

Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso (*)

URS KINDHÄUSER

I. INTRODUCCIÓN

1 Del principio de culpabilidad se deduce que un sujeto solamente puede ser penalmente responsable de aquellas consecuencias de su comportamiento que, como ciudadano fiel al Derecho, podría y debería haber evitado. Por tanto, la responsabilidad jurídico-penal está limitada por el poder individual de una persona (1). La delimitación de la responsabilidad según el criterio de las capacidades individuales se puede denominar *imputación subjetiva*. En lo que atañe a las capacidades de la persona, se puede hacer una distinción adicional entre la capacidad de acción y la capacidad de motivación. Tiene capacidad de acción quien está física e intelectualmente en condiciones de comportarse de tal manera que pueda alcanzar determinadas metas; tiene capacidad de motivación quien está psíquicamente en condiciones de decidir según preferencias qué acción lleva a cabo de las que le son posibles.

La capacidad de motivación jurídico-penalmente relevante implica la capacidad de poder orientar su comportamiento a las normas del Derecho y, en la construcción usual del delito, se examina en el marco de la culpabilidad (2). La capacidad de acción jurídico-

(*) Título original: «Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt», en *Festschrift für Joachim Hruschka*. Traducción de Nuria Pastor Muñoz, doctora en Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

(1) Sobre el análisis, desde la perspectiva de la teoría de las normas, de la relación entre poder [*Können*] y deber [*Sollen*], cfr. HRUSCHKA, «Zwei Axiome des Rechtsdenkens», en ACKERMANN/ALBERS (eds.), *FS Reimers*, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, pp. 459 ss.

(2) Cfr., sobre la estructura del delito, HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 2ª ed., 1988, p. 260 ss.;

penalmente relevante, en la que se entra con más detalle a continuación, implica la capacidad de comportarse de tal manera que no se realice el tipo de un delito. A esta capacidad pertenece, junto al necesario dominio del propio cuerpo, también y sobre todo la posibilidad de poder valorar acertadamente las modificaciones causales producidas por el propio comportamiento. Quien realiza un tipo, pese a estar intelectual y físicamente en condiciones de evitarlo, realiza un injusto jurídico-penal. En la dogmática jurídico-penal actual, esta atribubilidad de una realización del tipo, puesta en relación con la capacidad individual de acción del autor, se denomina *injusto personal* (3).

2. En la comprobación del injusto personal se valora la efectiva capacidad de acción del autor. Que esta valoración se realice según criterios objetivos no modifica el hecho de que las capacidades individuales del autor son el fundamento y el límite de la constitución del injusto personal de acción. En el delito doloso, el injusto consiste en que el autor se comporta de una determinada manera, pese a que considera tan probable la causación del resultado a través de su actuar, que, como ciudadano fiel al Derecho que decide racionalmente, debería omitir esa acción en aras a la evitación del resultado (4). Aunque es cierto que en la imprudencia el autor no considera probable el resultado, tiene suficientes puntos de apoyo para, en caso de utilizar el cuidado que le es posible, poder reconocer y evitar la causación del resultado a través de su comportamiento (5).

Por consiguiente, el punto de partida tanto para la imputación a título de dolo como para la imputación a título de imprudencia es la cuestión de qué sabía verdaderamente el autor sobre una determinada relación de causalidad entre su comportamiento y un resultado típico. Respecto a *estos conocimientos efectivamente existentes*, hay que analizar si se cumplen los presupuestos de las reglas según las cuales hay que imputar un resultado a título de dolo o de imprudencia. O, formulado con otras palabras: los conocimientos efectivamente exis-

KINDHÄUSER, «Zur Logik des Verbrechensaufbaus», en Harald Koch (ed.), *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen*, Berlin, Berlin Verlag Arno Spitz, 1997, pp. 77 ss., con más referencias.

(3) Esencialmente, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlin, Walter de Gruyter, 11ª ed., 1969, p. 62, con más referencias.

(4) Con gran énfasis, PUPPE, *Vorsatz und Zurechnung*, Heidelberg, Decker & Müller, 1992, pp. 35 ss., con más referencias.

(5) Con más detalle, HRUSCHKA (nota 2), p. 182 ss.; además, el mismo, «Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit», en KAUFMANN/BEMMANN/KRAUS/VOLK (eds.), *FS Bockelmann*, München, C. H. Beck, 1979, pp. 421 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1989, p. 62 ss.

tentes del autor son la base sobre la que construyen todos los demás elementos constitutivos del injusto personal. También el reproche de que el autor ha podido y debido saber algo concreto –en caso de emplear el cuidado que se esperaba de él–, solamente tiene fundamento si los conocimientos efectivamente existentes dan pie suficiente a adquirir los conocimientos que faltan o a omitir un actuar sin haber cubierto antes las lagunas de conocimiento (6).

La teoría personal del injusto diferencia entre un tipo objetivo y uno subjetivo. Al tipo objetivo pertenece el acontecer que se le reprocha al autor, esto es, el contenido de la imputación subjetiva. Al tipo subjetivo pertenecen los conocimientos del autor, los cuales son el fundamento y el límite de la imputación, esto es, el dolo y –según una opinión acertada (7)– también la imprudencia.

3. Una teoría extendida en la ciencia jurídico-penal alemana considera que la fundamentación y delimitación subjetivas del injusto penal que se acaban de bosquejar no son suficientes y exige, además, una imputación objetiva de los resultados (8). En las consideraciones siguientes se ahonda, desde una perspectiva crítica, en la pretensión que tiene esta teoría de ser válida para el delito doloso de resultado.

II. LA PRETENSIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

1. La teoría de la imputación objetiva pretende dejar fuera del ámbito de la responsabilidad jurídico-penal por las consecuencias a los cursos causales irrelevantes. Esta imputación se concibe de manera objetiva porque hasta ahora deja totalmente de lado la parte subjetiva del hecho. Para esta teoría, lo decisivo es si una persona

(6) Lo aclara STRUENSEE, «Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit», *GA*, 1987, p. 97 (pp. 99 ss.).

(7) HRUSCHKA, (nota 2), pp. 228 s., pp. 325 ss.; KINDHÄUSER, «Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit», *GA*, 1994, p. 197 (pp. 200 ss.). El hecho de que la doctrina todavía dominante clasifique la imprudencia subjetiva en la culpabilidad no afecta a que la evitabilidad individual de la realización del tipo tenga como contenido la capacidad de acción.

(8) Cfr., por todos, JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 2ª ed., 1991, pp. 200 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin, Duncker & Humblot, 5ª ed., 1996, p. 286 ss.; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – der Aufbau der Verbrechenlehre*, München, C. H. Beck, 3ª ed., 1997, pp. 310 ss.; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg, C. F. Müller, 34ª ed., 2004, pp. 64 ss., con más referencias en cada uno de ellos.

cualquiera en la situación del autor debía omitir el comportamiento en cuestión en aras a la evitación del resultado y, por tanto, puede ser responsable por la producción del resultado (9). Si este no es el caso, ya no se plantea la cuestión de la imputación subjetiva del resultado al autor concreto. La limitación de la responsabilidad se fundamenta con ayuda de dos criterios:

Por una parte, la causación de un resultado no es objetivamente imputable cuando la producción del resultado aparece solamente como efecto casual del comportamiento del autor. En este caso, la causación del resultado no es gobernable; falta la *finalidad objetiva*. La causación de consecuencias casuales del comportamiento humano no puede ser prohibida y, por ello, es jurídico-penalmente irrelevante ya en el nivel del tipo.

Por otra parte, la causación de un resultado solamente puede ser objetivamente imputable cuando en la producción del resultado se realice precisamente el *riesgo no permitido* creado por el autor, pues jurídico-penalmente no se puede pedir cuentas a nadie por las consecuencias de un comportamiento permitido.

2. Según Hruschka (10), la exigencia de limitar la responsabilidad mediante el criterio de la finalidad objetiva deriva de que objetivamente *ex ante* –esto es, en principio, temporalmente antes o durante la ejecución de una acción– debe existir la posibilidad de verificar si la ejecución de la acción está o no prohibida, pues, si el resultado se produjera de manera objetivamente inesperada e inesperable como consecuencia de una acción, sería absurdo explicar posteriormente que la acción en cuestión estaba prohibida. Desplazar a un momento posterior a la ejecución de una acción el juicio decisivo sobre su prohibición significa dejar a los destinatarios de la prohibición desprotegidos frente a la prohibición. Por ello, incurre en una autocontradicción quien, por una parte, dice que el resultado, como consecuencia de la acción, no era previsible y, al mismo tiempo, afirma que se ha realizado el tipo de delito correspondiente al tipo de prohibición (11).

Esta argumentación describe con precisión el enunciado esencial del Derecho penal de la culpabilidad, pero deja abierta la cuestión de en qué medida el criterio de la finalidad objetiva podría ayudar al destinatario de la norma en su decisión a favor del comportamiento conforme a Derecho, pues quien pronuncia el juicio sobre la finalidad

(9) Cfr. referencias de la nota 8.

(10) HRUSCHKA (nota 2), p. 403.

(11) *Ibidem*, p. 404.

objetiva en el momento del hecho es el juez, quien emite el juicio sobre el injusto del hecho en un momento posterior. Por consiguiente, este juicio necesita de la ficción de un observador objetivo, si es que en el mismo momento del hecho ya se debe ofrecer un pronóstico definitivamente vinculante sobre las potenciales consecuencias de la acción. Sin embargo, este pronóstico ficticio de un observador objetivo es *de facto* tan inaccesible para el destinatario de la norma como el conocimiento del espíritu del mundo de Laplace. Y, además, si se tomara realmente en serio la figura del observador objetivo, puesto que éste *ex hypothesi* solamente puede disponer de conocimientos limitados, también se le debería conceder la posibilidad del error, con la consecuencia poco atractiva de que ese mismo Derecho basado en el juicio de un observador fingido no podría decir sin equivocarse si era efectivamente necesario o no omitir una acción en aras a la evitación de un determinado resultado. Con la ficción de un observador objetivo se introduce una tercera medida epistémica que, a diferencia de los conocimientos efectivos del autor *ex ante* y de los conocimientos que efectivamente puede adquirir el juez *ex post*, no tiene un lugar real en el mundo y, por ello, tampoco puede influir en la realidad.

Así, la exigencia de Hruschka de libertad de contradicciones solamente se puede cumplir cuando el acontecer típico se contempla únicamente desde dos puntos de vista, a saber, desde la perspectiva *ex post*, por el juez y, desde la perspectiva *ex ante*, por el mismo sujeto que actúa. *Ex post* hay que reconstruir el curso del acontecer objetivamente típico que es objeto de la imputación. Y este curso del acontecer es (subjetivamente) imputable al autor si este último disponía de los conocimientos necesarios y de la capacidad física para poder lograr la evitación de la realización del tipo. Con otras palabras, para el deber de evitar el acontecer típico prohibido –deber que se ha de definir en el momento del hecho–, solamente es decisiva la finalidad subjetiva del destinatario de la norma.

De todos modos, apenas se puede percibir en qué medida la exigencia de una finalidad objetiva podría contribuir en el delito doloso a una restricción razonable de la responsabilidad. En la medida en que el autor no haya pronosticado acertadamente el curso causal que conduce al resultado, este último no se le puede imputar a título de dolo, con independencia de que, para un observador objetivo, el acontecer se presente como previsible o como casual. En cambio, en la medida en que el autor haya pronosticado acertadamente el curso causal que conduce al resultado, no hay ningún motivo obvio por el que este último no se le deba imputar, porque si el autor ha pronosticado acertadamente el curso causal, no se

puede decir que este curso causal no era objetivamente previsible. Solamente podría decirse que el curso causal no era previsible para un observador fingido (con conocimientos medios), porque el autor disponía de conocimientos especiales. Pero entonces, se debería fundamentar por qué en el delito doloso se debe absolver al autor cuando dispone de conocimientos especiales. Un médico que sabe casualmente que su esposa sufre una alergia muy poco frecuente y que aprovecha esos conocimientos para matarla, ¿no debe ser castigado por homicidio doloso por el hecho de que un médico o un marido medio no dispongan de sus conocimientos? Sería difícil, pues el deber en el delito doloso solamente puede consistir en que quien sabe que un determinado comportamiento conduce a un determinado resultado debe omitir ese comportamiento. Una conclusión diferente no sería compatible con el sentido y el fin de la protección jurídico-penal de bienes jurídicos.

En el delito imprudente, la previsibilidad objetiva del resultado tampoco es un elemento constitutivo del objeto de la imputación. Al autor imprudente no se le reprocha que no se haya representado conforme al cuidado el pronóstico de un observador objetivo (fingido). Más bien, actúa imprudentemente quien conoce circunstancias que, en su situación específica y en su rol social, habrían dado suficiente pie a un destinatario de la norma fiel al Derecho a no llevar a cabo (de ese modo) ese comportamiento. Es cierto que la previsibilidad del resultado también pertenece a la valoración de la situación que se espera del autor (12), pero esta previsibilidad no es previa a la imputación subjetiva, sino precisamente un criterio decisivo de esta última. Con ayuda del criterio de la previsibilidad hay que averiguar si alguien que dispone de los conocimientos efectivos del autor (suponiendo que haya motivación fiel al Derecho (13), podría y debería deducir que debía omitir un determinado actuar en aras a la evitación

(12) Así, en todo caso, correctamente, la doctrina dominante, cfr. KINDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Baden-Baden, Nomos, 2005, pp. 260 ss., pp. 265 ss., con más referencias, también sobre la opinión contraria.

(13) Sin la correspondiente motivación no hay ninguna necesidad práctica de deducir la correspondiente conclusión; cfr. TOEPEL, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, pp. 23 ss., pp. 31 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993, p. 70 ss. Sin embargo, la falta, de la que hay que responder, de la correspondiente motivación es ante todo contenido de la imputación a la culpabilidad y, con ello, hay que examinarla en el nivel del tipo; cfr., solamente, JAKOBS, (nota 8), pp. 140 s.; KINDHÄUSER, «Zur Unterscheidung von Tat- und Rechtsirrtum», *GA*, 1990, p. 407 (p. 416).

del resultado. El análisis de esta conclusión se dificulta por la terminología que va unida a la separación entre la parte objetiva y la subjetiva, porque la previsibilidad decisiva para el juicio de la imprudencia debe ser orientada a criterios objetivados, al igual que la evitabilidad de un error de prohibición del § 17 StGB o la evitabilidad de una situación exculpante del § 35 apdo. 2 StGB han de constatarse con la ayuda de criterios de decisión objetivados. Lo que ocurre es que la objetividad de esos criterios no altera el hecho de que hayan de ser clasificados en la imputación subjetiva, porque esta última sirve al fin de averiguar cuál es el grado adecuado de accesibilidad de los conocimientos que le faltan al autor. Las dificultades terminológicas desaparecen cuando se diferencia entre el objeto de la imputación, que hay que constituir en el marco del tipo objetivo, y la imputación de este objeto al injusto personal, que hay que efectuar en el ámbito del tipo subjetivo, según el criterio de la capacidad de acción del autor. Entonces queda claro que, en la imprudencia, la previsibilidad objetiva del resultado no delimita el tipo objetivo, sino que –en la terminología de Hruschka (14)– tiene su lugar lógico en el sistema de reglas de la imputación extraordinaria de la realización objetiva del tipo al autor (15).

3. Según el segundo criterio de la imputación objetiva, un resultado solamente es objetivamente imputable cuando en él se ha realizado un riesgo no permitido creado por el autor. *Esta* restricción de la responsabilidad es de gran importancia para el delito doloso, porque, según la teoría de la imputación objetiva, el autor no realiza el tipo objetivo cuando ha causado el resultado mediante un riesgo permitido, tampoco en el caso en que haya actuado con dolo respecto a la causación del resultado. Para poder valorar estas tesis hay que responder a dos preguntas: ¿Qué es un riesgo no permitido? Y, ¿bajo qué presupuestos puede decirse que un riesgo no permitido se realiza en un resultado?

(14) HRUSCHKA (nota 2), pp. 274 ss., y *passim.*; sobre la perspectiva histórica, cfr., por todos, HRUSCHKA, «Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf», *ZStW*, 96 (1984), pp. 661 ss.

(15) Así, en la diferenciación adecuada de HRUSCHKA entre reglas de comportamiento y reglas de imputación –*Rechtstheorie*, 22 (1991), pp. 449 ss.–, la finalidad objetiva pertenece a las reglas adscriptivas y no a la materia de prohibición (construida por el tipo objetivo).

III. SOBRE EL LLAMADO RIESGO PERMITIDO

1. A toda producción de un resultado que sea causalmente explicable le precede un estado en el que es posible la causación del resultado. Este estado puede denominarse riesgo o peligro. Objetivamente, este estado se da siempre antes de la producción de un resultado, también en el caso de los acontecimientos naturales con los que nadie cuenta *ex ante*. Por ejemplo, en todo caso, la vida de quien está en su jardín y es alcanzado mortalmente por un meteorito se encontraba en peligro poco antes de la muerte (16). En consecuencia, quien ha incitado a la víctima a ir al jardín también ha contribuido objetivamente a la puesta en peligro de la víctima. El hecho de que esta persona podía contar tan poco como la misma víctima o cualquier otro observador con la caída de un meteorito no altera en absoluto la existencia objetiva del peligro. Lo único que falla es la atribuibilidad subjetiva del resultado a título de dolo o de imprudencia.

Así, puesto que a todo resultado le precede un estadio en el que existe el riesgo de la producción del resultado, todo aquél que ha interpuesto una causa para el resultado ha creado también un riesgo para el resultado. En esta medida, la exigencia de la teoría de la imputación objetiva según la cual el resultado debe estar condicionado por un riesgo creado por el autor conduce a una restricción del tipo objetivo.

2. La posibilidad de una restricción deriva, en primer lugar, de la amplia exigencia de que el riesgo en cuestión debe ser *no permitido*. Puesto que este riesgo es un elemento del tipo objetivo, no permitido significa que, en general, no está permitido, pero que, en situaciones de justificación especiales, puede estar totalmente permitido (17). Por ejemplo: quien dispara a otro con un arma crea un riesgo no permitido en general, puesto que con su comportamiento aumenta de modo importante la probabilidad de la producción de un resultado. Sin embargo, este riesgo puede estar permitido en un caso concreto cuando, por ejemplo, se cumplen los presupuestos de la legítima defensa.

La cuestión que ahora se plantea reza: sin considerar una posible situación de justificación, ¿puede estar también permitido y, con ello, no ser típico crear el riesgo de la producción del resultado?

(16) Sobre la discusión de este ejemplo en cuanto al aspecto de la finalidad objetiva, HRUSCHKA (nota 2) pp. 402 ss.

(17) JAKOBS (nota 8) p. 203.

3. Que existe *una* posibilidad de tales características está, en gran parte, fuera de discusión. Se trata de la constelación de la llamada *disminución del riesgo*. Según ROXIN, esta última existe «cuando el autor modifica el curso causal de tal manera que disminuye el riesgo que ya existía para la víctima, esto es, cuando mejora la situación del objeto de la acción» (18). Por ejemplo: A empuja a O hacia un lado, de manera que el ladrillo no da a O en la cabeza, sino solamente en el hombro. Ciertamente, en este caso, hay que ver el empujón de A como causa del concreto resultado de lesión, puesto que este comportamiento debe ser tenido en cuenta para poder explicar causalmente la producción del resultado. Sin embargo, habría que negar la imputación objetiva del resultado, porque A interviene en el acontecer de tal manera que O no muere, sino que solamente sufre unas lesiones. Con otras palabras, A reduce el peligro de muerte a un peligro de lesiones.

Ahora bien, la plausibilidad de la solución de este caso puede ocultar fácilmente la dificultad de su fundamentación, porque lo decisivo no es la disminución del riesgo, sino la mejora de la situación del objeto de la acción –lo cual solamente aparece en la definición de ROXIN en la oración subordinada–. La disminución de un riesgo como tal no conduce en absoluto a una exclusión de la responsabilidad. Por ejemplo, un garante no está solamente obligado a disminuir un riesgo para su protegido, sino que debe eliminar el riesgo. Pero tampoco la mejora de la situación del objeto de la acción es un criterio definitivo que *per se* impida la realización del tipo objetivo –esto es, la constitución del objeto de la imputación–. Más bien, en el caso de los bienes individuales la última palabra la tiene el titular. Que esto se haya podido obviar en el caso del ejemplo se debe a que en él se dan evidentemente los presupuestos de un consentimiento presunto. Sin embargo, supongamos que a un padre que, pese al grave riesgo para su vida, quiere salvar a su niño, que se está ahogando, se le impide mediante violencia corporal que salte a las aguas violentas. En este caso, difícilmente se puede negar la concurrencia de lesiones y coacciones solamente con el argumento de que mediante la intervención en el curso causal se ha disminuido el riesgo para la vida para el padre.

Por tanto, tras la exclusión del injusto mediante disminución del riesgo se esconden cuestiones de valoración a las que –según la situación– hay que responder con ayuda de la regla general del consentimiento, del consentimiento presunto o del estado de necesidad. La

(18) ROXIN (nota 8), p. 314.

fórmula breve y manejable de la disminución del riesgo puede ser de ayuda para la enseñanza académica, pero no sirve para hacer frente a la problemática desde una perspectiva dogmática.

4. Otro caso en el que se reconoce ampliamente la posibilidad de una causación del resultado objetivamente atípica es el de la *asunción del riesgo* por el lesionado. El hecho de que la asunción autorresponsable de riesgo por parte de la víctima bloquee la competencia de otro sujeto que actúe tiene su fundamento en que, en este caso, el otro no interviene de manera no permitida en una esfera jurídica ajena. Las autolesiones puras son jurídico-penalmente irrelevantes y solamente debe responder de ellas quien las asume. En esa medida, también las acciones a través de las cuales se provocan, se posibilitan o se favorecen autolesiones autorresponsables son irrelevantes desde una perspectiva jurídico-penal (19).

Por lo demás, el tipo objetivo no solamente se excluye cuando el lesionado desea precisamente el resultado, sino también cuando solamente asume el riesgo de manera responsable y cree que puede evitar el resultado. Un ejemplo sería el caso de quien presta a su torpe vecino un hacha con la que este último se hiere por descuido al cortar leña. Ciertamente, el vecino no quiere herirse y, por ello, no consiente al resultado. Sin embargo, ha asumido conscientemente el dominio sobre el riesgo de lesionarse a sí mismo y, con ello, ha liberado a quien le ha prestado el hacha de la responsabilidad de protegerle de las lesiones que el hacha le pueda ocasionar.

Como en el caso de la disminución del riesgo, en la asunción autorresponsable del riesgo, la exclusión (objetiva) del injusto tampoco se basa en un principio de imputación que abarque todas las normas del Derecho penal, sino que lo decisivo en ella es el ámbito de protección específico de los bienes jurídicos individuales, el cual se define esencialmente mediante los intereses del titular y su soberanía para disponer de los bienes que le han sido adjudicados. Es decir, se trata de la determinación de la materia de prohibición (20) según el criterio del fin y ámbito de protección de la norma.

(19) En lo esencial, también en este sentido, BGHSt 24, 342; con más detalle, KINDHÄUSER, (nota 12), pp. 92 ss., con más referencias.

(20) En esta medida, no es terminológicamente nada afortunado hablar de «imputación» objetiva. Hay que responder a preguntas prescriptivas y no adscriptivas.

IV. PROHIBICIÓN DE REGRESO

1. Hasta aquí se puede afirmar –en realidad, solamente como fórmula práctica heurística– que, cuando la producción del resultado está de acuerdo con el interés del lesionado, no se ha realizado el tipo objetivo de un delito de resultado. Algunos de los representantes de la teoría de la imputación objetiva van más allá de estos límites de la responsabilidad y niegan la atribuibilidad de un resultado también en casos en los que el comportamiento a juzgar contradice la voluntad del titular del bien jurídico protegido. Estos casos se discuten bajo la palabra clave «prohibición de regreso» (21) La (más reciente) teoría de la prohibición de regreso afirma que no puede hacerse responsable a una persona por un resultado si lo ha causado mediante un comportamiento que es adecuado a su rol social; a través de un comportamiento adecuado al rol no se crea un riesgo no permitido. Quiero ilustrar esta tesis con dos ejemplos:

a) Un estudiante de biología que escribe su trabajo de examen sobre setas trabaja durante las vacaciones como camarero en un restaurante. Un día se da cuenta de que en el plato que debe llevar a un cliente hay unos hongos extraños que son muy venenosos. Según la teoría de la prohibición de regreso, el estudiante no ha realizado el tipo objetivo de unas lesiones, porque se ha comportado de acuerdo con su rol social de servir y porque nadie espera de un camarero que tenga conocimientos sobre hongos venenosos extraños.

b) El conductor de taxi T traslada por la tarifa normal a dos ladrones al lugar de los hechos. La teoría de la prohibición de regreso afirma que el conductor del taxi no interviene como cómplice en el robo porque se ha comportado de acuerdo con su rol social de conducir taxis y porque este comportamiento no ha adquirido, a través del contacto con los dos ladrones, ningún sentido delictivo común.

Es evidente que en el caso a) no se puede fundamentar una posible exclusión de la imputación con vistas al fin de protección de la norma. La prohibición de las lesiones, como puro delito de resultado,

(21) Decisivo, JAKOBS, «Regreßverbot beim Erfolgsdelikt», *ZStW*, 89 (1977), pp. 1 ss.; el mismo (nota 8), pp. 697 ss.; cfr. también FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, C. F. Müller, 1988, pp. 280 ss., pp. 295 s.

protege totalmente la integridad corporal y la salud de una persona. No prohíbe en concreto solamente aquellas lesiones que se realizan bajo transgresión de un rol social.

Difícilmente puede discutirse que, en el ejemplo *b*), el acontecer descrito como «T traslada a dos ladrones al lugar de los hechos», tiene un sentido delictivo, al igual que, por lo demás, toda introducción de un comportamiento en un contexto delictivo otorga a este comportamiento un significado delictivo. Esta descripción no se ve falseada por el hecho de que exista la información adicional de que T ha actuado como conductor de taxi. Por esa razón, habría que fundamentar la prohibición de regreso respecto al auxilio a los dos ladrones precisamente haciendo referencia al hecho de que T es conductor de taxi. Sin embargo, no se puede encontrar una razón para ello porque, desde la perspectiva de la protección de bienes jurídicos, que quien conduce al ladrón al lugar de los hechos lo haga como particular o como conductor de taxi no supone una diferencia jurídico-penalmente relevante.

2. Si se observa con más atención, resulta evidente que la teoría de la prohibición de regreso mezcla dos ámbitos de problemas. El rol social no libera a nadie de su deber de evitar la creación de los riesgos que conoce, porque el rol social que reviste a una persona no le da el derecho a actuar conscientemente en perjuicio de la víctima. En cambio, el caso es distinto cuando el autor no conoce las circunstancias que hacen que su comportamiento sea arriesgado. En ese supuesto, se plantea en qué medida hay que exigir al autor que adquiera conocimientos para la evitación del resultado. Para responder a esta pregunta puede ser importante el rol social del autor. Si alguien crea riesgos en un determinado ámbito de la vida, es de esperar que también observe las reglas de seguridad vigentes en este ámbito de la vida. Puesto que los camareros solamente sirven platos y no los preparan, no esperamos de un camarero que examine si unas setas que no conoce son nocivas para la salud.

Así pues, el rol social limita el nivel de cuidado esperado de una persona y, en esa medida, libera en el caso de la responsabilidad por imprudencia (22). Sin embargo, no autoriza a causar el resultado sobre la base de los conocimientos existentes.

(22) Cfr., también, KINDHÄUSER (nota 7), pp. 215 ss.

V. RELACIÓN DE RIESGO

1. Según las consideraciones realizadas hasta el momento, los casos en los que el riesgo creado por el autor esta permitido y, por ello, no da lugar a responsabilidad por las consecuencias se limitan a las situaciones en las que el hecho no contradice el fin de protección de la norma por falta de una intervención lesiva en los intereses del titular. Sustancialmente más relevante que estas restricciones de la materia de prohibición parece ser la otra exigencia de la teoría de la imputación objetiva según la cual, en la producción del resultado típico, se ha de realizar precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Esta relación entre el riesgo no permitido creado por el autor y la producción del resultado –y esto es lo que se cuestiona en el presente contexto– es, según esta teoría, un elemento del tipo objetivo.

2. El siguiente ejemplo ilustra la problemática: A dispara a B con su escopeta para matarlo. Sin embargo, la bala da a B solamente en el brazo. En el hospital en el que se atiende a B, unos terroristas detonan una bomba por la noche. Se produce un incendio y, debido al humo, B sufre una intoxicación mortal. En este caso, solamente se puede castigar a A por una tentativa de homicidio y no por un homicidio consumado. Según la interpretación habitual, se trata de un caso de error de tipo que excluye el dolo. El contenido del dolo no es solamente el resultado, sino también el curso causal que condiciona el resultado en su forma concreta. En el delito doloso, el autor debe haber pronosticado este curso causal en sus rasgos esenciales (23). Sin embargo, en el caso del ejemplo, hay una desviación esencial del curso causal representado: A partía de que iba a alcanzar a B mortalmente mediante un disparo de escopeta; no había pensado en la posibilidad de que B muriera debido a una intoxicación por el humo que se produciría como consecuencia de un atentado cometido por terroristas.

La teoría de la imputación objetiva traslada la solución del problema del tipo subjetivo al tipo objetivo, en la medida en que afirma

(23) Cfr., entre otras, *RGS* 70, 257 (259); *BGHSt* 7, 325 (329); 38, 32; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bielefeld, Giesecking, 11ª ed., 2003, p. 477 ss.; CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, en: SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, C. H. Beck, 26ª ed., 2001, § 15, núm. marg. 55; KÜHL, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München, Vahlen, 4ª ed., 2002, p. 478; FISCHER, en TRÖNDLE/FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, C. H. Beck, 52ª ed., 2004, § 16, núm. marg. 7; WESSELS/BEULKE, (nota 8), p. 311 ss.

que el riesgo creado por el autor no se ha realizado en el resultado (24). Según esta teoría, el autor ha creado el riesgo de muerte a través de un tiro de escopeta, pero B ha fallecido realmente por un riesgo de muerte debido a una intoxicación por el humo. Según esta teoría, falta, en esta medida, la relación de riesgo necesaria, porque solamente hay una relación de riesgo cuando «para la explicación de daño se necesitan todas las informaciones sobre el acontecimiento de las que surge el carácter no permitido del riesgo» (25). Por consiguiente, para la explicación causal de la efectiva producción del resultado, deben ser necesarias todas las circunstancias que hacen que el riesgo creado por el autor sea no permitido. En el caso del ejemplo, el comportamiento de A se convierte en no permitido porque ha aumentado de manera relevante la posibilidad de que B muera como consecuencia de la lesión de una bala de escopeta. Sin embargo, en el desarrollo ulterior del acontecer, a este riesgo le sigue el estado permitido de una estancia en el hospital; ser atendido médicamente en un hospital no constituye un riesgo no permitido. Para la explicación causal de la producción de la muerte, solamente es necesario que, además, en el momento del comienzo del incendio, B, sea por el motivo que fuere, se encuentre en el hospital. Así pues, entre el riesgo originariamente introducido mediante el tiro de escopeta y la efectiva producción de la muerte mediante intoxicación por el humo no existe una concatenación generalmente válida de modificaciones causales que sean no permitidas a causa de las condiciones introducidas por el autor. Según esta teoría, la estancia en el hospital interrumpe la posibilidad de la imputación objetiva. Los riesgos de una estancia en el hospital son riesgos generales de la vida con los que debe cargar cada paciente, siendo indiferente por qué motivo haya llegado al hospital (26).

3. En el delito doloso, la construcción de una relación de riesgo objetiva solamente puede calificarse de inadecuada. Falta fundamentar que precisamente el riesgo del disparo es decisivo para la realización del tipo objetivo por A. Realmente, para la explicación causal de la producción de la muerte es necesaria toda una serie de circunstancias. Y no se podrá negar que la víctima no habría muerto si no se hubiera alojado en el hospital en el momento del atentado con bomba. En esa medida, la estancia en el hospital era para la víctima un riesgo no permitido adicional que el autor creó mediante la

(24) Así, explícitamente para tal caso, ROXIN (nota 8), pp. 311 ss.

(25) JAKOBS, (nota 8), p. 226.

(26) *Ibidem*, pp. 226 s., con más referencias.

herida hecha con la escopeta. Por medio de cada circunstancia a través de la cual se causa un resultado, se crea, desde una perspectiva puramente objetiva, un riesgo no permitido para *esa* producción del resultado. Por ello, no existe ninguna posibilidad de entresacar del curso causal una combinación de condiciones y definir las como riesgo decisivo de la imputación del resultado.

En esta medida, en el caso del ejemplo, no puede desempeñar papel alguno de qué manera haya introducido alguien una causa del riesgo de que B pueda morir mediante intoxicación por el humo. En especial, es irrelevante si esta causa ha sido o no introducida mediante un comportamiento que, considerado aisladamente, se presenta como un riesgo no permitido adicional. No implica ninguna diferencia si B fue al hospital porque A le disparó o porque A le dio el consejo amistoso de que se sometiera a una revisión médica profunda. En ambas variantes, A ha introducido una causa de que B muera en el incendio de una intoxicación por el humo. Solamente en el marco de otros niveles del análisis del delito pueden ser de importancia circunstancias que excluyen totalmente o en parte la punibilidad. Por ejemplo, puede faltar el dolo o la antijuricidad. Así, el último caso se daría si A hubiera disparado a B concurriendo los presupuestos de la legítima defensa.

4. Para ilustrar esta crítica a la exigencia de una relación objetiva de riesgo se modifica sólo un poco el caso del ejemplo. Supongamos que A ha *sabido* del atentado planeado y que, desde un principio, quiere herir a B sólo de manera leve, para que este último sea tratado en el hospital en el momento clave y muera en el atentado. Desde una perspectiva puramente objetiva, no hay ninguna diferencia entre este supuesto y el caso de partida. Por tanto, si la teoría de la imputación objetiva fuera correcta, en este caso tampoco se podría haber realizado el tipo objetivo del delito de homicidio, pues la diferencia solamente se da en el tipo subjetivo.

Sin embargo, en el segundo caso, no hay ningún motivo para castigar al autor solamente por tentativa, puesto que el curso objetivo del acontecer concuerda en su totalidad con su representación. Si A sabe que unos terroristas quieren cometer un atentado contra un hospital, no le está permitido provocar que nadie de ninguna manera se encuentre de buena fe en el hospital en el momento del atentado. Así, ni puede recomendar a alguien que se someta a examen médico, ni puede herirle con un tiro de escopeta. Haga lo que haga A, ello se presenta, teniendo en cuenta que sabe que se va acometer el atentado, como reclamo hacia una trampa peligrosa para la vida. Así, en el primer caso, la punibilidad por delito consumado

tampoco puede fallar por falta del tipo objetivo, sino solamente por un error que excluye el dolo.

Esto conduce a que la pregunta de qué riesgo es decisivo para la imputación de un resultado no se pueda responder sin tener en cuenta la representación del autor. Con ello, la cuestión de si existe una relación de riesgo entre el comportamiento del autor y la producción del resultado no puede pertenecer al análisis del tipo objetivo, sino solamente a la imputación subjetiva (27).

VI. RELACIÓN DE RIESGO E IMPUTACIÓN SUBJETIVA

1. Además, si la construcción de una relación de riesgo se tiene en cuenta en la imputación subjetiva a título de dolo, se puede solucionar una serie de problemas. A continuación se selecciona uno de ellos y se aclara de la mano de un ejemplo (28): con intención de matar a su víctima, el autor la empuja desde un puente alto que se tiende sobre un amplio río. Creyendo que su víctima no es nadadora, piensa que ésta se ahogará en el río. Sin embargo, en realidad, la víctima muere porque, al caer, se golpea contra la base de uno de los pilares del puente y se rompe la nuca.

Desde luego, está claro que en este caso el autor ha cometido una tentativa de homicidio. Sin embargo, se discute si se le puede imputar el resultado a título de dolo. Por un lado, se niega una imputación del resultado a título de dolo y, con ello, un delito consumado de homicidio, porque entre el riesgo que se ha realizado objetivamente en el resultado –el riesgo del golpe mortal– y el riesgo que se ha representado el autor –el riesgo de ahogarse– no hay identidad (29). En cambio, la jurisprudencia y la doctrina dominante afirman la imputación del resultado a título de dolo si, como en el caso del ejemplo, la desviación del curso causal real respecto al representado queda todavía

(27) Cfr., también HIRSCH, «Zur Lehre von der objektiven Zurechnung», en ESER/SCHITTENHELM/SCHUMANN (eds.), *FS Lenckner*, München, C.H. Beck, 1998, p. 119; ARM. KAUFMANN, «“Objektive Zurechnung” beim Vorsatzdelikt», en Vogler (ed.), *FS Jescheck*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, p. 251; LAMPE, «Die Kausalität und ihre strafrechtliche Funktion», en Dornseifer/Horn/Schilling/Schöne/Struensee/Zielinski (eds.), *GS Arm. Kaufmann*, Köln/Berlin/Bonn/München, Heymanns, 1989, p. 189.

(28) Según PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 346.

(29) JAKOBS, (nota 8), pp. 295 s.

dentro del marco de la experiencia de la vida y no requiere ninguna valoración adicional del hecho (30).

2. Sin embargo, estas dos soluciones apenas pueden convencer: la negación de la imputación del resultado resulta difícil de comprender, porque el autor sólo puede prever *ex ante* hasta el detalle un curso causal en casos excepcionales y, por otra parte, qué detalles pronostique acertadamente el autor es algo que depende más o menos de casualidades. Además, se privilegiaría al autor que planifica su hecho del modo más preciso posible y que no cuenta con determinadas circunstancias que, sin embargo, se producen, mientras que el autor que se conforma con la creación de un peligro global debería responder siempre por el resultado. Así, en el caso del ejemplo, el resultado debería imputársele al autor si empujó a su víctima desde el puente suponiendo de manera no concretada de que la víctima ya «encontraría» la muerte de alguna manera.

La opinión dominante no parece estar sujeta a esta objeción, pues aquélla hace que la imputación del resultado a título de dolo dependa de una consideración valorativa según el criterio de la experiencia de la vida. Parece que la cuestión de si quien es empujado desde un puente se ahoga o se golpea contra el fundamento de un pilar no afecta a la naturaleza del hecho y que, por ello, carece de importancia para la imputación del resultado. Sin embargo, esta conclusión es algo precipitada: si el dolo tiene como contenido la representación del curso causal que se hace el autor, a este último no se le puede imputar sin más como conocido algo que él no ha tomado en consideración o que incluso quería evitar, porque bien podría ser que, para el autor del caso del ejemplo, fuera importante que la víctima se ahogara, para poder hacer que el hecho pareciera un accidente ocurrido al nadar. Además, recurrir a una perspectiva valorativa resulta sumamente impreciso, porque no hay criterios precisos con los que se pueda comparar el curso causal representado con el real.

3. De esto se sigue que, en el caso del ejemplo, puede ser adecuado imputar al autor la muerte de la víctima a título de dolo. Sin embargo, esta imputación debe poder fundamentarse con precisión y de acuerdo con el fin de la responsabilidad por dolo. Para tal fundamentación se proponen los criterios de la relación de riesgo. Como ya se ha dicho, según la teoría de la imputación objetiva, hay

(30) Cfr. BGHSt 23, 133 (135); BGH, *NSrZ*, 2000, p. 29 (p. 30); más referencias en la nota 24.

una relación de riesgo cuando el autor crea un riesgo no permitido y los factores que hacen que el riesgo sea no permitido son necesarios para la explicación causal del resultado. Trasladada al tipo subjetivo, esta fórmula reza: el autor actúa dolosamente cuando considera su comportamiento tan arriesgado que, como ciudadano fiel al Derecho que decide racionalmente, lo debería haber omitido en aras a la evitación del resultado. Entonces, según la fórmula de la relación de riesgo, si el resultado se produce, éste es imputable al autor a título de dolo precisamente en el caso en que los factores de riesgo conocidos por el autor sean necesarios para explicar causalmente el resultado (31).

Aplicado al caso del ejemplo, esto significa que el autor que empuja a alguien desde un puente alto ocasiona con ello una situación que puede conducir de modos diversos a la muerte de la víctima: la víctima se puede ahogar, perder la consciencia al impactar con el agua, padecer un *shock*, golpearse contra una roca o contra el fundamento de un pilar del puente –y mucho más–. Todos estos son cursos causales que pueden resultar de la caída desde el puente. Sin embargo, no desempeña papel alguno en cuáles de estos cursos causales piensa el autor y cómo de probables los considera en concreto, puesto que sabe suficiente respecto al riesgo de partida de la caída desde el puente, para omitir, como ciudadano que decide racionalmente, la acción de empujar. Puesto que para la explicación causal de la muerte concreta –ruptura de la nuca debido al golpe contra el fundamento del pilar– debe tenerse en cuenta el hecho de que la víctima fue empujada desde el puente, el riesgo que el autor conocía se ha realizado en el resultado. Por consiguiente, la muerte de la víctima le es imputable a título de dolo.

VII. RESUMEN

Resumiendo las consideraciones anteriores en pocas palabras: un resultado no es objetivamente imputable en caso de que la causación efectiva de este resultado mediante el comportamiento del autor no contradiga el fin de protección de la norma. Y éste es solamente el caso de la disminución del riesgo y de la asunción autorresponsable del riesgo por parte del lesionado. En todos los demás supuestos, la teoría de la imputación objetiva o bien conduce a conclusiones inadecuadas.

(31) En sentido semejante, PUPPE (nota 29), pp. 549 ss.

cuadas o bien mezcla elementos del tipo objetivo y del subjetivo. En cambio, si se separan con exactitud los elementos objetivos del hecho de aquellos que son subjetivos, queda claro que el criterio de la relación de riesgo es un instrumento adecuado para fundamentar en el tipo subjetivo del delito doloso la imputación de un resultado a título de dolo.

