (o: morir de éxito): sin una suficiente determinación del significado sistemático de la teoría -una cuestión que al lado del

desarrollo concreto de soluciones ha generado un interés sorprendentemente escaso en los propios autores protagonistas del desarrollo dogmático- se corre el riesgo de la desaparición de todo contorno de su alcance. Por ello, a la hora de exponer los contenidos básicos de la teoría de la imputación objetiva, aquí intentará explicitarse cuál es la base sistemática de la que se parte (cfr. *infra* IV.1., V.1.).

Sólo partiendo de una determinada visión sistemática de la teoría de la imputación objetiva, por otra parte, puede evaluarse su compatibilidad con sistemas jurídico-penales distintos del alemán. En efecto, sólo si se define cuál es la relevancia sistemática de la teoría de la imputación objetiva podrá darse -más allá de la fuerza de convicción derivada de soluciones puntuales- una respuesta a la cuestión, tantas veces planteada oralmente y tan pocas respondida por escrito, acerca de si este producto de la dogmática europeo-continental es susceptible de ser integrado en la realidad de América latina (cfr. sobre esto *infra* V.2.).

## IV. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva

### 1. Planteamiento

Dicho en términos de tipo ideal, una somera consideración de los supuestos enumerados al principio (*supra* II.) indica que parece haber dos problemas distintos en el ámbito de lo que se suele denominar "imputación objetiva". *Por un lado*, un campo de casos que es muy conocido para cualquier penalista –no sólo continental, como muestra un breve examen de la bibliografía anglosajona- al menos desde el siglo XIX: los llamados cursos causales atípicos, es decir, aquellos supuestos en los que de alguna manera es poco habitual la *conexión existente entre la conducta analizada y el resultado producido* (casos nº 7 y nº 8, desde algún punto de vista también el nº 1). *Por otro lado*, sin embargo, parece claro que también se abordan problemas que no están centrados en esa relación entre conducta y resultado, sino que tienen que ver con la determinación de cuáles de los *comportamientos* que aparentemente pueden subsumirse bajo el tipo lo realizan, en sentido estricto, conforme al sentido de éste (casos nº 1, 2 a 6).

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

Desde el punto de vista aquí adoptado, ésta es la visión correcta de la teoría de la imputación objetiva: se trata de definir la conducta típica, más allá de elementos fáctico-naturales y de accidentes particulares de la infracción, normativamente como conducta con significado (objetivo) típico. Vista desde esta perspectiva, el peso esencial de la teoría –aplicable a cualquier infracción- estaría en los mecanismos dogmáticos de la *imputación de la conducta* como típica, pasando los problemas de *imputación objetiva del resultado* a

convertirse en una especialidad de los delitos de resultado. Vista así, la teoría de la imputación objetiva es la traducción dogmática en la teoría del tipo de las corrientes jurídico-dogmáticas funcionales de las últimas décadas.

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

## **2. Imputación del comportamiento**

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

### **a) Riesgo permitido**

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

Bajo este rótulo se agrupan dos grandes grupos de casos (dejando de lado los supuestos que suelen asignarse al llamado “principio de confianza”): *por un lado* –y a este campo suelen dedicarse las mayores consideraciones en la doctrina-, aquellos supuestos en los que una actividad generadora de riesgos es permitida en determinadas circunstancias, bien existiendo una reglamentación expresa (por ejemplo: el tráfico rodado, el funcionamiento de industrias, la realización de competiciones deportivas, etc.; vid. el caso nº 2) o sin tal reglamentación (las “normas de cuidado” conocidas del delito imprudente: los supuestos de *lex artis* en la actividad médica, en la construcción, las precauciones en la educación de los hijos, etc.). *Por otro lado*, sin embargo, también deben incluirse aquí aquellos supuestos en los que el elemento preponderante es la normalidad social de la conducta generadora de riesgo (por ejemplo, en el supuesto del sobrino que envía a su tío a pasear bajo la tormenta, nº 1), sin que exista una reglamentación en términos cuantitativos de “niveles de riesgo” medidos en velocidades, emisiones, estándares explícitos de conducta, etc. Parece claro que este segundo grupo de supuestos se aprehende mucho mejor desde una perspectiva que no esté obcecada por el curso causal y, por el contrario, tenga en cuenta las cualidades normativas de la conducta incriminada.

En este contexto, se suele hablar, según los casos, de que no concurre un “riesgo jurídicamente relevante” -especialmente, en las actividades socialmente normales o con una conexión muy débil con el posterior resultado (“cursos causales irregulares”)- o que

se trata de un "riesgo permitido" -especialmente, cuando se trata de una actividad que genera riesgos, pero está permitida de modo general-, de manera que la conducta en cuestión, en última instancia, conlleva un riesgo que no es típicamente relevante. Aquí se parte -con aquel sector de autores que puede considerarse que configura la doctrina mayoritaria- de la idea de riesgo permitido como aquella institución dogmática que determina el "estado de interacción normal" (*Jakobs*) en el trato de determinados riesgos -en el sentido de que se trata de una determinación general para determinados tipos de actividad, no vinculada (a diferencia del ámbito de la justificación) al contexto particular-, y, en ese sentido, implica la legitimación de espacios generales de libertad de actuar, en cuanto elemento del tipo objetivo (de los delitos dolosos e imprudentes, como muestran los casos nº 1 y nº 2).

#### **b) Prohibición de regreso**

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

do el propio *Jakobs*, las diferencias materiales -más allá de la denominación o de la ubicación sistemática dentro de la imputación objetiva- con aquellas posturas que incorporan algún tipo de delimitación normativa de ámbitos de responsabilidad y la correspondiente exclusión de responsabilidad por actos que carecen de significado delictivo, no son determinantes.

Como casos en los que puede ser de aplicación esta institución se mencionan habitualmente supuestos en los que existe una aportación inicial subjetivamente dolosa, pero objetivamente ambivalente, a un posterior desarrollo delictivo o a una autolesión: así, por ejemplo, cuando el empleado de una gasolinera llena el depósito de combustible de un automóvil cuyas cubiertas se encuentran de modo tan evidente en mal estado que es palmario que va a producirse un accidente (que produzca lesiones al conductor o a los ocupantes del vehículo, o a otros terceros) si se sigue circulando con el vehículo, esta aportación causal del empleado no puede dar lugar a una responsabilidad por un delito de lesión -doloso o imprudente, dependiendo del lado subjetivo-. Lo mismo sucede si un sujeto -sin tener ningún tipo de conocimientos sobre el particular- afirma en una reunión social que en el mes de marzo, en determinada zona de montaña, suele haber una temperatura muy alta, lo que alguien que le escucha toma como base para realizar una excursión a esa zona con un equipo de verano, por lo que sufre lesiones por congelación o de ese modo provoca que las sufran sus hijos de corta edad que lo acompañan. A este contexto pertenecen, en los casos mencionados inicialmente, los supuestos 3 y 4: a pesar de que existe una contribución con efectos causales, está en cuestión que -a pesar de la previsión del posterior acontecer que puede ser delictivo-, *sit venia verbo*, por mucha mala voluntad que haya, la conducta pueda ser delictiva en su significado objetivo: los peones de albañil no se ocupan de la estructura proyectada, los (meros) contables no son responsables del uso delictivo que pueda darse a sus asientos.

Como parece claro, las dificultades aparecen cuando se trata de establecer los *límites* de la prohibición de regreso. Hay casos en los que resulta prácticamente evidente que la conducta del primer sujeto en actuar no puede ser interpretada en ningún caso -con independencia de las intenciones o deseos del sujeto- como una provocación delictiva de la ulterior conducta delictiva. Sin embargo, por ejemplo, si en el caso de la información

incorrecta acerca de las condiciones metereológicas que se acaba de plantear se trata de un sujeto que hace la afirmación en cuestión siendo el responsable de protección civil de la zona y, concretamente, al ser preguntado al respecto por la víctima -aunque se produzca la pregunta igualmente en el marco de una reunión informal-, puede que la situación sea distinta y que su conducta pueda vincularse a la lesión que posteriormente se produce.

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

Desde la perspectiva aquí adoptada, en conclusión, puede decirse que el ámbito de la prohibición de regreso queda diferenciado del correspondiente al riesgo permitido por el hecho de que -una vez determinado el ámbito en el que existe un significado unívoco no delictivo de la conducta del autor- la conducta del autor, como se ha visto, queda desvinculada del posterior desarrollo lesivo con independencia de la cognoscibilidad o conocimiento por parte del autor del mismo. Es decir, que la prohibición de regreso opera de modo completamente contrafáctico. Dicho de otra manera, se trata de conductas ambivalentes en su significado -desde el punto de vista natural-externo- respecto de las cuales cabe establecer un significado objetivo vinculante. Y frente a la tercera institución de la imputación del comportamiento, que se aborda seguidamente, la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima -que, como se verá a continuación, opera en un

plano sistemático posterior-, la prohibición de regreso se presenta como una especie de reverso: mientras en la prohibición de regreso se establece que no existe un comportamiento en común, que la conducta del autor ha de ser interpretada en todo caso como una aportación inocua, en el ámbito de la imputación de la víctima es precisamente el hecho de que la actividad conjunta pueda ser atribuida al responsable preferente -el titular de los bienes- lo que permite afirmar la falta de tipicidad de la conducta del autor.

### **c) La imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima**

La tercera y última institución de la imputación del comportamiento se refiere a la relevancia que puede tener para la tipicidad de la conducta de un sujeto que en la realización de la misma haya intervenido de algún modo el sujeto que resulta lesionado posteriormente, la “víctima” (al menos aparente) de ese comportamiento. Bajo determinadas circunstancias, que pasan a delinearse a continuación, esta intervención puede afectar a la calificación que merece la conducta del primer sujeto, eliminando su carácter típico, al entrar lo sucedido en el *ámbito de responsabilidad de la víctima*. Esta cuestión es la que quizás más producción bibliográfica ha motivado en relación con la teoría de la imputación objetiva, y, en todo caso, es la que mayores repercusiones ha generado en la jurisprudencia de diversos países.

Realizando una primera ordenación del material de casos, puede decirse que en los últimos tiempos han atraído la atención de la doctrina jurídico-penal en este contexto sobre todo dos grupos de casos. *Por un lado*, supuestos en los que en la génesis del riesgo que acaba lesionando a la víctima han intervenido tanto la víctima como el autor. A este respecto, se han planteado, por ejemplo, los casos en los que se hace entrega a alguien de una determinada cosa o sustancia -por ejemplo, de un medicamento, de una máquina o de una sustancia estupefaciente (como en el caso nº 5)-, y el receptor resulta lesionado al hacer uso del objeto o consumir la sustancia. También han despertado mucho interés los supuestos en los que se produce un contagio de una persona a otra de una enfermedad mortal -en particular, del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (caso nº 6)- o las numerosas constelaciones de casos en las que en el tráfico rodado quien

resulta lesionado por una colisión se ha comportado de alguna manera de modo descuidado. *Por otro lado*, se han debatido numerosos supuestos en los que la conducta descuidada de la víctima se produce después de un comportamiento del autor que lesiona o pone en peligro los bienes de ésta. Así, por ejemplo, en los casos en los que una víctima lesionada por un ataque doloso del autor descuida sus heridas o se niega a recibir tratamiento médico.

Para abordar el significado de la conducta de la víctima en este contexto, hay que preguntarse, en primer lugar, qué relevancia puede tener que precisamente sea el titular de los bienes afectados el que intervenga junto al autor. Porque sólo cuando sea esa la cualidad decisiva estaremos, en realidad, ante un supuesto específico de intervención de la víctima; ya se ha señalado en los ejemplos correspondientes a las dos instituciones anteriores que también en el marco de éstas existen supuestos en los que de algún modo interviene el sujeto lesionado; sólo que entonces se trata de supuestos en los que la calidad de titular de los bienes jurídicos afectados no es la decisiva.

La fundamentación de la especial relevancia de la víctima que aquí interesa suele plantearse –cuando ello se hace, lo que no es nada común- bajo el rótulo del “*principio de autorresponsabilidad*”. Entre los extremos metodológicos de una pura deducción de tal “principio de autorresponsabilidad” de premisas axiológicas prejurídicas y una determinación puramente funcional de tal principio dentro del sistema de imputación jurídico-penal existe también la vía intermedia -adoptada implícitamente por la mayoría de la doctrina que se ha ocupado de la cuestión- de constatar las decisiones normativas del ordenamiento jurídico como punto de partida material de la reconstrucción dogmática. En este sentido, el contenido del art. 10.1 de la Constitución española -o de otras normas constitucionales similares-, que establece el “libre desarrollo de la personalidad” como fundamento de la organización social, no puede ser entendido fuera de un sistema en el que está consagrada implícitamente una noción del ciudadano como sujeto autónomo. Además de la genérica atribución de autonomía a cada sujeto, con el correlativo principio de responsabilidad personal que ésta conlleva, al titular de los bienes jurídicos personales debe atribuirse una posición especial. Puesto que el sacrificio por parte del propio titular de esos bienes no es reprimido por el Derecho penal, y las

intervenciones de terceros en actividades autolesivas es incriminada de modo excepcional por normas especiales, queda al albedrío del titular de esos bienes configurar su actividad vital de tal modo que se genere un riesgo para sus propios bienes. Como correlato de esa libertad de organización arriesgada, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella. Como punto de partida previo a la construcción dogmática, por lo tanto, el principio de autorresponsabilidad consiste en el reconocimiento de libertad de organización, y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes.

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

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

bución de los daños no puede seguir las mismas reglas que determinan, mediante la teoría de autoría y participación, cuál es el grado de responsabilidad que corresponde a los distintos intervinientes en un hecho consistente en la realización de una infracción que afecta a un tercero. Una vez constatada que es la interacción existente entre autor y víctima a la que hay que reconducir -en los términos que aún han de precisarse más adelante- la actividad arriesgada, la organización conjunta no puede ser fragmentada en aportaciones de mayor o menor rango en atención a su relevancia en la ejecución. La distribución de las distintas aportaciones materiales a la ejecución de la actividad arriesgada, como puede ser, por ejemplo, la decisión de quién entre dos sujetos que han decidido participar en una competición de motocicletas conduzca efectivamente el vehículo (si es quien no conduce quien resulta lesionado y se presenta *ex post* como "víctima"), no modifica en nada la calidad de todo el suceso de ser una actuación conjunta dentro del ámbito de autorresponsabilidad de la víctima. Pues en este ámbito no se trata de comprobar -como sucede en la distinción entre autoría y participación- la mayor o menor "proximidad" -determinada del modo que sea dentro de la teoría de la participación- de la conducta de distintos sujetos al comportamiento típico -acerca de cuya concurrencia, al menos respecto de uno de ellos, no hay duda-, sino de determinar si la conducta del "autor" puede ser típica. Si la interacción es reconducible al actuar imputable a la víctima, desde el punto de vista normativo el factor dominante es su conducta autorresponsable.

Una vez definida la actividad conjunta en la que se embarca la víctima junto al autor, la imputación de esa actividad conjunta al ámbito de responsabilidad de la víctima -concurriendo los demás requisitos- se produce en términos *objetivos*. Que esto deba ser así viene determinado no sólo por el marco sistemático, la teoría de la imputación objetiva, sino también por un rasgo característico de las constelaciones en cuestión: la interacción entre autor y víctima. En efecto, en el presente ámbito el riesgo para los bienes es creado conjuntamente por autor y víctima. Desde esta perspectiva, no tiene sentido preguntar de modo aislado respecto de cada uno de ellos qué representación subjetiva debe tener el "autor" para poder ser autor, ni qué representación subjetiva cabe requerir de la "víctima" para que no se la considere víctima en sentido estricto -sujeto pasivo de un hecho delictivo-, sino responsable de sus pérdidas. Pues el horizonte relevante para considerar hasta

qué punto estas cuestiones merecen una respuesta afirmativa o negativa sólo puede hallarse en lo configurado conjuntamente, en este sentido -y coincidiendo con el significado del término en el marco de la teoría de la imputación objetiva (del comportamiento)-, en un plano objetivo. Dicho de otro modo, en ninguna de las dos direcciones (autor-víctima) la cuestión puede hacerse depender de la representación subjetiva de los intervinientes. Esto no significa, sin embargo, que la representación de víctima y autor carezca de relevancia a la hora de configurar el marco de la actuación conjunta. Esta, por el contrario, quedará definida en la mayoría de las ocasiones incluyendo las perspectivas, las representaciones subjetivas de los intervinientes. Lo que se quiere decir es que no pueden ser los datos subjetivos "desnudos", no introducidos en la actuación conjunta de autor y víctima, los que deban decidir una u otra calificación. Pues de acuerdo con la estructura interactiva de las constelaciones en cuestión, sólo de un modo relativo, introduciendo la perspectiva común de autor y víctima, puede llegarse a la calificación. Este significado objetivo, situado en un plano superior al de las representaciones de autor y víctima, se determina conforme a patrones normativos: sólo aquellos aspectos de la organización son "conjuntos" que se presenten como un elemento inherente a la actividad elegida por la víctima. Nadie puede ser distanciado de los riesgos implícitos en una actividad suya que pone en peligro sus bienes sin ser autocontradictorio y sin que se ponga en duda su autorresponsabilidad. El punto decisivo, por lo tanto, está en determinar -a la hora de concretar cuándo la actividad conjunta es "suya", le es imputable- en qué medida el contacto puede ser definido por la víctima de modo unilateral como inocuo, cuándo es el autor el que instrumentaliza a través de su organización a la víctima, y a partir de qué punto la organización conjunta abandona esa esfera y obtiene un significado objetivo autónomo independiente del arbitrio de los intervinientes.

En el caso nº 5 –entrega de heroína- parece que puede constatarse un muy amplio consenso doctrinal (y también el correspondiente reflejo en la jurisprudencia) en torno a la idea de que en condiciones “normales” del mercado ilegal, la entrega de estupefacientes (sin perjuicio de la responsabilidad jurídico-penal sólo por esa conducta) a personas responsables no crea un riesgo jurídicamente desaprobado de muerte: las consecuencias del consumo de sustancias estupefacientes son asunto de cada uno.

También puede llegarse a una solución similar en el supuesto nº 6 (relaciones sexuales en las que se transmite el VIH). Si se parte de que VIH y SIDA no son ya desconocidos en nuestras sociedades, puede llegarse a afirmar que en un contacto casual, poco intenso, como el referido, no hay en el hecho de mantener relaciones sexuales una afirmación implícita en el sentido de “y además, esto no genera ningún riesgo que parta de mí”: lidiar con los riesgos de contagio implícitos en tal contacto sexual es asunto de cada cual. El razonamiento, claro está, depende de qué papel social juegue la infección en cuestión. Si ya es un hecho incorporado a la vida social, ello debe tenerse en cuenta. Y quien piense que no puede ser correcto que el tipo de homicidio no prohíba la génesis consciente de un riesgo potencialmente mortal, debe hacer el experimento mental correspondiente a la imprudencia inconsciente: si el riesgo de transmitir el VIH es sólo asunto del portador, deberá afirmarse la posible responsabilidad por homicidio imprudente (o, al menos, por lesiones corporales graves por imprudencia) de quien, debiendo sospechar que puede ser portador (por su vida sexual previa; por ser originario de un determinado país con alta prevalencia de la enfermedad; por haber sufrido una operación quirúrgica antes de los análisis sistemáticos en las transfusiones de sangre, etc.), a pesar de ello mantiene relaciones sexuales de riesgo.

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

## **2. La imputación objetiva del resultado**

### **a) Planteamiento**

La teoría de la imputación objetiva no sólo establece criterios normativos para la

determinación de la tipicidad de la conducta, sino que también -y este es el ámbito al que incluso suele ser conectada de modo prioritario esta teoría, como antes se ha recordado- ofrece las máximas para constatar, una vez que se ha afirmado que la conducta es típica, cuándo el resultado producido debe ser reconducido, imputado, a la conducta: es ésta la imputación objetiva del resultado o imputación objetiva en sentido estricto. Con independencia de las controversias que han acompañado a la determinación de las relaciones sistemáticas existentes entre los dos sectores de la imputación objetiva, lo cierto es que existe un consenso generalizado acerca de que también en el segundo sector hay una serie de criterios normativos que permiten realizar esa atribución del resultado a la conducta.

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

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

## **b) Criterios de interrupción del nexo de imputación**

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

### **1. Cuestiones previas**

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

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

En este contexto, se sostiene de modo prácticamente unánime que estas consideraciones carecen de relevancia cuando de lo que se trata es de valorar una *causa de reemplazo*: en efecto, en lo que se refiere a la imputación de la muerte al autor de un disparo, es

indiferente que su víctima fuera a morir minutos después por una enfermedad. Pues los delitos de resultado no se refieren al aseguramiento de las posibilidades de supervivencia de un bien, sino a su efectiva destrucción.

La fórmula hipotética más extendida en la imputación del resultado incorpora a ésta no cualesquiera otras hipótesis, sino sólo la hipótesis de qué hubiera sucedido si el autor se hubiera comportado correctamente ("*comportamiento alternativo ajustado a Derecho*"). En este sentido, se dice -por parte de la doctrina tradicional- que el resultado no resulta imputable cuando éste se hubiera producido con probabilidad rayana en la certeza aunque el sujeto se hubiera comportado correctamente. Esta fórmula plantea especiales dificultades cuando precisamente no es seguro lo que hubiera sucedido: así, por ejemplo, cuando un médico prescribe equivocadamente un determinado medicamento (por ejemplo, por tratarse de un medicamento con efectos secundarios que ha sido sustituido en la *lex artis* por otros más modernos), el paciente muere, y un posterior dictamen pericial indica que la muerte quizás también se hubiera producido de haberse recetado el medicamento indicado por la *lex artis*, al mostrar el paciente -sin que ello pudiera percibirse- una acusada sensibilidad hacia todos los medicamentos de esta clase, permitidos y no permitidos. Es a este contexto al que pertenece también el caso aquí presentado en último lugar (caso nº 8, que reproduce un supuesto real sucedido en España hace unos meses).

Para resolver estos supuestos, frente a la doctrina tradicional que exige la concurrencia de una probabilidad rayana en la certeza respecto de la evitación de haberse comportado el autor correctamente, un nutrido grupo de autores –encabezado precisamente por *Roxin*- propone imputar el resultado aunque no sea seguro que la conducta ajustada a Derecho hubiera evitado el resultado. Conforme a esta "*teoría del incremento del riesgo*", una vez que se ha comprobado que el autor generó un riesgo desaprobado -y que no es seguro que su ausencia no hubiera evitado el resultado- debe imputarse el resultado como realización del riesgo típico, ya que no sería lícito disgregar artificialmente el riesgo que se realiza en el resultado en un segmento permitido (en el caso referido: el riesgo derivado -por la constitución delicada del paciente- de la administración de cualquier medicamento, específicamente, de los medicamentos indicados por la *lex artis*)

y uno no permitido (la administración de un medicamento no indicado).

Lo cierto es que un examen algo más detenido de la fórmula utilizada por la doctrina tradicional no tiene valor cognitivo alguno: en efecto, la hipótesis de que haya sido el riesgo no permitido el que se ha realizado en el resultado y la hipótesis de que ha sido el riesgo permitido el que se ha realizado se bloquean mutuamente, al poder manipularse las distintas alternativas hipotéticas de conducta alternativa ajustada a Derecho. Por ello, más allá de la formulación de hipótesis lo que procede es *determinar si la norma de cuidado infringida estaba dirigida a la evitación del resultado en cuestión, es decir, si su respeto sirve a evitar de modo planificable ese tipo de resultados*. En el caso al que se está haciendo referencia, parece claro que la exclusión de determinados medicamentos de los que resultan indicados para su prescripción está destinada a evitar daños en el paciente. Lo que sucede en el caso es que se desconoce si es ese riesgo (evitable de modo planificable mediante la no prescripción) el que se ha realizado, o, por el contrario, el riesgo general (no evitable mediante la no prescripción) que conlleva la administración de *todo* medicamento, también de los indicados, es decir, el riesgo que podemos denominar "hipersensibilidad del paciente". Así las cosas, lo que sucede es que *no hay prueba* de que fuera efectivamente la conducta típica la que produjo el daño: mientras que la doctrina tradicional hace un uso tautológico de hipótesis, la doctrina del incremento del riesgo cae en un error igualmente grave: infringe el principio *in dubio pro reo* y convierte un delito de resultado en una infracción de peligro.

#### **- La relevancia del transcurso del tiempo entre conducta y resultado**

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

En este contexto, puede pensarse en dos grandes grupos de supuestos: por un lado,

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

El tratamiento de ambos grupos de constelaciones es diferente. En el primer grupo de casos se trata de supuestos de concurrencia de riesgos; es decir, se trata de determinar si el riesgo surgido con posterioridad (el incendio y la imposibilidad de escapar, la infección) interrumpen el nexo de imputación. Tan sólo hay que señalar que la existencia de determinados daños permanentes, como es lógico, imponen ciertas precauciones exigibles a la víctima.

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

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

parece razonable, sin embargo, pensar en una disminución de la pena por reducción del injusto.

## **2. Riesgos concurrentes**

Finalmente, ha de abordarse brevemente el campo en el que en realidad se produce el proceso normativo de imputación del resultado: aquel en el que compiten dos riesgos por ser identificados como los decisivos respecto del resultado, como posibles explicaciones de éste. En primer lugar, cabe identificar un sector de supuestos en los que ya desde un principio parece claro que el riesgo creado por el autor carece de relación con el resultado producido, pues aunque existe una conducta típica por parte del autor, el riesgo que se realiza en el resultado es otro distinto (cuestión que suele abordarse frecuentemente bajo el rótulo del “fin de protección de la norma de cuidado”).

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

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

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

Sin embargo, la solución no resulta tan sencilla cuando no puede establecerse de modo nítido que el riesgo inicial no es típicamente relevante respecto del específico resultado producido, o, lo que es lo mismo, que la conducta del sujeto que actúa con posterioridad realmente introduce un riesgo nuevo. En efecto, en muchas ocasiones, el resultado se produce como concreción del riesgo inicial generado por el autor, pero la conducta posterior -dicho, de momento, de modo aproximativo- es de algún modo descuidada o inadecuada. En este contexto, son de interés supuestos como el del caso nº 7, es decir, supuestos en los que a una lesión inicial se suma un tratamiento médico inadecuado, o la omisión de tal tratamiento médico, o múltiples configuraciones de casos en los que la conducta “descuidada” es llevada a cabo con posterioridad a la lesión inicial por parte de la víctima. La problemática en este ámbito es abordada en la doctrina sobre todo desde la perspectiva de la conducta que se anuda a la conducta y lesión iniciales.

En este sentido, un sector de la doctrina ha propuesto excluir la imputación cuando la conducta posterior de la víctima o del segundo sujeto actuante sea (al menos) "gravemente imprudente". Otros autores, en cambio, adoptan una posición que en vez valorar la gravedad de la imprudencia del comportamiento del sujeto que actúa con posterioridad o de calificar por analogía la conducta de la víctima –y a que ésta, como es lógico, no es accesible a una calificación jurídico-penal-, parte de un inicio vinculado a las características del riesgo inicial y que resulta potencialmente más estricto respecto de la exclusión de la imputación del resultado al autor.

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

En efecto, la posible relevancia de las características de la conducta de la *víctima* en cuanto a su significado normativo ha de tenerse en cuenta -como se ha propuesto aquí- en el plano de la tipicidad de la conducta del autor -en su caso, imputando lo sucedido al ámbito de responsabilidad de la víctima y excluyendo la imputación objetiva de la conducta del autor-, cuando la existencia de una interacción convierta el suceso en algo común de autor y víctima. Sin embargo, una vez constatada la relevancia típica de la conducta del autor, o, lo que es lo mismo, la imputación objetiva del comportamiento de éste -ya que en los casos que ahora son de interés no existe, por definición, una "organización conjunta" en el sentido antes expuesto-, la posible relevancia de una conducta posterior de la víctima sólo puede derivar de que ésta afecte a la "emanación" de la conducta objetivamente imputable del autor, es decir, que afecte a la dimensión de riesgo de ésta. Y para verificar esa posible relevancia, como parece claro, es necesario partir del riesgo creado, es decir, de la posible influencia de la conducta posterior en el mismo, y no de la calificación -"gravemente imprudente" o no- que merezca la conducta de la víctima. Y *mutatis mutandis* rige lo mismo respecto de una conducta inadecuada posterior de un *tercero*; dicho brevemente: la calificación de su conducta afecta, como es lógico, a *su* responsabilidad penal; pero no puede influir en el juicio de atribución del resultado al primer sujeto. En este sentido, parece preferible seguir, en principio, la orientación propuesta por la segunda de las tendencias doctrinales aludidas. La referencia a la "imprudencia" del sujeto que actúa en segundo lugar hecha por el primero de los sectores doctrinales mencionados puede entenderse, en todo caso, precisamente como una referencia terminológicamente poco precisa a lo que se acaba de exponer.

## V. Algunas conclusiones

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

1. La teoría de la imputación objetiva es el contexto teórico en el que se delinea el alcance objetivo *real* de las normas penales, de los tipos delictivos, no una mera tópica de problemas de imputación del resultado. Dicho con un ejemplo: cuando el Código penal prohíbe el “homicidio culposo”, de una mera operación lingüística no cabe extraer si debe considerarse que concurre una conducta de “homicidio” cuando, por ejemplo, un automovilista mata fácticamente a un peatón atropellándolo o cuando un padre produce fácticamente la muerte de su hijo al permitirle subir a un tobogán. Desde el punto de vista meramente natural, está claro que existe una relación fáctica (“causalidad”) entre las conductas respectivas y los resultados lesivos. Por el contrario, en el plano normativo –este es el contexto de la teoría de la imputación objetiva- habrá que verificar –para saber lo que significa “matar” o “homicidio”, y si concurre tal homicidio o, por el contrario, estamos ante un accidente o de un hecho del que responde la “víctima” u otro sujeto distinto- cuál es lo que se suele denominar el “riesgo permitido” en los respectivos contextos, es decir, en el primer caso, consultando las normas jurídicas en materia de Derecho de la circulación (¿circulaba el automovilista a la velocidad permitida? ¿cruzó el peatón de modo reglamentario?, etc.), en el segundo, acudiendo a la *praxis* social (adecuación social: teniendo en cuenta la edad del niño y la altura del tobogán ¿era razonable en el correspondiente contexto social permitirle al niño que subiera? etc.).

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

2. Así las cosas, se trata de una teoría explicativa que es perfectamente aplicable a cualquier ordenamiento en el que exista el principio de legalidad que da carta de naturaleza a cualquier teoría del delito. El hecho de que se trate de una sociedad

económicamente injusta, desigual, no impide la virtualidad de esta teoría. Es más: puede contribuir a mostrar con mayor claridad tal desigualdad que otras opciones teóricas menos articuladas, puede mostrar con mayor claridad un divorcio entre la norma y la realidad social. Por ejemplo: si las normas administrativas de un determinado país exigen en materia de seguridad en los alimentos que los establecimientos de venta de comestibles dispongan de un aparato de refrigeración de determinadas características, han de interpretarse –en el marco de la teoría de la imputación objetiva- las normas penales que puedan estar en relación con ello de acuerdo con ese Derecho administrativo. Así, si un consumidor compra un pastel de manzana ofrecido en un establecimiento, y éste está en mal estado y produce lesiones a quien lo come, y las malas condiciones del pastel vienen determinadas por la ausencia del aparato de refrigeración reglamentariamente prescrito, la conclusión es clara: se ha creado un riesgo no permitido de lesión con la venta del pastel, la conducta es objetivamente típica de un delito de lesiones. Ahora bien, si resulta que el aparato de refrigeración prescrito tiene un coste tan alto que es inalcanzable para la gran mayoría de pequeños comerciantes de barrio, de modo que su exigencia les condena a la ilegalidad en su actividad, queda claro cuál es el significado político de tal solución jurídica, y cuál es la tensión entre el alcance normativo-objetivo de la Ley penal y las posibilidades individuales (subjetivas, económicas, etc.) de cumplimiento para los integrantes de las clases sociales ubicadas en los segmentos sociales más desfavorecidos por el sistema de explotación.

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

## Bibliografía básica

- CANCIO MELIÁ, Manuel/FERRANTE, Marcelo/SANCINETTI, Marcelo, *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*, Buenos Aires, 1998 (= Bogotá, 1998).
- CANCIO MELIÁ, Manuel *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*, Mendoza, 2001 (= México D.F., 2001).
- CASTALDO, Andrea R., *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989.
- CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva. Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema n° 4166-99-Lima, de 7 de marzo de 2001*, Lima, 2003.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo, *Teoría de la imputación objetiva. Estudio crítico sobre fundamentos dogmáticos y evolución*, México D.F., 2000.
- FRISCH, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva* (traducción de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo, Carlos Pérez del Valle, Yesid Reyes Alvarado y Arturo Ventura Püschel), Madrid, 1995.
- JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá), Bogotá, 1994 (= Buenos Aires, 1996; = Madrid, 1996; = Lima, 1998; = México, 2001; = São Paulo [trad. al portugués –de André Callegari- con base en la trad. española], 2002).
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992.
- PUPPE, Ingeborg, *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales* (traducción de Percy García Caveró), Granada, 2001.
- REYES ALVARADO, Yesid, *Imputación objetiva*, Bogotá, 1994.
- ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976

(traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña)

RUEDA MARTÍN, María Ángeles

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

SANCINETTI, Marcelo,

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