

CAPÍTULO PRIMERO

ORIGEN HISTÓRICO DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

El problema de la imputación objetiva, uno de los más fascinantes de los que plantea actualmente la dogmática penal, supone el replanteamiento de temas tan clásicos como la propia estructura del concepto de delito, o la función y eficacia del concepto de acción como elemento previo a la tipicidad. Esta evolución no sólo no ha acabado, sino que está adquiriendo fuerzas nuevas, o tal vez teorías recicladas que a partir siempre de la cuestión básica de la atribución intentan realizar nuevas reinterpretaciones cada vez más normativas del concepto y de los elementos del delito.¹

El término “atribución”, como común denominador para el tema en estudio, debe entenderse como la relación por la cual la conducta humana y su resultado se subsumen en un tipo penal, y como consecuencia de tal subsunción se decide la exigencia de responsabilidades penales.²

La teoría de la imputación objetiva surge de la evolución de las teorías causales que intentaban restringir el amplísimo concepto de causa de la teoría de la equivalencia de condiciones, aportando argumentos para explicar por qué determinadas acciones que desde el punto de vista natural eran causa no podían, sin embargo, ser consideradas típicas, sin necesidad de acudir al correctivo de la culpabilidad que quedaba demasiado lejos.³

La concepción mayoritaria actual de la teoría de la imputación objetiva ha abandonado las iniciales fundamentaciones

¹ Cuesta, Aguado, Paz, *Tipicidad e imputación objetiva*, Lima, Idemsa, 1997.

² *Idem*.

³ Cuesta, Aguado, Paz, *Tipicidad e imputación...*, *cit.*, p. 7.

ontológicas de Larenz, y se basa en consideraciones teleológico-normativas derivadas del fin que se atribuye al derecho penal y a las normas penales. Siendo que el sistema del cual se deriva esta concepción es, pues, un sistema funcional o teleológico-racional.

Para los principales representantes del idealismo alemán, Kant y Hegel, la filosofía del derecho todavía formaba parte del sistema filosófico general; lo que hoy denominamos ciencia dogmática del derecho o teoría general del derecho carecía de autonomía sistemática, recibiendo su contenido y utilidad de su relación con los teoremas filosóficos morales y sociales.⁴

Toda la filosofía sobre la voluntad autónoma y heterónoma la trata Kant en sus fundamentos sobre la *Metafísica de las costumbres*. Después de Kant y Hegel se establecieron en el ámbito del derecho y de la filosofía del derecho, sistemas que tomaron y desarrollaron los teoremas de estos grandes maestros. Tanto los neohegelianos como los neokantianos fueron grandes filósofos del derecho, pero sus reflexiones sobre él mismo ya no procedían de un sistema filosófico universal.⁵

La idea de la codificación, es decir, el principio de que los límites de las libertades ciudadanas debían definirse legalmente, constituye el elemento básico de una filosofía del derecho penal influida por el pensamiento de la Ilustración. Todavía hoy es el principio de legalidad el criterio fundamental que inspira el derecho penal del estado de derecho, tal como se concibe en la tradición alemana.⁶

Sólo puede ser castigado el hecho cuya punibilidad esté determinada legalmente antes de que haya sido cometido. Con él se garantiza que los límites de la libertad de los ciudadanos sean los mismos y rijan para todos sin excepción, y que, al mismo

⁴ Hassemer, Winfried, *Derecho penal y filosofía del derecho en la República Federal de Alemania*, p. 173.

⁵ *Ibidem*, p. 174.

⁶ *Ibidem*, p. 177.

tiempo, se determinan con precisión tanto para los ciudadanos como para las instituciones.⁷

La teoría de la imputación objetiva, tal como se conoce actualmente, tiene como precedente la filosofía idealista del derecho alemán, cuyo máximo exponente es Hegel. En efecto, el objetivo del concepto de acción propuesto por Hegel, y desarrollado por la escuela hegeliana del siglo XIX, consistía en imputar al sujeto de la multiplicidad de cursos causales, sólo aquellos que podían ser considerados como su obra.⁸

El pensamiento útil al sistema, era que quien no había alcanzado la libertad, es decir, quien no había superado la etapa del espíritu subjetivo, no era candidato a actuar con relevancia jurídica. Esto permite dividir a los hombres entre quienes forman parte de la comunidad espiritual y quienes permanecen fuera de ella, y deparar a ambos un trato diferencial.⁹

Si quienes no alcanzaron el estudio subjetivo no actúan con relevancia jurídica, no pueden cometer delitos, y por ende, no pueden ser sometidos a penas. Así, los locos no cometen delitos, como tampoco los que con sus reiteradas violaciones a las normas demuestran que no comparten los valores de la comunidad jurídica.¹⁰

La pena, para Hegel, se imponía como una necesidad lógica, y también tenía carácter retributivo talional, por ser una sanción a la violación del contrato; si el delito es la negación del derecho, la pena es la negación del delito, la pena sería la afirmación del derecho, que se impondría simplemente por la necesaria afirmación del mismo.¹¹

⁷ *Ibidem*, p. 178.

⁸ Vélez Fernández, Giovanna, *Fundamento y consecuencias dogmáticas a partir de las concepciones funcionalistas de Roxin y Jakobs*, en www.unifr.ch, consultado el 14 de noviembre de 2008.

⁹ Zaffaroni, Raúl Eugenio, *Manual de derecho penal*, México, Cárdenas Editor, p. 238.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Idem*.

Pero esta era la pena para los hombres libres; es decir, pena retributiva, pero cuando se trataba de quienes estaban excluidos de la comunidad jurídica, la pena retributiva ya no tenía sentido, como tampoco admitir que pudieran actuar jurídicamente defenderse legítimamente, porque su condición de marginados sólo los podía hacer acreedores de una medida que neutralizara su peligro.¹²

El origen histórico más o menos reciente de la teoría de la imputación objetiva se encuentra en la obra del conocido civilista, y también filósofo del derecho, Karl Larenz, el cual emana de la doctrina de la imputación de Hegel y el concepto de imputación objetiva desde 1927.¹³ El origen de lo que hoy se conoce como un juicio de atribución traslada la visión del comportamiento de la víctima desde una generación del riesgo dentro su comportamiento en la sociedad, lo que ocasiona lesiones a los bienes jurídicos, los cuales son tutelados por el derecho penal, siendo de importancia el argumento de que si todos los bienes jurídicos son tutelados por el derecho penal o nada más los que son consecuencia de la reacción o ataque de una persona, no del descuido de la víctima.

Si bien es cierto que los antecedentes de la imputación remiten a Larenz, no hay que olvidar que uno de los fundamentos trascendentales de lo que se va a plantear en el presente trabajo es la visión de Hegel acerca de la imputación, y es donde el principio de autorresponsabilidad, que se verá más adelante, tiene su fundamento; siendo que para el mencionado filósofo la naturaleza y esencia del hombre ha sido pensada como libertad, y la convivencia humana como su realización, concluyendo que el derecho es definido por Hegel, como la existencia o realización de la libertad.¹⁴

¹² *Idem.*

¹³ Ripoll Montijano, Martín García, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Granada, Comares, p. 2.

¹⁴ *Idem.*

Asimismo, para Hegel, lo realizado por el hombre en la medida en que lo sucedido corresponde con su voluntad, introduce una distinción entre hecho y acción. El primero de ellos se concretiza en el cambio que se produce en la realidad, en el segundo el sujeto conoce y se la propone, de tal modo que reconoce la acción como propia; es decir, se reconoce como su autor. Es importante recalcar que Hegel sólo reconocía como elemento subjetivo al dolo, no hechos negligentes.¹⁵

El concepto de imputación objetiva no es que haya caído en desuso por parte de la doctrina penal, fue utilizado por los penalistas hegelianos como básico para la estructuración del delito; sin embargo, en 1871 desaparece el término “imputación”, y se adopta el de causa, más afín con las ideas en esos momentos del positivismo jurídico.¹⁶

Igualmente, al contrario de lo argumentado por Hegel en su momento, quien decía que de acuerdo con el elemento subjetivo solamente reconocía las conductas dolosas, Larenz retoma el concepto de imputación, y no sólo abarca lo realmente querido, sino también lo que pudo ser abarcado por la voluntad, dando así entrada a la negligencia.¹⁷

La teoría de la imputación objetiva de Larenz fue recogida por un penalista, Honing, tres años después, y de ahí que haya sido acogida por buena parte de la doctrina penal alemana, pero no la civil. La diferencia básica de Honing respecto de Larenz es el intento de desvincular el juicio de imputación de la finalidad como elemento subjetivo, para centrarse en el enjuiciamiento objetivo del acontecer en la valoración de este como un medio idóneo para la consecución de un resultado indeseado por el legislador.¹⁸

¹⁵ *Ibidem*, p. 3.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ Ripoll Montijano, Martín García, *op. cit.*, p. 4.

¹⁸ *Ibidem*, p. 6

En lo particular se estima que el término de “imputación” no es que se haya abandonado o caído en desuso en ese momento, sino que la visión del positivismo jurídico orilla hablar de causa, y no de imputación, que si bien es cierto, aún y hablando de causa, se siguió empleando el término imputación como presupuesto de la culpabilidad en el esquema casualista. La imputación objetiva ya era aplicada por Hegel, o al menos en su época. La transición al casualismo en 1871 no trajo confusiones, pero trajo otra aplicación de la conducta delictiva bajo el juicio de reproche, no valorando la conducta *prima facie* de la víctima, que es lo que hoy se conoce como victimodogmática.

Retomando la idea de la imputación objetiva, en 1953 Hellmuth Mayer concibió la tipicidad como un problema no propiamente de causalidad, sino de imputación, y además, por primera vez señala el autor que el problema de la casualidad es más bien un problema de imputación.¹⁹ Por ello, en 1955 Hardwing pretendió hacer de la imputación el concepto central del derecho penal, como ya lo habían estipulado los penalistas hegelianos en el siglo XIX.²⁰

El tema de la imputación de acuerdo con el pensamiento positivista de esos momentos no es que se haya derogado, sino que cayó en desuso por un lapso y encontró su lugar como presupuesto de la culpabilidad en el sistema causalista; siendo representado como una condición indispensable para poder aprobar el juicio de reproche, estando ubicado dentro del ideal causalista como un tercer elemento, ya que al momento de aprobar la conducta típica en una visión del causalismo penal se estudia en primer término el juicio de reproche, después el elemento subjetivo, ya sea dolo o culpa, y el tercer elemento la imputación objetiva.

¹⁹ *Ibidem*, p. 7.

²⁰ *Ibidem*, p. 9.

Se puede considerar que lo que hoy se entiende por imputación objetiva fue producto de un trabajo de Roxin publicado en 1970, no por casualidad en el libro homenaje a Honing.²¹

No se puede olvidar que Larenz, aun cuando vio la teoría de la imputación objetiva con una visión hacia el derecho civil, desarrolló ciertos principios, como el de autodeterminación y responsabilidad personal, como meras ideas jurídicas generales que pueden orientar la concreción en cuanto pauta rectora, como podría ser la idea de un ámbito de responsabilidad preferente del titular.²²

El término “imputación” es uno de los más representativos del lenguaje en que se expresa la actual teoría jurídica del delito. El enfoque naturalista, que rehuía conceptos valorativos, prefirió destacar el concepto de causalidad como espina dorsal del delito, que se situó en el terreno de lo empírico, como causa de una modificación del mundo exterior provocada por un impulso voluntario.²³

Así pues, la valoración que el neokantismo impuso entre las dos guerras mundiales no logró de momento desplazar a la causalidad de su posición de preeminencia en la teoría del delito, pero sentó las bases metodológicas que más tarde, desde los años sesenta, han permitido el resurgir de la idea de imputación en la literatura jurídico-penal.²⁴

El concepto de imputación objetiva nace en este clima, en 1927, aunque por obra de un civilista hegeliano, Larenz, y ya en 1930 Honing lo propuso para el derecho penal.

Fue un autor de origen neokantiano, Roxin, quien habría de difundir más que nadie, sobre todo desde 1970, siguiendo expresamente el planteamiento de Honing en la doctrina penal, la

²¹ *Ibidem*, p. 12.

²² Larenz, Kar, *Methodenlehre*, trad. de Manuel Cancio Melia, pp. 346 y ss.

²³ Mir Puig, Santiago, “Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, consultado el 28 de agosto de 2008.

²⁴ *Idem*.

teoría de la imputación objetiva; según Schönemann, discípulo de Roxin, la orientación teleológica que este autor inició, y que se ha caracterizado en los últimos treinta años, es por un total alejamiento del razonamiento lógico objetivista del finalismo, y debe contemplarse como un desarrollo ulterior del neokantismo.²⁵

Definitivamente, tanto Honing como Roxin coinciden en afirmar que el problema básico de los delitos de resultado es determinar si un curso causal al final del cual aparece un resultado puede imputársele a una persona. Roxin aclara que lo decisivo en la imputación no es la perseguibilidad objetiva, a diferencia de Honing, sino que lo decisivo es si el autor ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado.²⁶

Posteriormente, sólo serán imputables aquellos resultados producidos que sean manifestación de la realización de un riesgo desaprobado jurídicamente. Esto no ocurre en los casos ya conocidos de disminución de riesgos y de creación de riesgos permitidos, como el del rayo y el de otras actividades riesgosas, como son tráfico rodado y marítimo, actividades generalmente permitidas.²⁷

El criterio para determinar el carácter permitido o no permitido del riesgo es el del observador objetivo *ex ante* con los conocimientos especiales. Por consiguiente, en los casos de una creación de un riesgo jurídicamente relevante, sólo será imputable la producción de aquellos cursos causales que la norma persigue impedir, y no, en cambio, aquellos otros que caen más allá del ámbito de protección de la norma.²⁸

Como comentario, el término “imputación” retoma su fuerza de acuerdo con los pensamientos posteriores al positivismo naturalista, tomando como punto de partida el pensamiento de Hegel, él equipara el término “libertad” con la autorresponsa-

²⁵ Tisnado Solis, Luis, *Presupuestos normativos de la teoría de la imputación objetiva*, en www.derechopenalonline.com, consultado el 25 de octubre de 2008.

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

bilidad de la persona dentro su ámbito permitido en el cual se desenvuelve en una sociedad en riesgo. Por ello, se traslada la visión de la imputación objetiva a la materia penal, con la finalidad de atribuir o formar un juicio de atribución al sujeto que desempeña una función en sociedad. ¿Qué pasa con la teoría de la imputación objetiva?, o ¿por qué no llamarle de otra manera?

En realidad, hay algo de común en los orígenes teóricos del concepto de imputación objetiva, tanto el neokantismo como el regreso a Hegel, y como la filosofía fenomenológica de Husserl, fueron manifestaciones que se produjeron en un mismo espacio, (la Europa continental) y en una misma época (la primera mitad del siglo XX, que reacciona al naturalismo positivista y reclama un regreso a la filosofía).²⁹

El significado lingüístico de la palabra “imputación” resulta más adecuado para expresar un juicio de atribución efectuado por el hombre que para reflejar algo previamente dado. Este término encaja mejor en el pensamiento kantiano, y viene bien a la filosofía analítica que se fue extendiendo en la segunda mitad del siglo XX.

De esta manera, para tener presente la relación de la imputación objetiva en el presente trabajo y la evolución que esta viene desempeñando a lo largo de nuestro sistema jurídico penal en el mundo es importante seguir con la guía que Larenz viene desarrollando antes de Honing, cuando ubica el término libertad de una persona como un mínimo resultado del hecho de que cada ser humano actúa a través de su propio sistema nervioso, y es la única fuente de movimiento significativo en el espacio y en el tiempo.³⁰

La libertad reconocida al sujeto por Larenz, y que de éste se exige, reenvía después a otro orden de problemas, que no son los del estatuto ontológico del individuo y de la sociedad. Hablando del término imputación, que para cierta parte de la doctrina es

²⁹ *Idem.*

³⁰ La Torre, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, p. 295.

un juicio de atribución, en Larenz forma parte de un comportamiento anticomunitario, el cual se desprende de un orden de la comunidad, siendo que el ilícito será la violación de ese orden, comportamiento antisocial o anticomunitario.³¹

El delito es, en consecuencia, según el pensamiento de Larenz, el producto de una decisión del sujeto en torno a su destino, siempre en cualquier caso, un acto de voluntad. La afirmación por la que el delito es un comportamiento anticomunitario no debe ser entendida en sentido meramente normativo. El delito no se convierte en una acción anticomunitaria sólo porque es, antes que nada, puesto en confrontación con las exigencias del vivir en comunidad y después juzgado como anticomunitario.³²

Larenz pone en discusión la diferencia entre causalidad e imputación, tomando como punto de partida la calificación jurídica de un hecho como ilícito, no es un producto del hombre. Un hecho no es ilícito con relación a una cierta norma, a un cierto sistema normativo; un hecho es ilícito por sí mismo, objetivamente o mejor, naturalmente.³³

En este sentido, la imputación objetiva no es novedosa dentro de la ciencia jurídico-penal, pues su contenido responde a uno de los temas que ha sido desde hace mucho tiempo punto básico de sus controversias; esto es, el modo en que se pretende discernir cuando la lesión a un bien jurídico debe ser considerada producto del actuar humano, y cuando esa afectación es sólo consecuencia del azar o de la simple causalidad. Lo cierto es que en los últimos años la denominada moderna teoría de la imputación objetiva ha alcanzado un notable desarrollo en Europa.³⁴

De esta forma, la finalidad del estudio de la imputación es determinar *prima facie* que la voluntad puede dirigir un proceso causal, siendo que sólo la voluntad tiene la posibilidad de transformar

³¹ *Ibidem*, p. 297.

³² *Ibidem*, p. 300.

³³ *Idem*.

³⁴ Houed, Mario, *Revista Ciencias Penales*, núm. 12, consultado el 14 de noviembre de 2008.

las consecuencias en un hecho propio; por ende, la imputación de un hecho es la relación del acontecimiento con la voluntad. Desde luego, se considera la existencia de un hombre libre, pues esa libertad plasmada en sus actos es la que hará que se determine la imputación de ellos con sus respectivos resultados.³⁵

En este sentido, los seres humanos se encuentran en el mundo social en condiciones de portadores de un rol; es decir, como personas que deben administrar un determinado segmento del acontecer social, conforme a un determinado estándar. Para poder imputar un hecho punible de poderse determinar entre autor, víctima y terceros, según los roles que desempeñen, a quién le compete el acontecer relevante, por sí solo o junto con otros; es decir, ha de determinarse quién o quiénes han quebrantado su rol al administrarlo de modo deficiente, lo que los lleva a responder penalmente.³⁶

En otras palabras, la teoría de la imputación objetiva es un conjunto de *topois*, útil para la interpretación de éste o aquél tipo, incluso a veces para grupos de tipos, se trata de una crítica demasiado radical, pero no carece de cierta razón.³⁷

Si fue la víctima quien quebrantó su rol, ella debe asumir el daño; y si todos se comportan conforme al rol asignado, sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia o infortunio. La teoría de la imputación objetiva, por tanto, rige tanto para los delitos dolosos como para los delitos imprudenciales. El rol funciona como límite de responsabilidad. Quien se mantiene dentro de los límites de su rol no responde de un curso lesivo.³⁸

Es importante manifestar que de acuerdo con un importante sector de la doctrina penal, ha de rechazarse tal criterio de la teoría de la adecuación social, por su imprecisión, y, sin olvidar

³⁵ *Idem.*

³⁶ López Díaz, Claudia, "Acciones a propio riesgo", *Revista CENIPEC*, Universidad Externado de Colombia, consultado el 06 de mayo de 2009.

³⁷ Kaufmann, Arm, *Jescheck-FS*, p. 271.

³⁸ *Idem.*

su relevancia en la propia imputación objetiva, e incluso en la interpretación de los tipos penales debe reconocerse su escasa utilidad para restringir los tipos penales, lo cual se logra mejor a través de los criterios de interpretación ya reconocidos con la teleología.³⁹

Se ha dicho que el primero en usar el concepto correspondiente al término “imputación”, traducido del alemán como *Zurechnung* fue Samuel Puffendorf en 1660, y que este término fue después recogido por Kant, Hegel, Binding y otros. Así pues, se venía utilizando por los romanos con Cicerone, Fedro, Plinio, entre otros, justo en el mismo sentido en el que se usa todavía hoy, no sólo en los países de lengua latina, sino también en aquellos de lengua anglosajona.⁴⁰

Gracia Martín menciona que el mérito que hay que reconocer a Roxin es pues, y sólo, que con su genio haya logrado introducir un cierto equilibrio en todo ese caos tópico, que constituye también para él, el marco dentro del cual desarrolla su obra dogmática y político-criminal. En lo particular, en la obra de Roxin, y no en otro lugar, se encuentra ya el origen y la posterior evolución de ese caos tópico del cual la moderna teoría de la imputación objetiva que es precisamente un exponente paradigmático, porque ella es una doctrina tópica por excelencia.⁴¹

Es pertinente también el comentario de Reglero Campos, quien afirma que la causalidad adecuada constituiría el criterio de imputación objetiva de mayor relevancia, en cuanto funcionaría con carácter general. Puede decirse que en la práctica

³⁹ Jorge Barreiro, Agustín, *Imprudencia*, p. 51.

⁴⁰ Schünemann, Bernd, *Consideraciones sobre la imputación objetiva*, Buenos Aires, Add-Hoc, p. 221. Documentos de trabajo de la Universidad de Belgrano, consultado el 22 de mayo de 2009.

⁴¹ Rueda Martín, María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Bosch, pp. 10 y ss.

todo excursus relativo a la imputación objetiva conduciría a la aplicación de este criterio.⁴²

I. LA IMPUTACIÓN EN PUFENDORF

Las raíces de su genuina autenticidad se remontan en el pasado a épocas donde primaba el iusnaturalismo, observando alguna idea de “imputación”, aunque todavía no se conocía con el sentido que se le da en la actualidad, no se puede desprender el concepto de *imputatio* del contexto en que se hallaba el iusnaturalismo de su tiempo; sin embargo, es a él a quien le cabe introducir los puntales de la ciencia del derecho, tal como se conocen.⁴³

El alcance del término “imputación” se encuentra reflejado en el axioma que pueda guiarse por una norma moral, y cuyo acontecer o no acontecer está al alcance de la persona, puede ser imputada a esa persona, y a la inversa, no puede imputarse a una persona aquello que ni considerado en sí mismo ni en su causa está a su alcance; de este modo, Pufendorf realizaba una clara distinción entre la capacidad que se tiene y la capacidad que no se tiene al momento del suceso.⁴⁴

Este pensador le agregaba al concepto de *imputatio* un presupuesto: la *imputativitas*, siendo este el presupuesto material de imputabilidad determinando la relación de pertenencia con la acción libre; de allí que no se puede comprender el concepto de *imputatio* en toda su dimensión sin contar con este presupuesto, siendo que se sigue la afirmación de que no hay *imputatio* sin *imputativitas*, entendida ésta como sentido de pertenencia de la acción libre del autor.⁴⁵

⁴² Reglero, Campos (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, p. 349.

⁴³ Carrizo, Rubén Omar, *El problema de la imputación en materia penal*, p. 33.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Carrizo, Rubén Omar, *El problema...*, *cit.*, p. 34.

II. LA IMPUTACIÓN EN KANT

Este autor refiere que se llama acto a una acción en la medida en que está sometida a las leyes de la obligación, por lo tanto, también en la medida en que se considera al sujeto en ella desde la perspectiva de la libertad de su arbitrio, a través de un acto semejante se considera al agente como autor del efecto, y éste junto con la acción misma pueden imputársele cuando se conoce previamente la ley en virtud de la cual pesa sobre ellos una obligación.⁴⁶

Por ello, Kant define a la persona como aquel sujeto cuyas acciones son imputables en sentido moral, es el juicio por medio del cual alguien es considerado autor de una acción, que entonces se llama acto y está sometida a las leyes; dicho juicio podrá ser meritorio, debido o delito moral; para Kant, la noción de imputación está íntimamente ligada a la idea de juicio de atribución, esto es el sujeto capaz de imputársele el hecho.⁴⁷

III. LA IMPUTACIÓN EN HEGEL

En la filosofía idealista de Hegel se asienta la actual construcción de la llamada teoría de la imputación objetiva, el concepto de imputación en Hegel es parte de su teoría de la acción. De este modo, vuelve a aparecer con el idealista alemán como un elemento estructural del suceso, como una característica interna de la acción aparece por primera vez un proyecto de conformación del mundo exterior manifestado en la acción y que comprendería la actividad inmediata del sujeto, los resultados y los sucesos derivados, en cuanto se sitúan con esta en un nexo teleológico, en cuanto es dominada por la voluntad y se realiza con un fin.⁴⁸

⁴⁶ *Ibidem*, p. 35.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ Carrizo, Rubén Omar, *El problema...*, *cit.*, p. 36.

La acción se presenta en él como una totalidad plena de sentido como una unidad de sentido, para la cual es decisiva la dirección final de la acción y no la pura causalidad. Con ello, Hegel le adosa seguidamente el elemento subjetivo, es decir

lo querido por mí, mi intención, dado que en el hecho de que sólo reconozco lo que pertenecía a mi representación radica el tránsito a la intención, ya que la concepción del filósofo alemán parte del derecho de la voluntad sobre un hecho suyo que se reconozca como acción propia y final lo que lleva a establecer esta comunión de ambos momentos, el objetivo y el subjetivo.⁴⁹

IV. LA IMPUTACIÓN EN LOS POSHEGELIANOS

El concepto de imputación tuvo algo de continuidad después de Hegel, ya que el concepto de acción agota toda la esencia de la imputación, siendo que la imputación consiste en un juicio que afirma la existencia de una acción real; es decir, “en la comprobación de que lo ocurrido era querido por el sujeto”. La interpretación de la imputación que hicieron los hegelianos del siglo XIX estaba asociada estrechamente a la teoría de la acción, por lo que se deducía que el problema de la imputación no podía desvincularse del problema del valor moral de la acción.⁵⁰

V. LA IMPUTACIÓN EN KELSEN

La idea de imputación pronto caería en el olvido hasta los inicios del siglo XX, cuando Kelsen la vuelve a aplicar en su Teoría pura del derecho, con una connotación distinta a la que guardaba en la concepción hegeliana. La partición tajante entre el mundo de la naturaleza y el mundo normológico causalidad e imputación identifican ambos campos: el del ser y el del de-

⁴⁹ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 37.

ber ser, respectivamente; opone el concepto de imputación al de causalidad, al establecer que la imputación tiene un punto final, mientras que la causalidad no lo tiene.

Siendo que se pronuncia por el término de libertad el hecho de no estar sometido al principio de causalidad, ya que esta ha sido concebida en su origen al menos como necesidad absoluta, ya que el hombre no es libre sino en la medida en que es su conducta, a pesar de las leyes que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación.⁵¹

En este sentido, Kelsen hace referencia a la causalidad como principio ontológico, abordando por otra parte a la imputación como categoría gnoseológica, ya que para lo jurídico guarda esta última siendo que no se necesita en el campo del derecho una relación causal.⁵²

En la descripción de un orden normativo de la interacción humana se utiliza un principio ordenador diferente de la causalidad, que puede ser denominado “principio de imputación” (atribución); imputable es quien es castigado por su comportamiento; es decir, aquel que puede ser responsabilizado; mientras inimputable es aquel que, por la misma conducta por ser menor de edad, o enfermo mental no es castigado; esto es, que no puede ser responsabilizado por ella.⁵³

La imputación que recibe expresión en el concepto de imputabilidad no es, como supone la teoría tradicional, el enlace de una determinada conducta con el hombre que la lleva a cabo; la imputación que recibe expresión en el concepto de imputabilidad es el enlace de determinada conducta, a saber: un delito, con su consecuencia punitiva. Por ello, en los enunciados jurídicos con los que describe ese fenómeno no se utiliza el principio de causalidad, sino un principio que, como demuestra este análisis, puede ser caracterizado como imputación.⁵⁴

⁵¹ *Ibidem*, p. 39.

⁵² *Idem*.

⁵³ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, p. 96.

⁵⁴ *Idem*.

La forma lingüística en que se formulan tanto el principio de causalidad con el de imputación es la de una proposición condicional en la cual una determinada condición es conectada con determinada consecuencia. Imputación es el término que designa una relación normativa; esta relación se expresa mediante el verbo “deber”, en la forma que es utilizado en las leyes morales o jurídicas.⁵⁵

La distinción fundamental entre imputación y causalidad, en el hecho de que existe, por cierto, un término final de la imputación, pero no un punto final de la casualidad, se funda en la contraposición entre la necesidad dominante en la naturaleza, y la libertad que se constituye dentro de la sociedad, y que es esencial para las relaciones normativas de los hombres.

El ser libre, y en consecuencia responsable, tiene un sentido que responsabiliza a un hombre, moral o jurídicamente, por su comportamiento, sea lícito o ilícito, en el sentido de ser aprobado o desaprobado; en otras palabras, cuando la conducta humana es interpretada según una ley moral o jurídica, como un servicio, un pecado o un delito, atribuyendo al servicio un premio, al pecado una penitencia y al delito una sanción; esa atribución o imputación encuentra en la conducta humana interpretada como servicio, pecado o delito, su término final.⁵⁶

Una de las diferencias de la imputación con la causalidad, según Kelsen, por tres razones principales. La primera de ellas es la ley que expresa la relación de causalidad no es considerado de modo arbitrario, para la imputación la ley es totalmente arbitraria; la segunda es, mientras que la relación causal es infinita, para la imputación el hecho no está condicionado y no es condición en el ámbito de otra relación de imputación; la tercera, en la relación de causalidad si existe el vínculo entre la causa y el efecto, en la imputación no hay ningún nexo.⁵⁷

⁵⁵ Kelsen, Hans, *Teoría pura del...*, cit., p. 104.

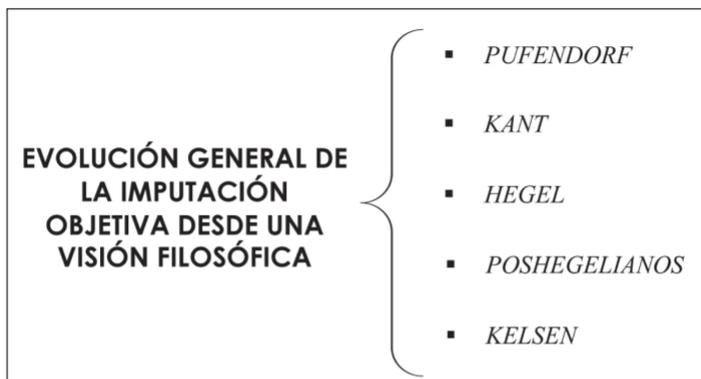
⁵⁶ *Ibidem*, p. 105.

⁵⁷ La Torre, Massimo, *op. cit.*, p. 301.

En esta tesis, la casualidad y la imputación, dos tipos distintos de una interrelación funcional, esto es, dos diferentes tipos en los cuales están enlazados dos hechos dados en calidad de condición y consecuencia; la diferencia entre ambas consiste en que la imputación, que es la conexión entre un determinado comportamiento como condición y la sanción como consecuencia, la cual se describe en una ley moral o del derecho se produce a través de un acto volitivo, cuyo sentido es una norma.⁵⁸

En la causalidad, que es la relación existente entre causa y efecto, la cual se describe en una ley natural, es independiente de este tipo de intervención; otra diferencia entre casualidad e imputación radica en que cada causa concreta tiene que verse como efecto de otra causa, y cada efecto concreto tiene que concebirse como causa de otro efecto, de manera que la cadena de causas y efectos es infinita en ambas direcciones, de acuerdo con la esencia de la causalidad.⁵⁹

Esquema 1



⁵⁸ Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, México, Trillas, p. 41

⁵⁹ *Idem.*

VI. REFLEXIÓN

De lo antes comentado, se desprende que la imputación objetiva, término que fue utilizado desde los idealistas alemanes, refleja por un lado la libertad de la persona dentro de su rol social, y por otro trae como estudio el comportamiento de la víctima del delito. La imputación objetiva es una teoría que nunca debió caer en desuso, ya que los autores alemanes consideraban que el término “imputación” era un juicio de atribución por medio del cual una persona realiza una conducta. Lo importante del tema es que se ha analizado desde esa época la libertad con que la persona desempeña sus funciones dentro de la sociedad, y trae como consecuencia que hoy en día se analice de acuerdo con la doctrina alemana, española y en México con diferentes doctrinarios el estudio de la imputación objetiva, realizando una valoración del comportamiento de la víctima, y como su conducta puede ocasionar una lesión a un bien jurídico tutelado por el propio descuido del tutelar de ellos.

El análisis de cada uno de estos autores sirve como guía para aclarar el comportamiento de la víctima dentro de su rol social, y además, que el hecho de que la propia doctrina cayó en desuso y no terminó de explorar el comportamiento del tutelar de los bienes jurídicos no quiere decir que nuestro sistema penal no acepte hoy en día imputar a la víctima por su descuido un resultado, que en su momento será estudiado en el presente trabajo.

VII. EL LIBRE ALBEDRIO

Sobre esta base, se entiende la conciencia de la libertad como conciencia de actuar de acuerdo con su propia personalidad. Si la libertad, entendida de un modo determinista, consiste en actuar de acuerdo con la propia personalidad, ésta ha de valer tanto para el autor como para el legislador que ha de decidir sobre lo que es lícito e ilícito.⁶⁰

⁶⁰ Welzel, Hans, *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, Editorial B de F, p. 33.

El pensar no es sólo un proceso real que se desarrolla en un momento determinado, sino que tiene también un contenido, en el que se piensa, y la auténtica esencia del pensamiento consiste en adquirir conciencia de ese contenido. El conocer no depende ya sólo de la voluntad de que piensa, sino, en la misma medida, del objeto en que se piensa.⁶¹

Los actos de conocimiento están determinados tanto por el objeto de conocimiento como por el sujeto cognoscente. En la relación del conocimiento entre el acto y el objeto del conocimiento se advierte lo que se quiere decir con el concepto de la libertad, siendo que el acto de conocimiento es libre de determinantes causales para que sea posible una determinación conforme al sentido, de acuerdo con el objeto de conocimiento.⁶²

Es cierto que el concepto de la libertad implica que la ejecución del acto de conocimiento tiene que estar libre de determinantes causales pero el curso del pensamiento está determinado por las razones evidentes del objeto. El curso del pensamiento no está indeterminado, sino completamente determinado, no por causas ciegas, sino por razones videntes.⁶³

La conducta humana se desarrolla no sólo en el mundo de la fuerza o intensidad de los impulsos, sino también en un mundo pleno de significación, en el cual los motivos comprenden criterios de sentido, según los cuales el hombre, como ser espiritual, se asigna un lugar y una tarea que se hace vinculante para su conducta y su obra.⁶⁴

“Para Engisch, la libertad de poder obrar de otro modo significa sólo la posibilidad de obrar de otro modo después de haber sufrido la pena o con otras palabras la capacidad de ser influenciado por la pena”.⁶⁵

⁶¹ *Ibidem*, p. 35.

⁶² *Ibidem*, p. 38.

⁶³ *Ibidem*, p. 39.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 42.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 45.

En lo personal, la víctima tiene libertad desde el momento en que tiene conocimiento y voluntad de someterse dentro de su rol social a la realización de una conducta que puede ocasionar por su comportamiento una lesión al bien jurídico tutelado, situación que cuando cayó en desuso el término imputación se analizó desde otra óptica, ya que el casualismo se preocupó más por la conducta del sujeto activo y analizar los elementos que componen el nivel subjetivo del tipo penal, apartándose de los mismos elementos, pero desde una visión del tutelar de los bienes jurídicos.

VIII. LA VISIÓN DE ROXIN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Claus Roxin retoma los principios del pensamiento de Hegel y Kant, los cuales habían quedado interrumpidos en el periodo de entreguerras, especialmente por el nazismo, y los desarrolla sistemáticamente bajo las bases de la política criminal y de la moderna teoría de los fines de la pena, la cual se enmarca a su vez dentro de los principios rectores de un Estado social y democrático de derecho.⁶⁶

Dos son las innovaciones centrales del funcionalismo para dar un cambio casi copernicano a la teoría del delito: la teoría de la imputación al tipo objetivo y la teoría del delito, denominada responsabilidad, la cual se compone de la culpabilidad y la necesidad de imponer la pena.⁶⁷

En el funcionalismo, el tipo objetivo se debe interpretar teleológicamente, estableciendo si la conducta en particular está dentro del radio de reprohibición que el legislador quiso plasmar al emitir el tipo. Al efecto, se han desarrollado una serie de criterios normativos que estaban esparcidos por la teoría del delito

⁶⁶ Díaz Aranda, Enrique, *Teoría del delito*, Editorial Straf, p. 56.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 57.

sin conexión alguna, para reunirlos en lo que se ha denominado como teoría de la imputación objetiva del resultado.⁶⁸

En esta tesitura, las principales aportaciones del maestro alemán son la reorientación de la teoría del delito bajo criterios de política criminal, principalmente basados en los fines de la pena; la conducta se fundamenta en su significado social; el tipo objetivo se delimita a través de criterios de imputación normativa, y se engloba a la culpabilidad y a la necesidad de la pena en una sola categoría, denominada responsabilidad personal.⁶⁹

Partiendo de la idea, para Roxin, a quien se le considera el máximo representante de la imputación objetiva vinculada a lo que hoy se le llama “principio del riesgo”, sintetiza la teoría de la imputación objetiva del siguiente modo

un resultado causado por el sujeto que actúa, sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo.⁷⁰

Como punto de vista y partiendo de la idea del máximo exponente en Alemania de la imputación objetiva crea de manera semántica el término “riesgo” para referir el comportamiento tanto de acción como de omisión de la conducta del ser humano. Hay que recordar que parte de la teoría de la imputación objetiva subsana lo que el finalismo no podía concretar al entrar al estudio del comportamiento de una conducta típica que los tipos penales culposos y los delitos de omisión al analizar la calidad de garante de la persona. Además, cuando se habla de riesgo permitido o prohibido, que es donde parte la teoría del maestro alemán, se toman como valoración los factores norma-

⁶⁸ *Ibidem*, p. 58.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 59.

⁷⁰ Vélez Fernández, Giovanna, *op. cit.* (1).

tivos, no ontológicos, siendo que para crear una situación no permitida se analizan los criterios permisibles, como los conocimientos especiales, la *lex artis* y el nexa causal; esto es, la relación de la conducta que realiza la persona tiene que ver con el resultado ocasionado por ella, no por factores externos o terceros que incrementen la lesión al bien jurídico tutelado por la norma.⁷¹

El punto de partida de Honing es la vieja pugna entre teoría de la equivalencia y teoría de la adecuación, pero inmediatamente lleva la discusión a otro terreno al constatar que en la ciencia del derecho no es posible que lo único que importe sea la comprobación del nexa causal en sí, sino que hay que discutir la explicación de una determinada propiedad, que corresponde a las exigencias del orden jurídico, del nexa existente entre acción y resultado.⁷²

En otras palabras, la cuestión jurídica fundamental propiamente dicha no consiste en averiguar si se dan determinadas circunstancias, sino en establecer los criterios conforme a los cuales se quiere imputar determinados resultados a una persona. Pero el mismo criterio de la imputación precisa un análisis más exacto. Si se le examina más de cerca, se verá que el criterio de la posibilidad de dominio a través de la voluntad humana, en el que se basa la finalidad objetiva, sólo aparentemente está orientado a la facticidad del poder.⁷³

Así pues, la posibilidad objetiva de pretender un curso causal dañoso depende de si la conducta de la persona en cuestión crea o no riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico. Igualmente, la posibilidad objetiva de pretender

⁷¹ *Idem*, Giovanna. Menciona que Roxin propuso una serie de criterios normativos, cuyo denominador común está en el principio de riesgo, según el cual, partiendo del resultado, el tema estaba en determinar si la conducta del autor creó o no un resultado jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dichos resultados. Toma en cuenta que la denominación de riesgo permitido se define como el estado normal de interacción; es decir, como el vigente *statu quo* de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses.

⁷² Roxin, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, Reus, p. 128.

⁷³ *Ibidem*, p. 130.

al principio del riesgo facilita una división del criterio que podría permitir elaborar para los delitos de resultado una teoría general de la imputación completamente desligada del dogma causal.⁷⁴

Por consiguiente, partiendo del estudio del comportamiento del delincuente, el maestro alemán realiza una gran aportación al cuestionar el comportamiento de la víctima del delito, al grado de incorporar a la doctrina dos denominaciones que el mismo Jakobs aceptó posteriormente, las cuales son la autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida, que se tratarán en su momento al entrar al análisis de la víctima y su responsabilidad en las actividades riesgosas que realiza dentro su ámbito.

Roxin trata al injusto penal como una condición sistemática y dogmáticamente condicionado por dos elementos antagónicos del estado de derecho; por un lado, la protección del individuo y la sociedad; por otro, la garantía de la libertad de los ciudadanos frente a reacciones desproporcionadas por parte del Estado.⁷⁵

Por tanto, la prevención general y la limitación de la pena dominan el injusto como categoría sistemática. Los aspectos preventivos especiales hacen su aparición en la siguiente fase de la elaboración del delito, en la que se trata de la responsabilidad del autor. Igualmente, el injusto es la realización de un riesgo no permitido para un bien jurídico penal en el ámbito del alcance del tipo; es desde luego, una concepción preventiva general.⁷⁶

Por ello, el maestro alemán aterriza la teoría de la imputación objetiva, como parte de la tarea del derecho penal, que es la evitación de riesgos para el individuo y la sociedad, y concluye que la moderna teoría de la imputación objetiva se ha elaborado a partir del principio de la realización de un riesgo no permitido comprendido en el ámbito típico, desconocida todavía por el

⁷⁴ *Ibidem*, p. 131.

⁷⁵ Roxin, Claus, *La evolución del la política criminal*, p. 44.

⁷⁶ *Ibidem*, 45.

finalismo, pero que hoy es la teoría dominante en Alemania y representa la doctrina más importante y con mayor acogida en la etapa posterior al finalismo.

Asimismo, para Roxin la imputación objetiva no debe apartarse de la teoría del incremento del riesgo, la cual es una manipulación dogmática para poder punir ciertas tentativas imprudentes, sobre todo en ámbitos no cubiertos por los delitos de riesgo, como puede ser el médico quirúrgico, donde la mayoría de las veces es complejo dilucidar si el resultado es consecuencia de la conducta imprudente del médico o del riesgo natural de la enfermedad.⁷⁷

Así, la doctrina alemana ha llegado a la conclusión de que los problemas político-criminales que intenta solucionar la teoría del incremento del riesgo sólo se pueden lograr mediante una reforma legislativa. No apartándose que la política criminal se fija en problemas, razones o intereses concretos que existen en la realidad, y de la ponderación de esas razones e intereses concretos surge el derecho.⁷⁸

Finalmente, la teoría de la imputación objetiva pretende superar el papel de las teorías de la causalidad adecuada y de la causalidad relevante para el tipo. Se encuentra asentada en la literatura la idea de que estas teorías de la casualidad eran en realidad teorías primitivas de la imputación. En esta concordancia, las teorías causales, hasta las más puras, fueron, en realidad, teorías de la imputación.⁷⁹

IX. LA VISIÓN DE GÜNTHER JAKOBS

Jakobs elabora el sistema más coherente que se ha opuesto al de su maestro Welzel, en la medida en que rechaza por naturalistas y facticistas los presupuestos de carácter ontológico sobre

⁷⁷ Feijoo Sánchez, Bernardo, *Teoría de la imputación objetiva*, Ángel Editor, p. 40.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 41.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 49.

los que Welzel había construido su sistema, y desarrolla una teoría dogmática de la imputación exclusivamente normativa, cuyo fundamento teórico reside en la teoría del sistema social.⁸⁰

La dogmática jurídico-penal de base ontológica quiebra, dice, y en su lugar hace su aparición un principio preventivo general orientado al mantenimiento del sistema social. La pena está al servicio del ejercicio de la fidelidad al derecho; esto es, a lo que hoy se llama prevención general positiva, y la elaboración conceptual penal se realiza conforme a exigencias preventivo-generales.⁸¹

Para Jakobs, la imputación objetiva es un elemento común a toda clase de injusto. Sostiene el catedrático de Bonn que tanto en caso de concurrir dolo como imprudencia es el significado general y, por tanto, objetivo, el que interesa desde el punto de vista social, precisamente porque lo decisivo es que se trata de hechos que producen una perturbación social, y no de peculiaridades individuales.⁸²

La visión de Jakobs, es debido a que su teoría de la relación específica de imputación objetiva puntualiza el concepto de acción. Por ello, la normativización que ha supuesto la teoría de la relación objetiva de imputación no tiene por objeto algo que esté al margen de la acción, sino que se refiere a la propia acción.⁸³

La postura extrema de un normativismo igual que la visión de Roxin, aterriza con Jakobs cuando valora la teoría de la imputación desde los principios que llama el doctrinario como la compensación de culpas, principio de confianza, prohibición de regreso y la competencia de la víctima rector en nuestro tema de tesis, ya que también Jakobs entra al estudio del comporta-

⁸⁰ *Ibidem*, p. 51.

⁸¹ *Idem*.

⁸² Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Melia, Ángel, pp. 20 y ss.

⁸³ Jakobs, Günther, *El concepto jurídico penal de la acción*, trad. de Manuel Cancio Melia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 8.

miento de la víctima en las conductas realizadas dentro de su comportamiento.⁸⁴

Formulada en términos muy elementales, la teoría viene a decir, —al objeto de facilitar los contactos sociales, dado que si todos tuvieran que cuidar de toda la vida social se paralizaría—, que el derecho penal tiene que establecer normativamente cuándo es el primer caso; esto es, qué acontecimientos en los que el sujeto interviene le son imputados. Una forma de hacerlo es considerando al sujeto no como individuo, sino como portador de un rol.⁸⁵

Si lo relevante es el rol o posición en que el ordenamiento jurídico coloca al sujeto, pasará también a un segundo plano, como ocurría con la causalidad y el dolo entendidos de manera natural frente a la imputación objetiva, si la defraudación del sujeto en el rol impuesto por el ordenamiento jurídico se ha producido por acción u omisión, que resultan equiparadas a través del concepto acuñado, según el cual tan imputable es el daño producido por el sujeto mediante un comportamiento activo como el producido porque no ha atajado un peligro originado en su esfera de organización, de la que debe cuidar.⁸⁶

Para Jakobs, la teoría de la imputación objetiva cumple un papel fundamental, que permite determinar los ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito. Así, faculta constatar cuando una conducta tiene carácter delictivo. La teoría de la imputación objetiva se divide, para Jakobs, en dos niveles: a) la calificación del comportamiento típico; b) la constatación en el ámbito de los delitos de resultado de que el resultado producido queda explicado por el comportamiento objetivamente imputable.⁸⁷

⁸⁴ Rusconi, Maximiliano, *Algunas reflexiones sobre la victimodogmática*, en [www.alfonsozambano.com/doctrina penal](http://www.alfonsozambano.com/doctrina_penal), consultado en septiembre de 2008.

⁸⁵ Cuello Contreras, Joaquín, “Fundamentos para un sistema lógico funcional de derecho penal”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Universidad de Extremadura, consultado el 28 de agosto de 2008.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ Vélez Fernández, Giovanna, *op. cit.*, consultado en noviembre de 2008.

Jakobs propone cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de establecerse el juicio de tipicidad. La primera de ellas habla del riesgo permitido, el cual se define como el estado normal de interacción; es decir, como el vigente estatus de libertades de actuación; el segundo, el principio de confianza, determina cuándo existe, con ocasión del desarrollo de un actividad generadora de un cierto riesgo, la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también intervienen en la actividad, y cuándo se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos.⁸⁸

El tercero, el principio de prohibición de regreso, satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamientos imprudentes como dolosos, con base en criterios objetivo-normativos. De este modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación punible; por último, el cuarto supuesto, la competencia de la víctima, el cual se pretende tener la intervención de la víctima en el suceso. En este punto, la teoría de la imputación objetiva implica la introducción de elementos valorativos que determinan cuáles son los límites de la libertad de actuación; implica, en este sentido, el establecimiento de esferas de responsabilidad.⁸⁹

Como punto de vista, la llamada competencia de la víctima como principio del doctrinario alemán ya mencionado, y Roxin, que la incluye desde otra semántica en lo que él llama autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, se desarrolla tomando como base el comportamiento de la víctima dentro de la actividad riesgosa; de ahí emana lo que ahora se denomina principio de autorresponsabilidad de la víctima, el cual vincula la palabra “libertad” en el comportamiento deseado por parte de la persona que da su consentimiento en la actividad riesgosa.

Una de las aportaciones de Jakobs al funcionalismo penal es la visión que se tiene del concepto de acción, el cual se ha con-

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ *Idem.*

figurado bajo la introducción del elemento de la evitabilidad en el seno del concepto de acción, de manera que el autor sostiene que la acción es un comportamiento exterior evitable. Jakobs, precursor de un normativismo extremo, muestra cómo el concepto de acción y la imputación de la culpabilidad, y ésta a su vez presupone la imputación del injusto, son lo mismo; esto es, el comportamiento, en cuanto suceso psicofísico, debe ser objetivamente imputable, evitable y culpable. Este planteamiento supone una revolución al plano de la teoría del delito, sobre la base de un derecho penal de culpabilidad.⁹⁰

En este sentido, la teoría de la imputación objetiva tiene por tarea precisar a qué ámbito de competencia puede atribuirse una determinada conducta porque el suceso puede ser explicado como obra exclusiva del autor, como obra exclusiva de la víctima, como obra de los dos, o como suceso fortuito o desgraciado; así las cosas, la víctima puede ser objeto de imputación penal.⁹¹

La configuración de un contacto social compete no sólo al autor, sino también a la víctima, y ello incluso en un doble sentido; es decir, puede que su comportamiento fundamente que se le impute la consecuencia lesiva a ella misma, y puede que se encuentre en la desgraciada situación de estar en la posición de víctima por obra del destino o por el infortunio.⁹²

Existen, por tanto, supuestos en los cuales la víctima puede todavía ejercer un mínimo de protección de sus propios bienes jurídicos, y este ejercicio de autoprotección puede ser, incluso efectivo; esta lesión de deberes de autoprotección es denominada actuación a propio riesgo.⁹³

⁹⁰ Jakobs, Günther y Polaino Navarrete, Miguel, *Las condiciones de juridicidad del sistema penal*, Editorial Grijley, p. 85.

⁹¹ Jakobs, Günther, *Tratado de derecho penal. Parte general fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, pp. 9 y ss.

⁹² *Idem*.

⁹³ Jakobs, Günther, *Tratado de derecho...*, *cit.*, p. 34

De igual forma, el ilícito penal está presente cuando alguien se arroja un ámbito de competencia ajeno, siendo que no habrá por tanto ilícito penal cuando, con división de trabajo, ha sido la propia víctima quien ha configurado y modelado su propia autolesión.⁹⁴

Finalmente, si al momento de la realización del riesgo es la víctima la que tiene el deber de evitación del resultado, porque la administración del peligro ha entrado dentro de la órbita exclusiva de su competencia, el suceso puede ser explicado como su obra y no como la obra de un tercero. En este caso, es la víctima quien ha defraudado las expectativas que nacen de su rol; es decir, los deberes de autoprotección que a ella le son exigibles, como principal garantía de la protección de sus propios bienes.⁹⁵

El sistema de Jakobs, cercano a una perspectiva kelseniana, establece la imputación objetiva como una conexión existente que vincula a un hecho y una persona, sobre un basamento normativo.

Aunque en Jakobs aún persiste la vinculación con la teoría de la acción, concebida ésta como parte de la teoría de la imputación, de allí sigue la afirmación de que el significado de una conducta es su posición en el contexto social.⁹⁶

1. *Punto de vista*

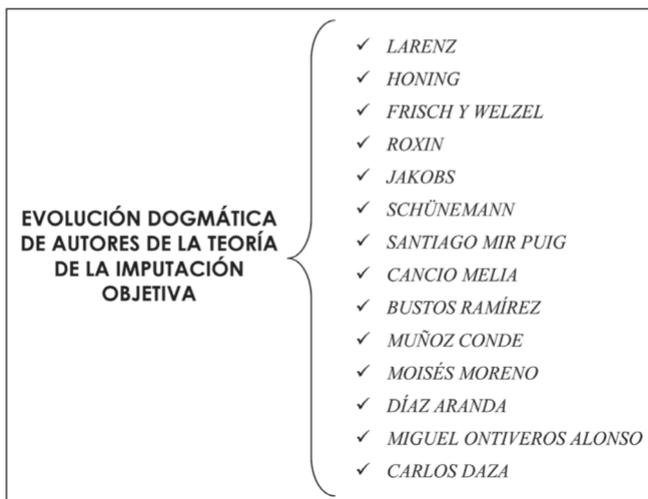
Se observa cómo el análisis de Jakobs se enfoca en el estudio de la determinación del riesgo en el rol de comportamiento de la víctima para poder determinar qué protagonista ocasionó la lesión al bien jurídico tutelado o en su momento fue el propio tutelar de los bienes jurídicos el que reprocha su propia lesión.

⁹⁴ Jakobs, Günther, *La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en el caso de muerte*, p. 4.

⁹⁵ Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Melia, Buenos Aires, Add-Hoc, 1996, pp. 31 y ss.

⁹⁶ Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, p. 201.

Esquema 2



X. PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS EN LA LLAMADA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Si se sujeta la teoría de la imputación objetiva a la ponderación de principios, se ha de tomar en cuenta la visión que Hegel tenía sobre el desempeño de la víctima en sociedad, ya que emana de un principio de autorresponsabilidad de la víctima, lo que ocasiona el estudio de la autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, como el principio de competencia de la víctima. La prioridad del principio de autorresponsabilidad de la víctima juega un papel importante en la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, ya que se condiciona la prioridad del principio de libertad de la víctima a la actividad riesgosa.⁹⁷

⁹⁷ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Universidad Externado de Colombia, p. 95. Menciona que los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como consecuencia, los prin-

Ponderar la actividad de la víctima en las actividades que realiza, sujeta a un examen al peso que resulte de la aplicación de cada principio aplicable al caso determinado; sin embargo, siguiendo la doctrina de los máximos exponentes del funcionalismo, la trascendencia del estudio de la generación del riesgo de la víctima entra al estudio de la ponderación del principio de libertad traducido como autorresponsabilidad de la víctima, el cual genera la anulación de la pena al inculpado o la atenuación de la misma.

En esta tesitura, valorar de acuerdo con principios como mandatos no derogables, y que se aplican a cada caso en particular, depende de la generación de riesgo de la víctima, ya que existe libertad de la víctima en sujetarse a un conocimiento y voluntad de la conducta generada, los mismos elementos que se deben estudiar cuando se imputa una conducta al sujeto activo, se estudia el mismo principio; sin embargo, se pondera de qué lado el principio prevalece al aplicar la teoría del riesgo, ya que la generación del riesgo depende de la víctima como accionante del principio de autorresponsabilidad.⁹⁸

XI. PONDERACIÓN DE DERECHOS EN LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Cuando se habla de imputación, se tiene que referir a la ponderación de derechos; esto es, se sujeta a la víctima a un mayor protagonismo en la actividad que desempeña. Lo novedoso de la teoría en comento, es que se valora el comportamiento de la

principios son mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados, y de que la medida ordenada en que deben cumplirse, no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 103. Menciona que la ponderación resulta indispensable cuando el cumplimiento de un principio significa el incumplimiento del otro; es decir, cuando un principio únicamente puede realizarse a costa del otro. Cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro.

víctima en la intervención del resultado de una conducta típica ponderando los derechos de cada protagonista al momento de violentar la norma penal.

El derecho que tiene la víctima de comportarse como un ser humano que tiene conocimiento y voluntad en sujetarse a la actividad riesgos puede llegar a lesionar ciertos derechos, como la vida, la libertad, el libre tránsito; sin embargo, cuando se lesionan los bienes jurídicos del tutelar de éstos, se realiza una ponderación de si efectivamente al tutelar de los bienes se le violenta algún derecho cuando es él mismo el que pone en riesgo sus derechos fundamentales. En este sentido, se debe tomar en cuenta para un análisis más adelante de responsabilizar a la víctima de acuerdo con cada caso particular por la violación de derechos que el mismo tutelar pone en riesgo.⁹⁹

XII. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA FRENTE AL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DE LA NORMA

El primer paso que se ha de realizar para poder decidir sobre cuáles serán los fines de la norma infringida es concretar qué es lo que se entiende por norma en relación con este criterio de imputación. La doctrina en ningún caso ha definido expresamente cuál es el contenido de esa norma. Un sector doctrinal habla de esta norma en el sentido de norma penal, entendiendo por norma penal lo descrito en el tipo; otros la conciben como norma de cuidado, en el sentido de deber objetivo de cuidado,

⁹⁹ Carpio Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, p. 373. Menciona que la ponderación o *balancing* es una técnica que puede distinguirse como una actividad de decisión de un conflicto entre derechos o entre estos y los principios. Igualmente, la ponderación debe entenderse como una técnica de argumentación explicitada en una sentencia; a la decisión en sí o, lo que es lo mismo, a la solución correctamente argumentada, conforme al criterio de que cuanto mayor sea el grado de perjuicio del principio que ha de retroceder, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento del principio que prevalece.

siendo que la mayoría de los autores le dan indistintamente un contenido u otro.¹⁰⁰

La protección de bienes jurídicos implica que existen bienes previos al derecho penal, o constituidos por éste: la vida, el cuerpo, la propiedad; pero también el funcionamiento de los órganos estatales y otros de cuya integridad el derecho penal debería ocuparse. La protección de bienes jurídicos debe garantizar una protección de los bienes frente a ataques humanos; dicho con mayor exactitud, frente a ataques realizados por personas en sentido jurídico penal.¹⁰¹

La pena no asegura bienes jurídicos, y mucho menos los repara, sino que asegura la vigencia de la norma. La dicha protección de bienes jurídicos en todo caso se obtendrá como resultado mediato. De igual forma, la idea del derecho penal como protección de bienes jurídicos sólo puede significar que se protege a una persona o a la generalidad, en cuanto colectivo imaginado de todas las personas, en su relación con otra persona, contra la lesión de los derechos sobre sus bienes.¹⁰²

El término “lesión de un bien jurídico” sólo describe de modo muy incompleto esa situación, y también se percibe como cabe aprehender mejor el asunto, como infracción de un rol, como infracción de deber, y con ello se percibe qué es lo que protege el derecho penal en un sentido global: no bienes, sino la vigencia de la norma.¹⁰³

¿Qué protege la norma penal?, ¿los bienes jurídicos o la vigencia de la norma? ¿Puede proteger ambos? Partiendo de la visión del estudio del comportamiento de la víctima, se debe tomar en cuenta que de manera directa tutela los bienes jurídicos; sin embargo, no se aparta el criterio que para tutelar ciertos bienes debe estar vigente la norma que contempla los mismos.

¹⁰⁰ Corcoy, Bidasolo, *Imputación*, p. 62.

¹⁰¹ Jakobs, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Ángel Editor, p. 42.

¹⁰² *Ibidem*, p. 43.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 44.

Por ello, si el tutelar de los bienes, que es el accionante del comportamiento típico, y trata mediante un juicio de atribución al activo cierto reproche penal, no es menos cierto que la norma penal no se hace cargo de la tutela de bienes que son lesionados por el propio tutelar. Por esa razón, es de importancia manifestar que la vigencia de la norma forma un papel trascendental en el desempeño de la protección de bienes jurídicos, ya que si no existe una norma vigente dentro de nuestro sistema jurídico, carecería de toda validez en el ámbito de protección de los bienes que son lesionados por reproche, no por efectos de terceros o a causa del descuido de la propia víctima.¹⁰⁴

El derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos. En este punto, los representantes de la tesis de la protección de bienes jurídicos objetarán que ello de ningún modo debe ser una contraposición; por el contrario, dirán que lo decisivo es limitar el derecho penal a la protección de la vigencia de aquellas normas que prohíben afectar a un bien, y deslegitimar las demás normas, y, especialmente, aquellas que se caracterizan por proteger determinadas convicciones morales.¹⁰⁵

El derecho penal ya no garantiza la existencia de los bienes jurídicos en sí, sino sólo que las personas no ataquen esos bienes, y, de manera correspondiente, únicamente en esta medida se tratará de bienes jurídicos; lo demás, de meros bienes que pueden perecer. Esto conduce a una concepción más coherente. La muerte de una persona por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un bien jurídico.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Rusconi, *op. cit.* (16), menciona que el pensamiento de la imputación objetiva desarrolló hace más de treinta años la teoría del ámbito de protección de la norma. En el ámbito de esta teoría modernamente se analizan las contribuciones imprudentes a suicidios, autolesiones y autopuestas en peligro.

¹⁰⁵ Jakobs, Günther, *¿Qué protege el derecho penal: los bienes jurídicos o la vigencia de la norma?*, Universidad Autónoma de Madrid, Editorial Ediciones Jurídicas, p. 19.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 15.

Por este motivo, el derecho penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino a la protección de bienes contra ciertos ataques, y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecen en la lente del derecho, y son por consiguiente bienes jurídicos.¹⁰⁷

Partiendo de esta visión, también se obtiene una concepción coherente del ordenamiento jurídico: el derecho no es un muro de protección colocado alrededor de los bienes, sino que la estructura de la relación entre personas. Asimismo, el derecho penal como protección de bienes jurídicos significa que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona.¹⁰⁸

En lo particular, la victimodogmática forma un papel importante al valorar lo que la propia norma penal tutela, ya que si la generación del riesgo es provocada por el tutelar *prima facie* de los bienes jurídicos, el riesgo que genere la propia víctima al someterse a una actividad riesgosa debe ser sujeto de ponderación o *balancing* de la autoridad, sea administrativa o judicial, ya que la lesión al bien jurídico en su momento fue creada por la propia víctima tutelar en teoría de la garantía que tutela la norma, que son los bienes jurídicos.

Por ese motivo, la expresión “fin de protección de la norma” era utilizada con dos distintas concepciones. En primer lugar, los criterios se referían al alcance que tenía la norma objetiva de cuidado de los delitos imprudentes.

Por otro lado, el fin de protección de la norma hace referencia al alcance del tipo. Actualmente, sin embargo, Roxin recurre a la “expresión alcance del tipo”; así se asegura que a pesar de concurrir la realización de un riesgo permitido, la imputación aún puede fracasar porque el alcance del tipo, el fin de protección de la norma típica no abarca el resultado de la caracterís-

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ *Idem.*

tica que muestra ya el resultado que se ha producido, porque el tipo no está destinado a evitar tales sucesos.¹⁰⁹

El fin de protección de la norma debe ser distinto en el ámbito penal y en el civil, ya que las finalidades de ambos ordenamientos son distintas. Por ejemplo, en la dogmática civil sólo interesa este criterio para imputar un perjuicio económico, ya que negar cualquier perjuicio relevante para la norma supone negar la obligación extracontractual de indemnizar. Una mera creación de un riesgo no genera ninguna obligación extracontractual, siendo, desde luego, las cosas muy distintas en el ámbito del derecho penal.¹¹⁰

Al hablar del fin de protección de la norma sólo es útil para las normas de peligro abstracto, como las de seguridad vial, pero no para los tipos puros de resultado, como los de homicidio o lesiones, donde esta idea del fin de protección es una fórmula vacía que puede conducir a resultados diversos dependiendo del autor que la utilice.¹¹¹

En este sentido, al hablar del fin de la norma se suele aludir a cosas diferentes. Hay quien hace referencia al fin de las normas penales en general, fundamentalmente en su versión de normas de comportamiento o imperativos. Otros hablan de fin de los diversos tipos penales y, por último, también se utiliza esta expresión referida al fin de las diferentes normas de diligencia.¹¹²

XIII. EL ROL GENERAL DE LA PERSONA

La organización de la sociedad es el marco dentro del cual ocurre la acción social, y no el determinante de ella; asimismo, la organización y los cambios producidos en la sociedad son resultado de la actividad de unidades actuantes, y no de fuer-

¹⁰⁹ Tisnado Solís, Luis, *op. cit.* (13).

¹¹⁰ Pantalcón, Prieto, *Imputación objetiva*, p. 251.

¹¹¹ Maurach-FS, *op. cit.*, p. 98.

¹¹² Martínez, Escamilla, *Imputación*, p. 265.

zas que excluyen a unidades actuantes. Los rasgos estructurales, como cultura, roles, estatus, determinan las condiciones de la acción configurando situaciones de acción y apartando símbolos comunes.¹¹³

Igualmente, lo que se intenta delinear conforme a la teoría de los roles es que las instituciones pueden proporcionar un marco normativo que prescribe los roles que deben ser desempeñados, asegurando de ese modo la necesaria división de trabajo y reduciendo todo lo posible los costos de la conducta exploratoria de definición de roles.¹¹⁴

Todo el mundo espera de cada individuo un cumplimiento de su rol diferente al de otro individuo. Esto es igual en cualquier otro delito, y también en Jakobs, como lo demuestra el hecho de que para la configuración del ilícito haga falta, según él, el complemento del tipo subjetivo, lo que implica que el quebrantamiento del rol más bien informa exteriormente que puede ser que alguien haya quebrantado su rol, entonces, es cierto que el rol limita el contenido del deber a pesar de que pueda surgir por la representación de circunstancias que no concurren en la realidad, el rol tiene los límites objetivos que fija la norma.¹¹⁵

La creación de roles opuesta a lo que considera la más pasiva comprensión funcionalista de la aceptación de roles. Su concepción del elemento activo, contingente e individualista de la conducta de roles no niega la existencia de obligaciones de rol socialmente estructuradas en cuanto tales.¹¹⁶

Cuando se parte de un pensamiento sistémico en la base de la sistematización jurídico-penal se observa que un bagaje de términos desconocidos acude a brindar explicaciones sobre el sistema

¹¹³ Buckley, Walter, *La sociología y la teoría moderna de los sistemas*, trad. de Aníbal Leal, Buenos Aires.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 225.

¹¹⁵ Sancinetti, Marcelo, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Buenos Aires, Add-Hoc. pp. 127 y ss.

¹¹⁶ Alexander, Jeffrey, *Las teorías sociológicas desde la Segunda Guerra Mundial*, trad. de Carlos Gardini, Barcelona, p. 186.

y su equilibrio. Términos como insumo (*input*), sentido, autosuficiencia, roles, expectativas. Sobre la naturaleza de tales términos sólo se sabe que fueron abonados en el devenir del proceso sociológico que conformó la moderna teoría de los sistemas.¹¹⁷

La moderna teoría del comportamiento no permitido como parte de la teoría de la así llamada imputación objetiva ha mostrado que no existen prohibiciones genéricas de lesión, del mismo modo que no hay mandatos genéricos de salvación, sino que, por el contrario, tales normas siempre afectan a personas competentes, siendo competente, precisamente, aquel de cuyo rol forma parte el no lesionar.¹¹⁸

Cuando se pierde un bien y son varias las personas las que han causado la pérdida, ésta puede ser atribuida de distintos modos a las personas, puede que la competencia corresponda a la propia víctima; en tal caso, ha actuado a riesgo propio, y cuando la víctima es la única persona competente, los demás han desempeñado correctamente su papel como personas fieles al ordenamiento jurídico.¹¹⁹

Puede que la competencia corresponda a otra persona, y ello significa, en la medida en que sea la única competente, que la víctima no ha abandonado el rol de una persona cuidadosa con sus propios bienes, y las terceras personas no han quebrantado su papel de ciudadanos respetuosos con el derecho.¹²⁰

El reconocimiento del rol social de una persona según la teoría de la imputación objetiva es, se quiera o no, el reconocimiento de un orden establecido de acuerdo con roles; esto es, según las relaciones entre personas, y esto significa, a su vez, de acuerdo con determinadas expectativas normativas; es decir, según las normas que no son a su vez bienes de personas determinadas. En palabras del propio autor “no causes la lesión de un

¹¹⁷ Roitman Rosenmann, Marcos, *El pensamiento sistémico*, México, Siglo XXI, p. 106.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 25.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 26.

¹²⁰ *Idem*.

bien”, sino debe decir, “no quebrantes tu rol como ciudadano fiel al derecho”.¹²¹

Es de gran importancia la ponderación de bienes jurídicos que realiza Jakobs al valorar que no todo bien jurídico es sujeto de garantía para la protección de la víctima, ya que tratándose del descuido de la misma, el derecho penal no se encargará de tutelar la lesión ocasionada por el propio tutelar del bien jurídico, ya que dentro de su rol de comportamiento no generó factores que se sujetan a una conducta ocasionada por otra persona, sino por el descuido de la víctima; por eso Roxin y Jakobs denominan autopuesta en peligro o competencia de la víctima.

Lo que se traduce como un criterio para valorar los comportamientos que se desarrollan dentro de una comunidad organizada, donde la distribución de roles se convierte en la piedra fundamental para el funcionamiento normal y eficiente de la sociedad.

De lo dicho, se concluye que el cumplimiento de un determinado rol es el *pivot* de graduación de la responsabilidad en el hecho, ya que el rol de cuidado encomendado debe ser satisfecho plenamente, pues existen expectativas dirigidas a personas, vale decir, a los portadores de un rol, cuyo quebrantamiento se traduce en la ejecución de un acto objetivamente defectuoso.¹²²

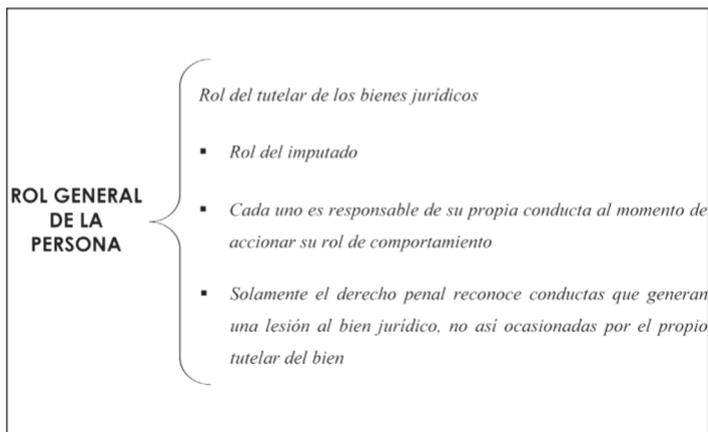
Lo anterior lleva admitir que las exigencias del deber de cuidado, que fundamentan la responsabilidad, no nacen de cualquier norma de deber de cuidado, sino que resultan de las expectativas que, de acuerdo con la especificidad del rol, hayan sido colocadas en el individuo como fiel garante de la validez de la norma.¹²³

¹²¹ *Ibidem*, p. 29.

¹²² Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Madrid, Civitas, pp. 54 y 55.

¹²³ López Díaz, Claudia, *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, p. 125.

Esquema 3



XIV. LA LESIÓN DE UN BIEN JURÍDICO Y LA LESIÓN DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

Los términos del debate sobre el bien jurídico se vinculan en su origen al debate habido en la doctrina penal alemana, aunque en los últimos tiempos, y por las peculiaridades de la situación jurídica española, éste presenta características propias. En el momento actual la doctrina penal de modo unánime subraya la necesidad de que detrás de cada figura delictiva esté presente un bien jurídico, y que en consecuencia, el delito en este sentido consiste en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.¹²⁴

La teoría del bien jurídico se origina, como es conocido, con la obra de Birnbaum en las primeras décadas del siglo pasado, con la finalidad de sustituir al derecho subjetivo como elemen-

¹²⁴ Gómez de la Torre Berdugo, Ignacio, *Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico*, Curso de Posgrado en Derecho, Política y Criminología, Universidad de Salamanca, p. 2.

to nuclear del concepto de delito y con la pretensión en último término de crear un límite externo al legislador a la hora de determinar lo que es delito.¹²⁵

El origen del bien jurídico está en la pretensión, por tanto, de elaborar un concepto de delito previo al legislador, que condicione sus decisiones, pretensión característica de una concepción liberal del Estado, que concibe este como un instrumento que el individuo crea. En la concepción de Binding estamos ante un bien del derecho, éste, el bien jurídico, es inmanente al sistema penal, es una creación del legislador, se trata en suma de una categoría formal.¹²⁶

Frente a esta opción, Von Liszt propugnaba el bien jurídico como un bien de los hombres, reconocido y protegido por el derecho, bien de los hombres, que ya es valorado y determinado por tanto su contenido en cada grupo o en cada momento histórico. Es decir, el bien es objeto de valoraciones sociales previas a la decisión del legislador penal.

El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida, pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico, siendo que desde esta perspectiva se recupera claramente la función del límite del bien jurídico a las decisiones del legislador.¹²⁷

En Alemania, en el marco de la reforma penal, aparece como necesario el concepto del bien jurídico al abordar la introducción de criterios que permitieran excluir de la tutela penal comportamientos que sólo son inmorales o que tienen escasa trascendencia, y no suponen ningún obstáculo para el mantenimiento del sistema social.¹²⁸

La función preventiva del derecho penal sería cuando verdaderamente protege los bienes jurídicos que tiene como misión proteger. El legislador debía castigar sólo aquellos comporta-

¹²⁵ *Ibidem*, p. 3.

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ Gómez de la Torre Berdugo, Ignacio, *op. cit.*, p. 4.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 5.

mientos que amenazaban un bien jurídico; los actos que sólo atentaban a la moral, a valores sociales o contra el soberano debían excluirse del catálogo de delitos. El concepto de bien jurídico debía ser lo más preciso posible.¹²⁹

El problema central de la doctrina del bien jurídico era y es que ha permanecido estacionada en esta tarea, ya que no es capaz de enfrentarse con los intereses políticos criminales de conseguir una criminalización global, y los intereses de la ciencia penal, de ser capaz de oponer un concepto crítico sistemático de bien jurídico.¹³⁰

En la doctrina del bien jurídico ha sido Kratzsch quien ha visto más claramente el significado penal de conceptos como inseguridad, complejidad, perturbaciones y orientación, y cómo ello se ha plasmado en la creación de tipos de peligro abstracto, que son una reacción específica a la puesta en peligro de bienes jurídicos, los cuales descartan una influencia directa debido al efecto conjunto de múltiples factores causales.¹³¹

Se tiene que estar sujeto a un margen de ponderación de acuerdo con el tipo de lesión que pueda ocasionar el resultado de una conducta típica, ya que no se puede precisar si lo que prevalece en cada caso en particular es la lesión del bien jurídico o la vigencia de la norma; ambos son consecuencia del resultado originado por el reproche penal, pero ¿cuál prevalece? Sería tomar en cuenta si el bien jurídico tutelado realmente lesionado se le puede atribuir a un sujeto, no a consecuencia propia y de terceros.

La vinculación del derecho penal supone la garantía de un doble contenido liberal; por un lado, se dice que el derecho penal se limita al castigo de lesiones de bienes, y por otro que se limita a la lesión de bienes, o al menos a comportamientos próxi-

¹²⁹ Hassemer, Winfried, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, Universidad de Frankfurt.

¹³⁰ *Idem.*

¹³¹ *Idem.*

mos a la lesión, eliminando de este modo las meras puestas en peligro abstractas.¹³²

Si lo decisivo es la protección de normas, y no de bienes predados, entonces, según reza la objeción principal, puede protegerse cualquier orden normativo sin consideración de su contenido, por medio del derecho penal. Las normas son la estructura de la sociedad; dicho de otro modo, son la regulación del contenido de aquellas relaciones entre personas que pueden ser esperadas y con cuyo contrario no hay que contar.¹³³

Una norma rige mientras a grandes rasgos pueda seguirse como válida, y el quebrantamiento de la norma; no dicho de otro modo, mientras ella, y no el quebrantamiento de la norma, sea el que configure la estructura de la sociedad. Mediante esta afirmación se cuestiona la norma; es decir, la regulación entre personas; por lo tanto, el delito es la desautorización de la norma, o, vuelto a referir a la persona delincuente, falta de fidelidad al ordenamiento jurídico actuado.¹³⁴

XV. LA RELACIÓN ENTRE BIEN JURÍDICO Y VÍCTIMA

El principio de protección de bienes jurídicos fue elaborado originariamente por Feuerbach y posteriormente desarrollado por Birnbaum y Von List, entre otros, como consecuencia de una concepción crítica del derecho penal. Sólo los intereses humanos o, en su caso, los bienes jurídicos, pueden ser objeto de protección por el derecho penal.¹³⁵

De igual forma, el principio de protección de bienes jurídicos exige preguntar si el derecho penal está realmente en situación de proteger los bienes jurídicos, ayudando así a una crítica empírica del derecho penal. Desde un principio, la teoría del

¹³² *Ibidem*, p. 35.

¹³³ *Ibidem*, p. 55.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 57.

¹³⁵ Hassemmer, Winfried, *op. cit.*, (1), p. 179.

bien jurídico ha admitido tanto los bienes jurídicos individuales como los universales; sin embargo, se discute si los bienes últimos deben ser funcionarizados desde el punto de vista de los bienes jurídicos individuales, o a la inversa, distinguiéndose entre teorías individualistas y teorías estatistas.¹³⁶

Hacia 1940, en principio, pero más sistemático alrededor de 1960, surgió con alguna fuerza el estudio de la víctima, bien como capítulo de la criminología, bien como disciplina o ciencia independiente. En los últimos años, quizá a partir de 1980, nuevamente se dedica atención a la víctima del delito, en especial por obra de algunos movimientos criminológicos y de los procesalistas.¹³⁷

Ahora bien, en la relación que tienen los bienes jurídicos con el comportamiento de la víctima, la norma va tutelar los bienes jurídicos de la víctima cuando el tutelar de ellos genera con su conducta una situación de riesgo, donde resulta ser imputable por su propio actuar, también eso protege el derecho penal o es consecuencia del descuido del tutelar de los bienes jurídicos.

Igualmente, la imputación a la víctima opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico emprende conjuntamente con otro una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico; en efecto, se ha llegado a demostrar que en la relación entre bien jurídico y víctima existe una exaltación de aquel a costa de esta.¹³⁸

La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, esto es, que la conducta de la víctima no haya sido implementada por el autor, ya sea por carecer de la responsabilidad o de la base cognitiva necesaria

¹³⁶ *Idem.*

¹³⁷ Pérez Pinzón, Orlando Álvaro, *Curso de criminología*, Universidad Externado de Colombia, p. 147.

¹³⁸ Daza, Carlos, *Imputación a la víctima*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 32.

para poder ser considerada autorresponsable, y que el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima.¹³⁹

Para comprender si realmente el derecho penal se hace cargo de la tutela de los bienes jurídicos que sufren una lesión dentro del rol de comportamiento de la víctima y que son lesionados por el tutelar de estos, a continuación se ponen dos ejemplos

1. Los jóvenes estudiantes que se reúnen en la casa de un amigo, para ingerir bebidas embriagantes, apostando a ver quién bebe más alcohol, sabiendo que uno de ellos tiene un problema hepático, que posteriormente le causa la muerte.¹⁴⁰ Tutela el derecho penal el bien jurídico individual (vida) cuando es lesionado por el propio tutelar y existe conocimiento, consentimiento y voluntad de generar un riesgo por parte de la propia víctima, se genera una autorresponsabilidad de la víctima.

2. En el caso de las relaciones sin protección debe aceptarse un caso de autorresponsabilidad en peligro de la pareja sana con la consecuencia de la impunidad del infectado por SIDA, no sólo cuando la infección es conocida por ambos miembros de la pareja, sino también cuando sólo el propio infectado conoce de la enfermedad, porque cada uno de ellos tiene la posibilidad de intervenir en la dirección del suceso, pudiendo ser que cualquiera de ellos interrumpa el contacto sexual y disminuir su peligrosidad mediante la aplicación de preservativos.¹⁴¹

En otras palabras, el punto de partida de la teoría de la imputación objetiva, es la reflexión de que lesionar es algo distinto de causar de cualquier modo una lesión, o dicho con mayor exactitud, que no cualquier causa de una lesión significa lesionar. Partiendo de esa idea, puede suceder que una sola persona sea la única que ha creado un riesgo no permitido, mientras que

¹³⁹ *Idem.*

¹⁴⁰ Daza, Carlos, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴¹ *Idem.*

todos los demás han permanecido dentro del marco de sus respectivos roles, en tal caso, la competencia es exclusivamente de esa persona.¹⁴²

Por lo tanto, el bien jurídico se organiza a través de la norma penal de prohibición, y de forma secundaria a través de la imposición de una pena, de manera que para la punición hay que partir de la capacidad del destinatario para el acatamiento de la norma; carece de precisión si el autor tiene capacidad de evitación; depende de si él acepta sin más de forma psicológizante como él es o si él construye de forma normativa como fiel del derecho.¹⁴³

A mi parecer, la muestra de autorresponsabilidad de la víctima genera una renuncia a la protección de los bienes jurídicos que la norma penal tutela, siendo que la propia víctima pone en juego debido a su actuar la protección de bienes jurídicos, y en el caso planteado la víctima que tiene conocimiento de la actividad riesgosa renuncia a la protección que la norma le confiere.

El tema de la causalidad relacionada con el derecho penal obedece a la filosofía de David Hume, la cual fue traída por la dogmática penal alemana desde hace más de setenta años, la misma que identificó a la causalidad con determinación; de esta manera, se sentenció que la causalidad es sinónimo de una correlación entre sucesos. Se considera que el problema de la causalidad como presupuesto o no de la imputación objetiva tiene un trasfondo mayor que se pondrá a discutir si un suceso se puede explicar de una manera u otra, considerando que admitir los tipos de explicación no ayuda en nada a solucionar el problema central de la causalidad que en este enfoque se trata de realizar, tornándose sólo en un juego de palabras, agregando la gramática correcta a la hora de definir un determinado suceso.¹⁴⁴

¹⁴² Jakobs, Günther, *op. cit.*, p. 45.

¹⁴³ Cancio Melia y Feijoo Sánchez, *op. cit.* (150), p. 140.

¹⁴⁴ Panta Cueva, David, *El problema de la causalidad y su relación con los criterios normativos de imputación*, Universidad Nacional de Trujillo.

Antes de pasar al punto siguiente y dar por concluido el primer capítulo de este trabajo, es fundamental tomar en cuenta que existen razonamientos que vinculan a la causalidad con el juicio de imputación, siendo tres los razonamientos que David Hume cita: a) reducir todo juicio de imputación a un juicio de causalidad; b) mantener a ambos juicios separados, pero al de imputación vinculado por el de causalidad; c) declarar a ambos juicios autónomos y subordinar el de causalidad al de imputación, siendo el último razonamiento el más importante para este trabajo.¹⁴⁵

Por ende, no es la causalidad la que determina la validez o no de un razonamiento normativo, sino que el que le da validez es el juicio de causalidad, el cual ya se ha sostenido que debe ser demostrado de una manera indubitable, para pasar al análisis normativo de imputación. Por último, la moderna teoría de la imputación objetiva se ha elaborado a partir del principio de la realización de un riesgo no permitido comprendido en el ámbito típico, desconocida todavía por el finalismo, pero que hoy es la teoría dominante en Alemania, y representa la doctrina más importante y con mayor acogida en la etapa posterior al finalismo.¹⁴⁶

Muñoz Conde señala, que cuando desde la teoría sistémica se habla de la funcionalidad de la norma jurídica penal, nada se dice sobre la forma específica de su funcionamiento ni sobre el sistema social para el que es funcional. Desde esta perspectiva, el concepto de función es demasiado neutro, y realmente no sirve demasiado para comprender la esencia del fenómeno jurídico punitivo, siendo que en última instancia la teoría sistémica conduce a la sustitución del concepto de bien jurídico por el de funcionalidad del sistema social.¹⁴⁷

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ Monarque Ureña, Rodolfo, *Teoría general del delito*, México, Porrúa, p. 173.

¹⁴⁷ Muñoz Conde, *Derecho penal y control social*, Bogotá, Temis, pp. 14 y 17.

De igual forma, la exigencia de que el derecho penal castigue únicamente ataques a bienes jurídicos, es una de las manifestaciones de un planteamiento político-criminal más global. De esta manera, no todo bien jurídico requiere tutela penal, no todo bien jurídico ha de convertirse en un bien jurídico penal, siendo que la doctrina no ha contemplado normalmente este último concepto, sino que se ha limitado a referirse al de bien jurídico.¹⁴⁸

Al referirse la protección penal a los bienes jurídicos quizá buscaba una coherencia con su atribución al derecho penal de una naturaleza meramente sancionatoria de normas preexistentes a la ley penal, refiriéndose a los bienes jurídicos como previos al derecho penal. La necesidad de acompañar a la teoría del bien jurídico de la concreción ulterior de lo que merece considerarse bien jurídico-penal se advierte claramente cuando se pretende utilizar la concepción político-criminal del bien jurídico para determinar hasta dónde debe llegar la intervención del derecho penal.¹⁴⁹

En esta tesitura, para que un bien jurídico pueda considerarse, además, un bien jurídico penal, cabe exigir en él dos condiciones: la importancia social y necesidad de protección por el derecho penal.

XVI. REFLEXIÓN DEL PRIMER CAPÍTULO

Los antecedentes expuestos sobre la teoría de la imputación objetiva llevan a examinar la evolución del modelo funcionalista, máxime que fue relevante el sistema de la imputación desde el idealismo alemán, sin embargo, en la actualidad la falta de costumbre que ocasionó el causalismo al estudiar solamente des-

¹⁴⁸ Mir Puig, Santiago, *Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi*, p. 205.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 208.

de una visión la conducta de la víctima y no explorar su análisis cuando la propia tutelar de los bienes jurídicos provoca por su rol de comportamiento una situación que orilla al derecho penal intervenir.

En la actualidad se habla de un sistema penal mixto, ya sea final o causal, pero nos apartamos de aceptar la aplicación de un modelo anterior a los ya citados, que fue el fundamento del idealismo alemán y el pensamiento en esos momentos de los filósofos alemanes. Hoy, en nuestro sistema penal se aplica el funcionalismo por medio del juicio de atribución o imputación, que ocasiona dos factores que intervienen en el suceso o en su momento hablar de un solo tutelar de los bienes jurídicos. La falta de costumbre o el desuso en que cayó la teoría de la imputación objetiva no es pretexto para no aplicar la teoría doctrinal dentro de los ordenamientos penales en nuestro país.

La imputación, si bien es cierto siempre estuvo cobijada como presupuesto de la culpabilidad, eso no quiere decir que la aplicación de la teoría doctrinal se haya apartado de la aplicación de roles sociales que desempeñan los individuos en sociedad. Una de las aportaciones importantes de la teoría de la imputación es la ampliación en el estudio de la víctima dentro de nuestro sistema penal.¹⁵⁰

La evolución de las teorías penales dentro de nuestro sistema jurídico y el dinamismo al cual se encuentra sujeto nuestro sistema penal trae como consecuencia que hoy en día hablemos de imputación y que el sistema penal se dedique al estudio del

¹⁵⁰ Schünemann, Bernd, *Revista Indret*, Barcelona, consultado en enero de 2008. Menciona que el sistema de derecho penal no es una estructura que existe secretamente, oculta en algún lado, como una especie animal que vive en la selva y que aún no ha sido descubierta. Por el contrario, este sistema es idéntico al orden lógico de los elementos del delito y, con ello, a los presupuestos de la punibilidad legalmente regulados. El sistema de derecho penal depende, entonces, en su origen de cada orden jurídico, pues este es el que determina los objetivos del derecho penal y, así, los requisitos de la punibilidad.

riesgo permitido y prohibido. No se omite manifestar que el hecho que de acuerdo con el pensamiento positivista en esos momentos y la visión de ver al delito desde una semántica causalista en nada cambió el estudio de la imputación que hoy en día con Roxin, Jakobs y Schünemann aportan a la doctrina penal una visión del derecho penal desde la conducta de la víctima, que es de explorar en el presente trabajo y cómo llevaría su conducta dentro del comportamiento en sociedad a realizar un juicio de atribución a la conducta del tutelar de los bienes jurídicos, que hoy en día, de acuerdo con la teoría de la imputación se realiza *prima facie* el estudio de su rol de comportamiento.¹⁵¹

Por otro lado, hoy en día el fanatismo de las teorías penales y el comportamiento de la ubicación del elemento subjetivo lleva a examinar un análisis del comportamiento de cada uno de ellas; se toma en cuenta que toda la discusión es la ubicación del famoso elemento subjetivo, ya que desde una visión finalista este se ubica en la conducta, los causalistas, en la culpabilidad, y los funcionalistas, dependiendo del doctrinario en la tipicidad o antijuridicidad; lo cierto es que actualmente nuestro sistema penal se basa en un juicio de atribución dentro del rol social de la conducta de cada individuo, partiendo de la idea de si el sujeto activo desarrolló una conducta dolosa o culposa.

De ahí que el ubicar en diferentes teorías el elemento subjetivo no repercute en el análisis de la imputación objetiva, ya que una de las aportaciones importantes independiente de la ubica-

¹⁵¹ Moreno Hernández, Moisés, *Evolución y modernas tendencias de la teoría del delito en Alemania*, Editorial UBIJUS, p. 50. Menciona que la expresión “imputación objetiva” surgió originalmente como una alternativa teórica para explicar problemas de causalidad y, sobre todo, en el ámbito de los delitos culposos. Con el tiempo se le ha ido extendiendo, al punto de hablar ahora de “teoría de la imputación” es hablar de “teoría del delito” y no sólo de “teoría del injusto”, por lo que, ya no se limita a lo meramente objetivo.

ción del elemento subjetivo es el análisis del comportamiento de la víctima dentro su rol social.¹⁵²

También es importante mencionar que en relación la ponderación de derechos respecto a las tres teorías se analiza el comportamiento de la víctima desde una visión funcionalista, ya que el origen de su rol social por el descuido ocasionado que genera una lesión al bien jurídico tutelado violenta un derecho, sea la vida, la integridad física, la libertad, entre otras. Derivando en estos casos una ponderación del caso determinado siempre tomando en cuenta la *lex artis* o los conocimientos especiales que debieron aplicar los actores en juego al momento de generar una conducta que lesiona un bien jurídico.

Para finalizar, si precisamos el término “voluntad” ocupado por los doctrinarios mencionados, y que es utilizado para justificar la forma de llevar a cabo el rol social y consentimiento de la persona tutelar de los bienes jurídicos dentro de su rol social, y determinante para poder imputar la conducta a la propia víctima del hecho delictivo, es importante que el estudio del presente trabajo conlleve al análisis de la imputación a la víctima, siendo que para entrar al estudio de su comportamiento se debe tocar el tema de la imputación objetiva y su trascendencia dentro del sistema penal.

Hoy en día las teorías penales con el resurgimiento de la teoría de la imputación objetiva, plantean un panorama diferente en el estudio principalmente de la víctima, ya que la ubicación sistemática del dolo en las teorías penales solamente cambia en el apartado de estudio si se observa desde ese punto de vista; sin

¹⁵² Díaz Aranda, Enrique, *Dolo*, México, Porrúa, p. 12. Menciona que la pura exposición sobre la ubicación sistemática del dolo, sea en la culpabilidad como lo sostenía el sistema tradicional del derecho penal, o en el tipo, como lo sostiene el finalismo, no justificaría una investigación sobre el mismo. Pues, como señalo, mi maestro Enrique Gimbernat Ordeig en 1971, lo que le importa al que quiere estudiar derecho penal es que el dolo con sus distintas clases se lo expliquen alguna vez; y esto antes o después los dos sistemas lo hacen.

embargo, cuando se habla del juicio de atribución se plantea una visión del elemento subjetivo desde el comportamiento de la víctima, estudio que se realizará en el siguiente capítulo.¹⁵³

¹⁵³ Zamora Jiménez, Arturo, *Cuerpo del delito y tipo penal*, Ángel Editor, p. 139. Menciona que en la sistemática casualista se explica el acto o acción humana como un proceso causal ciego, en el que importa el movimiento corporal voluntario y el resultado material. A partir de ello surge el concepto causal de acción, de la cual se desprenden tres sub-elementos: manifestación de la voluntad, externación de la voluntad y la omisión cuando no se realiza el movimiento corporal. Igualmente, la sistemática finalista, que presenta una concepción distinta, señala la acción humana como el ejercicio de la actividad final, con base en que el hombre puede proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad conscientemente a la producción de un resultado. Por eso se afirma que la finalidad es evidente y la causalidad es ciega. Finalmente, desde las teorías funcionalistas, se intenta renormativizar el concepto de acción que Herzberg considera como la no evitación evitable por medio de un garante, Jakobs define la acción jurídica penalmente relevante como el hacer responsable al culpable por una lesión de la validez de la norma, distingue entre la acción, que sería la realización individual y evitable del resultado, y la omisión, consistente en la no evitación evitable del resultado. Punto de vista. Como se aprecia, la teoría de la imputación objetiva contempla el estudio de los delitos de acción y omisión y ubica al dolo en tres niveles de imputación desde una visión normativista siendo el elemento subjetivo, objetivo e individual o personal. La trascendencia del presente trabajo es ubicar la voluntad del tutelar de los bienes jurídicos dentro de su rol de comportamiento, y trae como resultado una lesión que puede ser imputada al propio tutelar de esos bienes.