

La teoría de la imputación objetiva de la doctrina dominante en los delitos comisivos dolosos de resultado y su recepción en la jurisprudencia peruana

Carlos Ernesto Rodas Vera

Alumno de 5° año de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

SUMARIO: I. Introducción. II. Los orígenes de la imputación objetiva y la actual teoría en la doctrina dominante. 1. Los orígenes de la teoría: causalidad y delitos imprudentes. 1.1. El problema de la causalidad. 1.1.1. La teoría de la equivalencia de las condiciones y la fórmula de la conditio sine qua non. 1.1.2. La teoría de la adecuación y la previsibilidad objetiva. 1.1.3. Teoría de la relevancia. 1.2. Acción final, relación causal y delito imprudente. Los problemas de la causalidad en el delito imprudente desde el finalismo: el origen de los criterios. 2. La teoría de la imputación objetiva de la doctrina dominante. 2.1. La imputación objetiva desde un sistema funcionalista teleológico-político criminal del Derecho Penal. 2.2. La imputación objetiva de Roxin en los delitos comisivos dolosos de resultado. 2.2.1. La disminución del riesgo. 2.2.2. Creación de un riesgo jurídicamente relevante. 2.2.3. Aumento del riesgo permitido. 2.2.4. Ámbito de aplicación de la norma. 2.2.5. Esfera de responsabilidad de la víctima. 2.2.6. Posibilidad de nuevos criterios. 3. Una primera conclusión: corrientes restrictiva y amplia sobre la imputación objetiva. III. Críticas a la teoría de la imputación objetiva de la doctrina dominante en los delitos comisivos dolosos de resultado. 1. Características de la teoría. 1.1. Una primera característica: la objetividad de la teoría. 1.2. Una segunda característica: mecanismo casi infalible de atribución. 2. Consideraciones críticas. 2.1. Sobre la pretendida objetividad de la teoría. 2.2. Breves comentarios sobre la diferencia entre dolo y culpa y sus implicancias para la teoría. 2.3. Una precisión metodológica. 3. Una segunda conclusión: la imputación objetiva no puede fundamentar la responsabilidad en delitos comisivos dolosos de resultado. IV. Consideraciones finales. V. Bibliografía.

I. Introducción

Si actualmente existe un tema dogmático con bibliografía inabarcable este trata, sin duda, de la no tan moderna "teoría de la imputación objetiva" que está enraizada en planteamientos hegelianos; actualmente, esta teoría nos presenta como el más sofisticado y casi infalible instrumento de atribución de un resultado típico a su autor. Siendo su misión, como doctrina dominante, determinar en el tipo objetivo, con total prescindencia del dolo, la pertenencia de un resultado típico a un autor como *su obra*.

La "teoría de la imputación objetiva", se ideó por Larenz para el Derecho Civil con la finalidad de *excluir* la responsabilidad por daños imprevisibles¹. En 1930, Honig la propone para el Derecho penal, pretendiendo *restringir* de modo objetivo el concepto ilimitadamente objetivista del tipo penal, en aquel momento dominante en la teoría causalista². Posteriormente, ante las falencias de una desmedida causalidad frente al delito imprudente, surgen diversos criterios que en 1970 serán agrupados por Roxin, caracterizándolos por una conocida fórmula: "la imputación al tipo objetivo, admite la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo penal"³. Sería este último autor quien, desde un sistema funcionalista-teleológico, hace cuestiones político-criminales que le daría una nueva perspectiva a esta teoría; esta vez se trataría de una teoría global de la tipicidad aplicable no sólo a delitos imprudentes sino también a delitos dolosos.

En la actualidad existen otros planteamientos sobre la imputación objetiva, contruidos sobre la base de un ultranormativismo, que propugna la protección de la vigencia de la norma (como bien jurídico-penal) como misión del Derecho penal. En consonancia con ello, esta doctrina entiende a la imputación objetiva como un "esquema de interpretación social comunicativamente relevante" que determinará la atribución de un sentido, a la conducta de un ser humano (un sentido también comunicativamente relevante, a saber, la negación de la vigencia de la norma). Así, el énfasis que inicialmente estaba puesto en el resultado (del que se pretendía librar al autor, corrigiendo la causalidad), se ha trasladado hacia el primer nivel de imputación; es decir, al nivel de imputación del comportamiento (contrario a la norma), por ello, ahora, el objeto de la imputación objetiva se referirá a la propia acción.⁴

De esta manera, hoy también se explica que actualmente la "teoría de la imputación objetiva", se presente así misma como una reconstrucción general del juicio de tipicidad, *aplicable a todos los tipos de la parte especial*, tanto a delitos imprudentes como a delitos dolosos, a delitos de resultado como a delitos de mera actividad, a delitos de lesión como a delitos que encierran peligro, y tanto a supuestos de consumación como también a supuestos de tentativa⁵.

En este sentido, cabe afirmar que, lo anteriormente mencionado posiblemente no tendría mayor relevancia si nuestra jurisprudencia relegara a la imputación

¹MIR PUIG, Santiago. *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal*. En *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal: y la Criminología*. 1ra Edición. Madrid 2001 p. 404.

²HIRSCH, Hans-Joachim. *Acerca de la imputación objetiva*. En *Separata renueva Doctrina Penal*. 1998/A. p. 88.

³ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Trad. de la 2ª edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid, editorial Civitas. Reimpresión 2000. p. 364.

⁴JAKOBS, Günther. "El concepto jurídico penal de acción". En *Revista peruana de ciencias penales* N. 3 Enero-junio 1994, pp. 82, 83. Crítico con este concepto de acción, Schünemann, para quien "el concepto de acción de Jakobs no es en realidad otra cosa que un concepto material de delito y, bajo este punto de vista, ni siquiera está bien logrado" en *Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania*. Trad. de Silvana Bacigalupo, en Gimbernat/Schünemann/Wolter. *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*. Servicios de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid 1994, pp. 13, 14.

⁵REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. 2ª edición. Santa Fé de Bogotá-Colombia 1996 Editorial Temis. pp. 81, 82.

objetiva al espacio del debate teórico; sin embargo, actualmente, se pueden encontrar ejecutorias supremas y superiores que utilizan los criterios de la llamada "teoría de la imputación objetiva"⁶, aunque no siempre satisfactoriamente. Pese a ello, el penalista peruano Fidel Rojas, culmina sus comentarios de las ejecutorias supremas que utilizan criterios de imputación objetiva de la siguiente manera: "Es realmente gratificante para el Derecho Penal peruano, que los jueces supremos y superiores hayan decidido utilizar el material metodológico y conceptual ofrecido por la teoría de la imputación objetiva para aplicarlos al análisis y resolución de casos penales. Experiencia que deberá ser profundizada y extendida a todos los ámbitos de la magistratura judicial, por sus evidentes efectos de optimización y excelencia en el argumento judicial"⁷.

Quizá todo ello sea correcto; sin embargo, es importante hacer presente la advertencia que nos hiciera Manuel Cancio en su reconocida tesis sobre la conducta de la víctima (*Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*): "A pesar de que la teoría de la imputación objetiva aún está en desarrollo, y, como se ha dicho antes, existen significativas divergencias en cuanto a su ámbito y contenido, cabe constatar que con cierta frecuencia se importa la teoría de la imputación objetiva a los más variados problemas de la Parte General o de la Parte Especial sin llevar a cabo una mínima reflexión de fondo, acerca de la teoría base que se invoca como panacea para resolver tal o cual problema"⁸.

Inspirados en dichos pensamientos, realizaremos esa "mínima reflexión" a través de un análisis de la actual "teoría de la imputación objetiva". Por ello, nuestro trabajo está dividido en tres partes principales: en la primera, se realizará un análisis meramente expositivo-descriptivo de la teoría, partiendo desde el origen histórico de sus criterios (inicialmente correctivos de una desmesurada causalidad frente al delito imprudente) para analizar luego su traslado a los delitos comisivos dolosos de resultado; en la segunda, se efectuará un análisis-crítico sobre la teoría anteriormente citada, con la finalidad de determinar sus bondades y/o contradicciones, peligros que esto último encierra, haciendo una referencia especial a la argumentación realizada por la Corte Suprema en sus ejecutorias referidas a la imputación objetiva; en la tercera, concluiremos con las consideraciones finales acerca del análisis hecho y recomendaciones para la aplicación práctica de la teoría en la jurisprudencia peruana.

En el presente artículo se pretende sugerir, si bien de modo provisional, el campo de acción de la teoría de la imputación objetiva y advertir de las graves contradicciones e injusticias en la práctica judicial a las que nos llevaría una generalización en la aplicación de sus criterios, más allá de su radio de *dominio*; constituido por instituciones donde se muestra un claro predominio del aspecto normativo sobre el ontológico, como en el caso de la imprudencia o de la omisión impropia (comisión por omisión)⁹. Colocar a la teoría de la imputación objetiva en el centro de la argumentación en el caso de los delitos dolosos de resultado, de claro predominio de la intencionalidad (aspecto ontológico), o soluciona casos concretos renunciando a postulados básicos de esta teoría (pretendida objetividad de la teoría), o nos lleva a soluciones totalmente insatisfactorias e injustas.

II. Los orígenes de la imputación objetiva y la actual teoría en la doctrina dominante

1. Los orígenes de la teoría: causalidad y delitos imprudentes

1.1. El problema de la causalidad

Uno de los temas que más interés ha despertado en la dogmática penal es medida en un determinado momento en el que la problemática de la acción¹⁰ es relacionada con la causalidad. Por ello, ha favorecido el desarrollo de la teoría del delito a partir del paradigma del delito de homicidio¹¹. En efecto, es sabido que la teoría del delito nació en torno a la explicación del delito de homicidio, entendido como la causación de la muerte de un hombre por otro hombre. Así, en contorno de este delito nació la teoría de la causalidad, del dolo y el error, la justificación por legítima defensa, la calificación por el resultado, etc. Estas explicaciones fueron trasladadas más tarde, configurando un sistema válido para todos los delitos cuya estructura básica fuera la causación de un resultado, con la sola modificación de reemplazar el resultado de "muerte de un hombre", por el resultado correspondiente (lesión de un hombre, daño de una cosa ajena, incendio, etc.). Pues bien, "si uno no tiene problemas para distinguir cuándo hay un hombre muerto de cuándo hay un hombre lesionado (o un vidrio roto, o una casa destruida por el fuego, etc.), entonces, sólo le quedará concentrarse en el problema de la *causalidad*..."¹². Por lo tanto, realizará una acción típica de los delitos de resultado, el que *cause* el resultado correspondiente. La pregunta reza ahora así: ¿cuándo el comportamiento de alguien constituye

⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. *La teoría de la imputación objetiva vista desde la perspectiva de la jurisprudencia peruana: una primera aproximación*. En *Diálogo con la jurisprudencia: actualidad, análisis y crítica jurisprudencial*. Año 5. N.º 14. Nov. 1999. Lima. Gaceta Jurídica. El autor comenta tres ejecutorias supremas; señala al final de sus comentarios tres ejecutorias supremas más y ocho ejecutorias superiores.

⁷ ROJAS VARGAS, Fidel. *op. cit.* p. 88.

⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. 2da edición. Barcelona, editorial Bosch 2001. p. 58.

⁹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. "La importancia de la imputación objetiva es incluso más evidente en los delitos de omisión impropia (o de comisión por omisión)" *Nociones preliminares a manera de introducción*. En ROXIN, Claus. *La imputación objetiva en el Derecho penal*. Trad. de Manuel Abanto Vásquez. Lima, editorial Idemsa 1997. pp. 15, 16.

¹⁰ Así: MAURACH, Derecho penal. Parte General. I: teoría general del Derecho penal y estructura del hecho punible. Trad. de la 7ª edición alemana por Jorge Boffi. Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires, editorial Astrea. 1994. p. 304.

¹¹ SILVANSANCHEZ, Jesús. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid, editorial Civitas pp. 65, 74.

¹² SANCINETTI, Marcelo A. *Subjetivismo e imputación objetiva*. 1ª edición. Buenos Aires, editorial Ad-Hoc 1997. p. 97.

la *causa* de un resultado típico?

1.1.1. La teoría de la equivalencia de las condiciones y la fórmula de la *conditio sine qua non*

En el intento por individualizar una determinada acción como causa de un resultado típico, el aporte de esta teoría rezaba así: "es válida como causa toda condición *sin la cual no se habría producido el resultado*"¹³. No obstante, serían los cursos causales inadecuados e imprevisibles los que pondrán de manifiesto los problemas de la teoría de la equivalencia. Así, si A invita a B a dar un paseo durante el cual éste muere atropellado por C, A ciertamente habrá causado la muerte de B, pues su invitación a pasear es una condición necesaria sin la cual no se habría producido el resultado, pero A no debería responder jurídico-penalmente por el mismo. Además, en otro ejemplo, A, autor de lesiones graves, no es responsable por la muerte de B, a pesar de que éste falleció desangrado a causa de las lesiones porque era hemofílico. Ante semejantes supuestos, von Buri propuso que se examinaran como correctivos aspectos subjetivos como el dolo y la previsibilidad (correctivos ubicados en la culpabilidad)¹⁴. Los problemas no terminarían, empero, para esta teoría, pues existirían supuestos en los que el autor dispara con dolo homicida pero la víctima muere en el trayecto hacia el hospital debido a un choque de la ambulancia.

La imprevisibilidad, puso en serios aprietos a la teoría de la equivalencia de las condiciones. Sería la teoría de la adecuación y la previsibilidad objetiva quienes acudirían en su auxilio.

1.1.2. La teoría de la adecuación y la previsibilidad objetiva¹⁵

Esta teoría fue introducida en el Derecho penal para tratar casos de delitos cualificados por el resultado e imprudencia. Según Johannes von Kries "sólo es causal una conducta que posee una tendencia *general* (teorías generalizadoras) a provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que sólo por casualidad han desencadenado el resultado son jurídicamente irrelevantes"¹⁶. En este sentido, sólo serán causas las condiciones adecuadas para aumentar la posibilidad de producción de un resultado; es decir, una condición es adecuada si es

probable que la conducta dé lugar a un resultado relevante. La previsibilidad objetiva de que una conducta ocasione un resultado típico, se determinará mediante la llamada "prognosis objetivo-posterior": el juez debe colocarse posteriormente en el punto de vista de un observador objetivo (que dispone de los conocimientos de un hombre inteligente¹⁷ del correspondiente sector de actividad y además del saber especial del autor) y juzgar el hecho desde el momento en que se tomó la decisión de actuar (*ex ante*).

Esta teoría correctora de la desmedida causalidad permitió *excluir* al menos a las condiciones que imprevisiblemente y sin culpa del autor habían provocado el resultado más grave, no querido por éste; sin embargo, esta teoría tampoco sería suficiente frente a resultados esta vez ya no imprevisibles, pero sí inevitables o altamente probables. Así, algo más que la mera intuición nos indica que el médico que lleva a cabo una operación riesgosa con alta probabilidad de muerte del paciente, o que sólo retrase su muerte segura con su intervención, ciertamente no es responsable de la muerte del paciente, pese a haberla causado en su forma *concreta*. Entonces, el ámbito operativo de esta teoría correctiva de la causalidad se limita en lo esencial a *excluir* la imputación en los cursos causales anómalos o inusuales, haciendo frente a la imprevisibilidad de los resultados, pero fracasa en supuestos de resultados inevitables o altamente probables. Además, el juicio de previsibilidad objetiva mostró serias deficiencias en la práctica, tal como lo señala Feijoo Sánchez al criticar el que se haya considerado previsible para un conductor que conducía bajo la influencia de bebidas alcohólicas la causación de una muerte por hepatitis: "El *topo* de la previsibilidad objetiva, es un criterio elástico en el que cabe todo"^{18,19}.

1.1.3. Teoría de la relevancia

En este último supuesto, se pone de manifiesto que causalidad y responsabilidad son dos conceptos distintos. La primera está relacionada con la teoría de la equivalencia, mientras que la segunda con el sentido del tipo²⁰. Este fue el punto de partida de la teoría de la relevancia, cuyo defensor (Mezger)

¹³Críticas a esta teoría y su fórmula empleada en Reyes Aivarado, *Yesid. Imputación objetiva*, pp. 11 y ss.

¹⁴REYESAVARADO, *Yesid. Imputación objetiva*, p. 30.

¹⁵"La idea de previsibilidad, empero, no sólo fue ajena a los primeros planteamientos de esta teoría por Ludwig von Bar, sino que además fue expresamente criticada por él. Esta variante de la teoría se origina probablemente en los trabajos elaborados por el médico fisiólogo von Kries quien no se limitó a aplicar el concepto de probabilidad propuesto quince años antes por von Bar, sino que la adecuación de la causalidad requería complementariamente la dominabilidad del hecho, con lo cual se generó una larga polémica sobre la forma en que debía reaversa a cabo el juicio de previsibilidad..." Reyes Aivarado, *Yesid. Imputación objetiva*, pp. 25, 26.

¹⁶Cita a través de Roxin *Derecho penal parte general*, p. 359.

¹⁷Zaffaroni se refiere a este hombre normal, medio o inteligente de la siguiente manera: la causalidad adecuada apeló a la imagen del ser humano *normal* que, como es sabido, es un homúnculo o monstruo elaborado por alquimia jurídica. *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Buenos Aires-Argentina, editorial Egiar 2002, p. 464.

¹⁸Feijoo Sánchez *Imputación objetiva en Derecho penal*. Publicación editada por el Centro de Investigaciones de Ciencias Penales. Lima, editorial Grijey, 2002, p. 72. Nota 106. Más aún: "Abstractamente previsible y evitable lo es, en efecto, casi todo". Roxin en: *Política criminal y sistema del Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Barcelona, editorial Bosch 1972, p. 51.

¹⁹Con todo, la teoría de la adecuación no es ya una teoría causal, sino una teoría de la imputación. Así, en el caso del hemofílico, esta teoría no desconoce que la condición de hemofílico sea una causa de la muerte en el caso concreto, lo que en realidad hace la mencionada teoría es admitir la existencia de todas las causas (equivalencia de las condiciones), pero concederle interés jurídico sólo a algunas de ellas. REYESAVARADO, *Yesid. Imputación objetiva*, p. 24. Así también opina Roxin (*Derecho penal Parte general*, pp. 360, 361).

²⁰JESCHECK/WEIGEND. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. 5ª edición. Trad. de Miguel Oimedo Carcerote. Granada, editorial Comares 2002, p. 307.

propuso determinar la adecuación de la causa en un plano estrictamente jurídico, sobre la base del *análisis de los tipos penales*. En consonancia con esto, años más tarde Armin Kaufmann resolvería el caso del médico señalando que “una interpretación del tipo de homicidio permite definir la conducta matar, como *acortar* la vida de alguien, con lo que habría que deducir que no hay tipicidad, puesto que el médico la prolongó”²¹.

Un cambio de enfoque en el trato que el finalismo le dio a la imprudencia, hizo posible que en casos como éste se excluya la responsabilidad del médico siempre que éste actúe respetando las normas de cuidado, sin embargo, los problemas que enfrentaría la teoría final de la acción frente a la imprudencia no se agotarían allí, pues aparecerían supuestos en los cuales tanto autor como víctima transgredirían el deber objetivo de cuidado, o supuestos en los cuales pese a haberse transgredido el deber de cuidado, no parecía correcto afirmar la responsabilidad del autor. Por tanto, es necesario recurrir a nuevos mecanismos correctivos de una causalidad aún insuficiente para afirmar la responsabilidad. Todo ello irá condicionando el surgimiento de criterios que posteriormente se reunirán bajo el rubro “imputación objetiva”.

1.2. Acción final, relación causal y delito imprudente.

Los problemas de la causalidad en el delito imprudente desde el finalismo: el origen de los criterios

En la historia de la génesis de los criterios que hoy se agrupan bajo el rótulo de “teoría de la imputación objetiva”, el trato que le dio la acción final al delito imprudente ocupa un lugar importante. Es bastante conocida la problemática que enfrentaron los partidarios de la teoría de la acción final frente a los

delitos imprudentes, en donde la finalidad se mostraba ausente o por lo menos no dirigida al resultado típico, equiparándose a la voluntariedad del sistema causal y produciendo así la capitulación del finalismo ante el delito imprudente²². Inicialmente, sin embargo, el finalismo se hizo merecedor de esta crítica porque su tentativa de solución a la problemática del delito imprudente “partió de la consideración de que el resultado era el aspecto jurídico penal esencial del hecho culposo”²³ y se lo pretendió abarcar por la finalidad. Se planteó así la llamada “finalidad potencial” en los delitos imprudentes, que tantas críticas le mereció al finalismo. Posteriormente, empero, Welzel afirmaría que: “sólo con la comprensión (de) que el momento esencial del hecho culposo no reside en el resultado, sino en la clase y modo de ejecución de la acción (esto es, en la contravención del cuidado), se abrió camino para una explicación conforme a la estructura de la acción culposa”²⁴. En el delito imprudente, pues lo que importaba era la infracción (intencional) del deber objetivo de cuidado.

No obstante, la práctica judicial alemana se encargaría pronto de demostrar que la lesión al deber objetivo de cuidado no era suficiente como correctivo de la relación causal para delimitar aquellos eventos en los que el derecho penal debe intervenir. Entre la diversa gama de casos prácticos destacan los referidos a comportamientos alternativos conforme a Derecho²⁵ (cuyo tratamiento daría origen a la “teoría del incremento del riesgo” propuesta por Roxin²⁶); el conocido caso juzgado por el tribunal supremo de Stuttgart en 1981²⁷ (para supuestos como éste surgiría la “teoría del fin de protección de la norma”²⁸); el supuesto del revólver en el abrigo (se llevó a cabo la reformulación de la *prohibición de regreso* originariamente propuesta por Reinhart Frank) y más recientemente, casos que han originado una

²¹ Citado por REYESALVARADO en *Imputación objetiva*, p. 29.

²² Así Roxin *Derecho penal parte general*, p. 241.

²³ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 11ª edición. Trad. de Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile, editorial Jurídica de Chile 1970, p. 186.

²⁴ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 186.

²⁵ “El conductor de un camión sobrepasa, en carretera, a un ciclista a una distancia inferior a la permitida; durante la imprudente maniobra de sobrepaso, el ciclista perdió el equilibrio y pereció arrollado por las ruedas traseras del vehículo. Practicada la necropsia se estableció por parte de los médicos legistas que, en el momento de su muerte, el ciclista conducía su vehículo en avanzado estado de alcoholamiento” BGHSt 11, 1. Cfr. Roxin, Claus. *Derecho penal Parte General*, p. 379.

²⁶ REYESALVARADO, Yesid. “En casos como éste, la lesión al deber objetivo de cuidado no servía como correctivo a la simple relación de causalidad para determinar quién podía ser tenido como “autor” de la muerte del ciclista, pues no sólo los dos involucrados en el suceso podían ser considerados como causa del fallecimiento de la víctima, sino que también ambos habían infringido con su conducta el deber objetivo de cuidado, haciendo imposible que con el simple recurso a esta última figura pudiera brindarse una adecuada solución al caso. Para este tipo de casos, donde una conducta alternativa conforme al deber objetivo de cuidado no garantiza la no-producción del resultado típico, Roxin elaboró la “teoría del incremento del riesgo”, según la cual si la conducta del autor incrementa la probabilidad de lesión con respecto a la hipotética permitida, la lesión del deber encaja en el tipo y, por tanto, tendremos un tipo imprudente consumado. *El concepto de imputación objetiva en: Revista Internacional de Derecho penal contemporáneo*. Octubre-diciembre. Bogotá, Legis 2002, p. 14.

²⁷ “Una señora que conducía su vehículo a una velocidad superior de la permitida por el Código de Circulación, atropella a un hombre que intentaba cruzar la calle; debido al impacto, el peatón sufrió unas heridas de consideración que hicieron necesarios una intervención quirúrgica y su internamiento en un centro hospitalario. El paciente, que inicialmente debió ser alimentado por medio de sonda, recibió después de algunos días la autorización médica para consumir alimentos por vía oral, por lo que una empleada de la clínica le suministró una sopa, durante cuya ingestión el paciente se atoró con un trozo de comida que finalmente se alojó en uno de sus pulmones, sin que el procedimiento de lavado pulmonar al que fue sometido de manera inmediata consiguiera evitar su fallecimiento a consecuencia de una neumonía”, Reyes Avarado, Yesid. *El concepto de imputación objetiva*, p. 16.

²⁸ “En este caso, la remisión al principio de la elevación del riesgo ya no resultaba útil. Enrique Gimbermat, en España, y Claus Roxin, en Alemania, formularon entonces la teoría del fin de protección de la norma: las normas que regulan el límite de velocidad dentro del perímetro urbano no tienen como finalidad el evitar que las personas fallezcan atoradas con residuos de comida. Hirsch: “también aquí se trata de un problema específico de la imprudencia, a saber, que el resultado posterior no representa una manifestación objetiva de la contrariedad al cuidado” *Acercas de la imputación objetiva*, ... p. 96. Así también Corcoy Bidasolo: “Si en líneas generales, la llamada teoría de la imputación objetiva se ha desarrollado, especialmente, en el ámbito de la imprudencia, respecto al criterio del fin de protección de la norma, no cabe ninguna duda”. Cit. por Romero Flores, Beatriz en *La imputación objetiva de delitos imprudentes*. Revista Araica de Derecho. Universidad de Murcia N° 19 2001, p. 269.

²⁹ “Durante una acalorada discusión en una taberna, la víctima insultó reiteradamente al acusado, quien finalmente decidió agredirla lanzándole un vaso de vino contra la cara. Como consecuencia de este golpe, la víctima sufrió una cortada en el arco superciliar derecho y además una perforación en el globo ocular con sangrado interno en la antecámara del ojo. A las pocas horas de ocurrido el incidente, en un centro de atención médica le fue suturada la herida y se le recomendó la práctica inmediata de una intervención quirúrgica para subsanar la herida interna del ojo, recomendación que fue rechazada por el herido. Dos semanas más tarde, cuando la víctima acudió a un centro clínico para que le fueran retirados los puntos de la sutura, se le aconsejó que debía buscar un oculista para que le examinara la herida interna del ojo, consejo que también fue desatendido por el herido, quien prefirió seguir tratándose la herida con remedios caseros. Cuatro meses después, el ojo tuvo que serle quirúrgicamente retirado debido a lo avanzado del proceso infeccioso”. Reyes Avarado, Yesid. *El concepto de imputación objetiva*, pp. 22 y 23. Se hizo necesario así determinar el ámbito de protección correspondiente a la víctima. Según esto, no deber ser atribuidos al autor de la conducta aquellos resultados que corresponden a la esfera de protección de la víctima: el resultado no debe serle imputado al primer autor cuando él pueda ser tenido como consecuencia del comportamiento equivocado de la víctima.

delimitación del *ámbito de protección de la víctima*²⁹.

Podemos apreciar entonces, que el surgimiento de los diversos criterios, que hoy se agrupan bajo la denominada "teoría de la imputación objetiva", surgieron inicialmente para corregir la causalidad en delitos imprudentes, donde se hacía evidente la necesidad de excluir la responsabilidad del agente, se trataba, entonces, de criterios correctores de una desmedida causalidad en concretos supuestos de delitos imprudentes, y de ninguna manera fundamentadores de la responsabilidad; sin embargo, estos criterios han sido trasladados en su aplicación a supuestos de delitos dolosos, constituyéndose la "teoría de la imputación objetiva" en una teoría global de la tipicidad. Dicha concepción fue impulsada por el penalista alemán Claus Roxin y constituye actualmente lo que comúnmente se denomina "doctrina dominante". Se trata de una nueva concepción de la imputación objetiva como mecanismo de atribución (ya no de meros criterios de corrección de la causalidad) de un resultado a su autor como su obra³⁰. Todo ello favorecido por el terreno de un sistema teleológico funcional abierto a cuestiones de política criminal.

2. La teoría de la imputación objetiva de la doctrina dominante

2.1. La imputación objetiva desde un sistema funcionalista teleológico-político criminal del Derecho Penal

Como respuesta a un pensamiento científico inspirado en la máxima de Liszt, según la cual "El Derecho penal es la infranqueable barrera de la política criminal", Roxin propone "dejar penetrar las decisiones valorativas político-criminales en el sistema del Derecho penal"³¹, pues de lo contrario se daba la "paradoja de que desde el punto de vista jurídico fuera cierto lo que desde el punto de vista político-criminal era falso, o a la inversa, incurriéndose así en una especie de averroísmo científico"³², cuando lo correcto es que "la vinculación al Derecho y la utilidad político-criminal no pueden contradecirse, sino que tienen que compaginarse en una síntesis"³³. De esta manera, los problemas político-criminales deberían configurar ya, el contenido propio de la teoría general del delito, en tal medida que "se tiene que partir de que las concretas categorías del delito tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad-

deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal"³⁴.

A partir de ello (si queremos dejar cabida a valoraciones de índole político-criminal), "la compaginación entre sistema penal y política criminal no se puede realizar fundamentando al Derecho penal en categorías ónticas (como la causalidad o la finalidad) libres de valores, inmunizadas desde el principio contra objetivos sociales y político-criminales"³⁵, sino por el contrario, el injusto penal debe desprenderse de sus distintas formas fenomenológicas ónticas, para ser estructurado recurriendo a la *función* del Derecho penal (sistema funcional de Derecho penal). Si esto es así, y considerando que *la tarea del Derecho penal consiste en evitar los riesgos socio-políticamente intolerables para el particular y la sociedad*, podemos concebir a la acción típica como la realización de un riesgo no permitido. De este modo, la idea de "riesgo no permitido" que toca problemas fundamentales de la sociedad moderna y que se encuentra en el centro de la teoría de la imputación objetiva- "posibilita y exige la inclusión de planteamientos político-criminales y empíricos, y conduce a la dogmática, encerrada por las viejas concepciones sistemáticas en su estructura conceptual, hacia una apertura a la realidad"³⁶.

Entonces, un tipo nacido de consideración valorativa, jurídica y orientada a los contenidos sociales de significado, determina qué conducta es final en sentido jurídico; de este modo, Roxin sustituye la teoría final *de la acción* por una teoría final *del tipo*³⁷. La finalidad del tipo será ahora una *finalidad normativa* (a diferencia de la finalidad ontológica del finalismo) que sólo se podrá descubrir mediante una interpretación de los tipos concretos. Ahora se tendrá que indagar, pues por el *fin de protección de la norma*.

En este sentido, la imputación objetiva dejaría su papel originario correctivo de la causalidad en delitos imprudentes y sería válida también para los delitos dolosos, donde el objeto del dolo no será la causalidad sino un riesgo desaprobado por una norma penal³⁸. En consonancia con esto, el énfasis que se colocaba en el segundo nivel de imputación (imputación del resultado) se traslada al primer nivel (imputación del comportamiento), ya que en el tipo doloso aunque no se impute el resultado se puede punir la conducta

²⁹ ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General...* "en los delitos de resultado hay que decidir conforme a reglas generales si la lesión del objeto de la acción se le puede imputar como obra suya al inculpaado". p. 345.

³⁰ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*. p. 33.

³¹ MUNOZ CONDE, Francisco. En la introducción a *Política criminal y sistema del Derecho penal*. p. 5.

³² ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*. p. 33.

³³ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*. p. 40.

³⁴ ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*. p. 26.

³⁵ ROXIN, Claus. *Dogmática penal y política criminal*. p. 28.

³⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *La imputación objetiva*. p. 83.

³⁷ Así, nuestro cirujano que realiza una operación irreprochable de acuerdo con la *lex artis* en la que muere el paciente, no lleva a cabo una acción homicida aunque la muerte del paciente sea una muerte cuerdita. Feijoo Sánchez, Bernardo. *La imputación objetiva*. p. 86.

³⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *La imputación objetiva*. p. 93.



como tentativa. "La teoría de la imputación objetiva empezó a adquirir madurez como teoría global del tipo"³⁹.

2.2. La imputación objetiva de Roxin en los delitos comisivos dolosos de resultado

Roxin, máximo representante de la doctrina de la imputación objetiva, considera que para este tipo de delitos la imputación objetiva se realizará en dos etapas: el análisis del nexo causal (causalidad) y el análisis de los restantes presupuestos objetivos de imputación. Dichos presupuestos son objetivos, porque no tienen que ver con la finalidad o con el dolo del autor, sino que se examinan previamente y con total independencia de aquél.

Teniendo en cuenta que sería casi imposible en un artículo reproducir la totalidad de las ideas, críticas y defensas que de la teoría hace el autor, nos limitaremos a señalar el marco general de criterios que el autor elabora.

2.2.1. La disminución del riesgo

Se parte de la existencia ya de un riesgo, el mismo que es disminuido por la intervención del autor (que por ejemplo desvía el macetero que caía sobre la cabeza de la víctima hacia una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa). En estos casos falta ya de entrada la creación de un riesgo y ha de excluirse la imputación del resultado, porque sería absurdo prohibir acciones que no empeoran, sino que mejoran el estado del bien jurídico protegido⁴⁰. El recurso a la antijuridicidad para excluir la responsabilidad, sólo es correcto cuando se trate de casos de sustitución de un riesgo por otro. La disminución del riesgo es ya de entrada *no típica*.

2.2.2. Creación de un riesgo jurídicamente relevante

Para determinar cuándo un autor ha creado un riesgo jurídicamente relevante, se recurre a la teoría de la adecuación. Por ello, "en cuanto al punto de vista desde el que se enjuicia la cuestión de la creación del peligro, rige también la prognosis objetivo-posterior... y para ello también hay que dotar aquí al observador del eventual saber especial del autor concreto"⁴¹. Se incluye también aquí supuestos de irrelevancia del riesgo y diversas constelaciones en torno a las llamadas "desviaciones del curso causal".

2.2.3. Aumento del riesgo permitido

Este criterio trata de resolver el problema de si se debe imputar un resultado cuando mediante una conducta alternativa conforme a Derecho el mismo hubiera sido evitado, *no con seguridad, sino sólo probable o posiblemente*. Roxin afirma la imputación con el mero hecho de que la trasgresión del deber de cuidado haya aumentado el riesgo para el bien jurídico⁴². Martínez Escamilla planteó los supuestos de conductas alternativas conforme a Derecho así: ¿Qué relevancia posee para la imputación objetiva de un resultado el que con seguridad, probabilidad o posiblemente, ese mismo resultado también se hubiese producido? En casos de "seguridad" se recurre a la "teoría de la evitación" (un resultado será imputable si con el comportamiento alternativo conforme a Derecho se hubiera evitado con seguridad la producción del resultado), en casos de mera probabilidad se recurre a la "teoría del incremento del riesgo"⁴³.

2.2.4. Ámbito de aplicación de la norma

Mediante este criterio se solucionan casos en los cuales no se realiza el resultado, como cuando la víctima no muere a consecuencia del disparo, sino por el accidente automovilístico cuando era llevado al hospital. Además de casos en los cuales pese a que el resultado es *reflejo del riesgo producido*, el mismo no era uno que se quería evitar mediante la norma. Por ejemplo: la madre de A muere de un infarto al corazón al enterarse que su hijo fue muerto por B⁴⁴. En suma, este criterio está destinado básicamente a abarcar casos de daños sobrevenidos posteriormente, casos en los que se produce un segundo daño, y, precisamente, supuestos de provocación de acciones de salvamento arriesgadas(...).⁴⁵

2.2.5. Esfera de responsabilidad de la víctima

Tratado dentro del alcance del tipo. Según este criterio, un resultado grave no debe ser imputado a quien dio inicio al curso causal si el peligro de su producción fue libremente aceptado por la víctima⁴⁶. Este criterio ayudaría a resolver supuestos como aquel en el cual alguien proporciona droga a otra persona, la cual muere después por una sobredosis.

2.2.6. Posibilidad de nuevos criterios

Se reconoce que esta teoría es una teoría en elaboración, por lo tanto es posible que se encuentren nuevos criterios.

3. Una primera conclusión: corrientes restrictiva y amplia sobre la imputación objetiva

³⁹ Solucionar estos casos acudiendo a la antijuridicidad, "supondría que se empezara por considerar la aminoración del riesgo como lesión del bien jurídico típica de un delito, y eso es precisamente lo que falta". Roxin. *Derecho penal Parte General*. p. 366.

⁴⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal Parte General*. p. 367

⁴¹ Feijoo reúne las críticas planteadas a esta teoría: *La imputación objetiva en el Derecho penal*. pp. 61 y ss. Es además más que conocida la crítica que desde *in dubio pro reo* se formula a esta teoría.

⁴² MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. En *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*. p. 103.

⁴³ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Nociones preliminares* En Roxin, *La imputación objetiva en Derecho penal*. p. 27

⁴⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva*. pp. 61, 62.

⁴⁵ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. En Roxin: *La imputación objetiva*... pp. 28, 29

Para terminar con esta primera parte dedicada al análisis del surgimiento de los criterios de imputación, y a la descripción de la actual y dominante "teoría de la imputación objetiva", debemos concluir lo siguiente: los criterios que hoy se agrupan en la "teoría de la imputación objetiva" son criterios originariamente restrictivos de una desmesurada causalidad natural y surgen para su aplicación en el ámbito de los delitos imprudentes. No obstante, una parte de la doctrina ha realizado el traspaso de estos criterios hacia los delitos dolosos. Según esto señala Paz Mercedes de la Cuesta Aguado se pueden distinguir al menos dos corrientes sobre la imputación objetiva: RESTRICTIVA, que intenta sistematizar el conjunto de reglas ya existentes con criterios de carácter normativo *complementarios y restrictivos de la causalidad*; y AMPLIA, que se enmarca en una visión funcionalista del Derecho penal y responde a unos parámetros que trascienden el ámbito del tipo objetivo y se manifiestan en todas las categorías del delito. La corriente restrictiva goza de gran aceptación en España, mientras que, porque los presupuestos de los que parte no se comparten mayoritariamente, y en parte porque son rechazados algunos de los resultados a los que conduce, la corriente amplia tiene menos adeptos, sobre todo en sus versiones más extremas⁴⁷.

III. Críticas a la teoría de la imputación objetiva de la doctrina dominante en los delitos comisivos dolosos de resultado

Importancia del tema: recepción de la teoría de la imputación objetiva en la jurisprudencia peruana.

Los satisfactorios resultados a que conducen los criterios de imputación para excluir la responsabilidad en supuestos de delitos imprudentes, condicionó que jurisprudencias como la alemana al igual que la española los utilicen desde algunos años atrás. En el Perú los criterios de imputación se hacían necesarios para *excluir* la responsabilidad en supuestos en donde según la mera causalidad había que afirmarla, como efectivamente la afirmó el Tribunal Correccional en los años 60 según el caso en el que X u Y persiguen a Z, quien había dado muerte a M. G., y en su huida Z cae al río y perece (ejecutoria suprema del 2-04-1964)⁴⁸.

Hasta el año 90, nuestra jurisprudencia no había tomado noticia seria de los desarrollos conceptuales de la imputación objetiva; sin embargo, actualmente la teoría de la imputación objetiva empieza a ser acogida por nuestros tribunales supremos a tal punto que hoy se pueden contar por lo menos siete ejecutorias supremas que contienen argumentos referidos a *la no creación de un*

riesgo jurídicamente relevante o al *actuar a propio riesgo*, entre otros. Además, existen alrededor de ocho ejecutorias superiores que incluyen argumentos referidos a *la actuación a propio riesgo, la no acreditación de aumento del riesgo permitido, al principio de confianza*, en suma, a "un resultado no imputable objetivamente"⁴⁹.

Los aportes que ha brindado la doctrina de la imputación objetiva en el ámbito del delito imprudente para corregir la causalidad y negar la responsabilidad son evidentes, y nuestra jurisprudencia no puede sino acoger los criterios de imputación para ese tipo de supuestos (delitos imprudentes), como efectivamente lo ha venido haciendo. Sin embargo, llama notablemente la atención que nuestros tribunales estén utilizando los criterios de imputación objetiva también para supuestos de delitos comisivos dolosos, como en el caso del delito de estafa, donde nuestra Corte Suprema excluye la responsabilidad afirmando una "no creación de riesgo jurídicamente relevante"⁵⁰. La pregunta que ahora se nos plantea es la siguiente: ¿Es realmente satisfactorio generalizar una aplicación de los criterios de la imputación objetiva de tal manera que fundamenten la responsabilidad en los delitos dolosos? Podemos adelantar ya la respuesta: La teoría de la imputación objetiva llevada al ámbito de los delitos dolosos fracasa rotundamente en su principal pretensión: atribuirle a un autor un resultado típico como obra suya. Para fundamentar nuestra posición y analizar las terribles consecuencias prácticas a que conduciría la imputación objetiva en nuestra jurisprudencia al aplicarse a delitos comisivos dolosos, se hace necesario un análisis crítico de la teoría.

1. Características de la teoría

La exposición crítica que desarrollaremos a continuación no se ocupará o al menos no es el objetivo central de las frecuentes críticas que contra los diferentes criterios de imputación se sostienen. No es, pues, el objetivo de este acápite reunir y enumerar descriptivamente las críticas que contra la teoría han reunido diversos autores. Nos ocuparemos sí de cuestionar la teoría de la imputación objetiva como mecanismo de atribución y fundamentación de la responsabilidad en los delitos comisivos dolosos de resultado, criticando sus presupuestos, naturaleza y postulados mínimos, de tal manera que se tratará de un cuestionamiento de la teoría como teoría global del juicio de tipicidad.

1.1. Una primera característica: La objetividad de la teoría

Se trataría de una teoría que se nos presenta -por tomar las palabras de Marcelo Sancinetti- "como

⁴⁷ Paz Mercedes de la Cuesta Aguado. *La teoría de la imputación objetiva en la teoría del injusto en España*. En Roxin, Claus. *La imputación objetiva en Derecho penal*. pp. 63, 64. Nota. 38.

⁴⁸ Ver también: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Nociones preliminares...* p. 44.

⁴⁹ Ejecutoria Exp. 26° 8-98 del 14 de setiembre de 1998. En Rojas Vargas, Fidei. *Jurisprudencia penal: procesos sumarios*. Tomo II, Lima, Gaceta Jurídica 1999.

⁵⁰ Ver el fallo en Rojas Vargas, Fidei. *La teoría de la imputación objetiva vista desde la perspectiva de la jurisprudencia peruana*. pp. 81, 82.

furibundamente objetiva"⁵¹, cuyo análisis se realizaría con total independencia del aspecto subjetivo (dolo). Es en este sentido que Roxin dirige su crítica contra Welzel: "esto es una cuestión de imputación objetiva y no un problema de dolo"⁵², pues "es indiscutible que el autor subjetivamente quería exactamente aquello que ha producido objetivamente"⁵³. De esta manera, para esta teoría existe una total independencia en el análisis del tipo objetivo respecto del tipo subjetivo⁵⁴: "la cuestión de si luego una acción homicida también se puede imputar al tipo subjetivo y es por ello dolosa, sólo se discutirá a continuación"⁵⁵.

Una consecuencia de esto es que se puede afirmar la realización del tipo objetivo, pero no necesariamente la del tipo subjetivo, y al contrario, se puede afirmar el tipo subjetivo sin que se cumpla la imputación objetiva⁵⁶.

1.2. Una segunda característica: mecanismo casi infalible de atribución

Una segunda nota característica de esta teoría está dada por su más notable y sugestiva pretensión: se pretende así misma como un mecanismo de atribución que determinará cuándo un resultado típico *le pertenece* a un autor; cuándo dicho resultado típico *es su obra*.

2. Consideraciones críticas

2.1. Sobre la pretendida objetividad de la teoría

La imputación objetiva condujo a resultados satisfactorios cuando se la trató como mecanismo correctivo de la causalidad para excluir la responsabilidad en supuestos de delitos imprudentes. En este ámbito, la teoría de la imputación objetiva vio un campo de acción acorde a su naturaleza: predominantemente normativa. En el ámbito de los delitos dolosos, por el contrario, en el contrapeso ontologicismo-normativismo predomina el plano ontológico, representado por la finalidad. Aquí empezaría los problemas para la imputación objetiva, pues para proporcionar los mismos resultados satisfactorios que proporcionó en el ámbito del delito imprudente tendría que entrar en combinación con un mínimo de "ontologicismo". Una de las primeras manifestaciones de este problema; de los llamados "conocimientos especiales"; fueron los que cuestionaron la pretendida objetividad de la imputación objetiva, en tal medida que a decir de Lampe "han comprometido el destino de la imputación objetiva como teoría de validez

general"⁵⁷. Sin embargo, los conocimientos especiales han pretendido ser más que un mero indicio de dependencia subjetiva de la imputación objetiva: "En los riesgos inadecuados faltaría la imputación objetiva, pero si el autor sabe de la adecuación del riesgo en el caso concreto, la imputación objetiva vuelve a subordinarse al dolo: un círculo ante el cual Roxin se tranquiliza con sólo hablar de lo subjetivo en la imputación objetiva. Pero lo subjetivo tiene que estar en la imputación subjetiva"⁵⁸.

Si los conocimientos especiales han puesto en duda la "objetividad" de la imputación objetiva, frente a la combinación "dolo-ausencia de resultado individualizado" ya la teoría de la imputación objetiva se ve confundida y perdida en sus pretensiones máximas, a saber, la pertenencia de un resultado típico a un autor como su obra. Esto conecta con la segunda de sus características: la imputación objetiva es un mecanismo de atribución. Esto es correcto, la imputación objetiva es un mecanismo de atribución y como de tal no prejuzga de ninguna manera el resultado a atribuir. Por el contrario, y como es natural, presupone la existencia de un resultado concreto y delimitado a imputar. Esto mismo no es extraño y se corresponde con el origen histórico de esta teoría. En efecto, si hacemos una abstracción de los elementos comunes en los supuestos ya antes mencionados que dieron origen a los criterios de imputación, concluiremos por lo menos en dos aspectos comunes: a) que se partía de la existencia de un *resultado perfectamente individualizado y delimitado* (muerte de una persona por lo general); y b) que se trataba de delitos imprudentes. En este sentido, la afirmación de que la imputación objetiva, como mecanismo de atribución, no dice nada del resultado a imputar no es extraño porque corresponde con su origen histórico en el campo del delito imprudente.

En el contexto de los delitos imprudentes, la teoría de la imputación objetiva, entendida como correctivo de la causalidad por el que se pretendía liberar de un resultado cuando no parecía correcto afirmar la responsabilidad, no tenía mayores problemas pues era sólo un mecanismo de exclusión y se sobreentendía que, como tal, presuponia el resultado a excluir; sin embargo, tanto el *excluir* como el *atribuir* presuponen aquello que hay que *excluir* o *atribuir*. Si es así, se corrobora que también en el caso de los delitos dolosos la imputación objetiva presupone un resultado individualizado.

⁵¹ SANCINETTI, Marcelo A. Observaciones a la teoría de la imputación objetiva en Revista peruana de Ciencias Penales. N° 9, p. 570.

⁵² ROXIN, Claus. Derecho penal parte general, p. 363.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. La teoría de la imputación objetiva... p. 53.

⁵⁵ ROXIN, Claus. Derecho penal parte general, p. 363.

⁵⁶ ROXIN, Claus. "Sólo porque una causación de muerte puramente casual no la enjuicamos ya objetivamente como homicidio en sentido jurídico es por lo que un dolo tendente a ello no es un dolo homicida, sino dirigido a algo impune". Derecho penal parte general, p. 363.

Todo esto no tendría mayor importancia si no fuera por el hecho de que para individualizar un resultado es necesario recurrir al aspecto subjetivo. Imaginemos el siguiente supuesto: un autor dispara contra su víctima sin lograr alcanzarle, ¿qué se le imputará objetivamente, homicidio tentado, lesiones tentadas o habrá que negar la imputación por mero caso fortuito?⁵⁹ En este sentido, la imputación objetiva no tiene más remedio que recurrir a la intención del autor. Así también lo debería reconocer Roxin cuando afirma que un presupuesto de la tentativa es el dolo: "Así p. ej. la cuestión de si alguien que hace un disparo de revolver, pero no alcanza a nadie, ha realizado el tipo de homicidio tentado, de lesiones tentadas, de los daños tentados, o ningún tipo en absoluto, sólo se puede juzgar si se tiene en cuenta a dónde iba dirigido el dolo del agente"⁶⁰. No variaría mucho esto con el hecho de considerar al resultado como parte de la acción como hace Roxin⁶¹ y considerar que una acción de homicidio tentado es diferente de una acción de homicidio consumado, pues la diferencia entre una acción de homicidio tentado y lesiones tentadas sólo se puede realizar atendiendo al dolo. Tal vez todo esto no sea sino uno más de esos intentos que pretenden ir en contra de "la naturaleza de las cosas"⁶²: si el aspecto subjetivo es un presupuesto ya en la tentativa pues individualiza el tipo tentado, lo seguirá siendo también para la imputación objetiva de un delito consumado, pues es claro que un delito consumado tiene que pasar por una fase de tentativa; entonces no es posible que un aspecto subjetivo, en este caso el dolo, sea un presupuesto en la tentativa, pero que la imputación de la consumación se realice prescindiendo -ya ahora sí- de todo aspecto subjetivo. Las palabras del propio Roxin: "Dado que el dolo, en la fase de tentativa pertenece en todo caso al tipo y que todo delito pasa por esa fase, es imposible que en el momento de la consumación sencillamente desaparezca del tipo". Claro está que para Roxin no desaparece, sino que se traslada como por arte de magia al tipo subjetivo a analizar posteriormente.

Tal vez lo dicho se entienda mejor desde un caso concreto que estamos seguros habrá tenido más de una vez nuestra jurisprudencia:

"A regresa de viaje y en la puerta de su domicilio se encuentra con B, un viejo enemigo, con el cual se lía en trompadas. En el transcurso de la gresca, se acerca C y se lleva el equipaje de A".

¿Qué le imputamos objetivamente a B, lesiones

consumadas o robo agravado por concurso de personas?

Una primera respuesta rezaría así: lesiones consumadas, pues el hecho de que justamente pasara por allí un tercero que se aproveche de la situación obedece a la mera casualidad y no es de ninguna manera obra de B. Esto es correcto, y sin embargo el juicio de imputación tendría que variar radicalmente (más o menos unos siete años de pena privativa de libertad tomando como referencia los mínimos establecidos en nuestro Código penal) si se comprueba posteriormente que entre B y C hubo un acuerdo previo (aspecto subjetivo) que revele el dolo de los autores de cometer un robo (agravado). De esta manera la imputación objetiva habrá fracasado rotundamente en su máxima pretensión. Y ni qué decir de las injusticias que se cometerían si existiesen indicios que a nuestro operador judicial le hicieran suponer un acuerdo entre B y C cuando en realidad no lo hubo: ¿sería ésta una práctica judicial generalizada que tanto esperamos? Acá se hacen necesarias las palabras del profesor Zaffaroni: "La principal contradicción de estas teorías (sobre la imputación objetiva) finca en que, al fundarse en criterios preventivistas, normalizan el poder punitivo y, por ende (...) dejan abierta la puerta para una ampliación del poder punitivo"⁶³.

En la práctica judicial peruana, se puede reconocer que el aspecto subjetivo tiene cierta implicancia en el juicio de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Así lo demuestra la solución a un caso de estafa, donde se argumenta que se excluye la imputación porque no se ha comprobado la creación de un riesgo jurídicamente relevante para el patrimonio del agraviado, "*máxime* cuando ambas partes estuvieron de acuerdo en los términos del contrato sin que se infiera de él que la disposición patrimonial efectuada por el referido agraviado haya sido a consecuencia de un error *inducido* por el citado encausado"⁶⁴. Si hacemos una interpretación a contrario tenemos que: si se infiere que la disposición patrimonial fue efectuada a causa de una inducción a error, por lo menos para ser benévolo- habría un indicio de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. Nadie negaría que la inducción sea un aspecto subjetivo que en este caso afecta al juicio sobre la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

2.2. Breves comentarios sobre la diferencia entre dolo y culpa y sus implicancias para la teoría

⁵⁷ Cito a través de FEIJÓO SÁNCHEZ. *La imputación objetiva*... p. 194.

⁵⁸ SANCINETTI, Marcelo. *Observaciones*... p. 570.

⁵⁹ En este sentido también: Gracia Martín. *Consideraciones críticas acerca de la teoría de la imputación objetiva desde la perspectiva del finalismo*. En *Estudios de Derecho penal*. Lima-Perú, editorial: 'ceemsa' 2004.

⁶⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal Parte General*. p. 308.

⁶¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal Parte General*. pp. 324, 325. Cfr. tb. Wolter en *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal* p. 30.

⁶² Sobre "la naturaleza de las cosas" como un posible nuevo criterio de interpretación: véase Gimbernat Ordeig, Enrique. *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*. Madrid, editorial: Tecnos 1999 pp. 97 y ss.

Quizá nos hubiéramos ahorrado todas estas reflexiones si se hubiera reparado en un previo análisis de las diferencias entre el delito doloso y el imprudente, antes de realizar el traslado de la teoría a los delitos dolosos. Relacionado a la diferencia dolo-imprudencia se halla la idea de “mala suerte” o “infortunio”. En el delito doloso hay menos probabilidad de que el autor sea víctima del infortunio; en el delito imprudente, el infortunio tiene mayor campo de acción: “no cabe duda de que resultará más sencillo... afirmar que quien padezca las consecuencias del comportamiento descuidado habrá sido víctima de un cierto grado de *mala suerte*, un infortunio que, con frecuencia, se hará también extensivo al propio causante del mal”⁶⁵. De aquí que en el delito imprudente se hagan más necesarios criterios excluyentes del infortunio. Hacemos especial referencia a las siguientes reflexiones de Ramón Ragués: en el delito doloso la mala suerte en cuestión no tendrá mucha cabida: el resultado se atribuirá de un modo mucho más pleno a su autor, *le pertenecerá más*, en tanto que obra a él imputable⁶⁶. Todo ello nos lleva a reconocer que “la mayor pertenencia” de un hecho a un sujeto está notablemente influenciada si no se quiere decir “determinada”- por el dolo del autor. Así las cosas, resulta por lo menos “curioso” que una teoría que pretende la atribución a una persona de un hecho como “obra suya” desprece en su juicio el aspecto subjetivo.

Incluso el aspecto subjetivo (dolo) tiene relevancia para el juicio de peligro. Así, cuando se trata de explicar y justificar la diferencia de sanciones entre los delitos dolosos y los imprudentes, uno de los recursos, es afirmar que el delito doloso comporta una mayor peligrosidad para los bienes jurídicos (así Mir Puig, Hassemmer). Si esto es correcto (en contra Jakobs), entonces el aspecto subjetivo jugaría un papel por lo menos referencial en los juicios sobre creación de un peligro jurídicamente relevante, cosa que la imputación objetiva está muy lejos de reconocer⁶⁷. Todo esto ha llevado a los partidarios de la doctrina de la imputación objetiva al sinsentido jurídico de decir que utilizando el ejemplo del profesor Zaffaroni- “quien arrojó una bomba sobre Hiroshima introdujo un riesgo, cuando en realidad causa una hecatombe”⁶⁸.

2.3. Una precisión metodológica

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal. Parte general*. p. 469.

⁶⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. *Diálogo con la jurisprudencia*. pp. 81, 82.

⁶⁵ RAGUÉS VALLÉS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Barcelona, editoria: Bosch. 1999. pp. 33, 34.

⁶⁶ RAGUÉS VALLÉS, Ramon. *El dolo y su prueba en el proceso penal*. p. 34.

⁶⁷ RAGUÉS, por su parte, rechaza o por lo menos afirma que es discutible que el dolo importe mayor peligrosidad. Sin embargo, su argumentación se levanta sobre la base de un juicio de peligrosidad *ex post*: “desde el punto de vista del saldo global de los bienes jurídicos”. Así, sostiene que “tanto el autor doloso como el imprudente han sido capaces, a fin de cuentas, de producir un resultado idéntico”. (*El dolo y su prueba en el proceso penal* p. 40, sin cursivas en el original.) Nosotros, empero, la mayor peligrosidad que importa el dolo la mencionamos desde la perspectiva *ex ante* tal como lo requiere el juicio de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado. En este sentido, *ex ante* una conducta dolosa sí importa una mayor peligrosidad, y por lo tanto el aspecto subjetivo en el momento del enjuiciamiento del peligro juega también un papel.

⁶⁸ Así ZAFFARONI. *Derecho penal. Parte general*. p. 469.

⁶⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. *El finalismo como método*. El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría de delito. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. <http://criminet.ugr.es/recpc> (consulta: Junio 2005) 07:15.

⁷⁰ STRATENWERTH. *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. Trad. de la 2ª edición alemana (1976) de Gladis Romero. Editoria: FD. Buenos Aires 1999 p. 75.

Metodológicamente los partidarios de la imputación objetiva tal y cual la concibe Roxin tienen un punto de partida erróneo: la total independencia entre tipo objetivo y tipo subjetivo. Esto es así en tal medida que se podría afirmar independientemente uno del otro. Esto trae lógicamente graves contradicciones. Éstas se pondrían en evidencia ya de entrada cuando Roxin afirme que el objeto del dolo ya no sería la causalidad sino un riesgo jurídicamente desaprobado, y sin embargo sugiere la existencia del dolo impune en el caso de la tormenta. Esta contradicción la resume Gracia Martín así: Si la imputación objetiva se aplica a los delitos dolosos para excluir supuestos en los cuales, pese a que el autor actuaría dolosamente, no existe relevancia penal, esto llevaría en sí una contradicción: si se excluye la imputación, entonces no existen circunstancias que la fundamentan, y si no existen circunstancias tampoco existe dolo puesto que las circunstancias que fundamentan la imputación objetiva tienen que ser objeto de conocimiento del dolo. “No se puede llamar dolo a una circunstancia que está excluida del tipo objetivo”⁶⁹. Finalmente, este punto de partida parece olvidar que “existen acciones cuyos aspectos exteriores e interiores no pueden separarse en la descripción”⁷⁰.

3. Una segunda conclusión: la imputación objetiva no puede fundamentar la responsabilidad en delitos comisivos dolosos de resultado

Tendríamos que concluir esta parte de la siguiente manera: la imputación objetiva “como mecanismo de atribución parte de un resultado individualizado. Ello no tiene nada de raro en un mecanismo de “atribución”, ya que al ser sólo eso es de lo más normal y lógico que se presuponga el resultado a imputar. Más aún, es gracias a ello que es un mecanismo de imputación y no una teoría de averiguación del resultado a imputar. Se debe decir además que para individualizar el resultado no queda otro camino que recurrir a la intención del sujeto (el resto sería pura adivinanza jurídica) y en esa medida sería el dolo, un presupuesto de la imputación objetiva. Pretender una teoría objetiva que prescindiera de toda intención individualizada del resultado sólo se puede explicar por una sobredimensión y desnaturalización de la teoría.

IV. Consideraciones finales

Uno de los méritos atribuibles al profesor Claus Roxin, es el haber llamado la atención, acerca de la utilidad práctica de las categorías jurídicas empleadas en el Derecho penal⁷¹. En ese sentido, la teoría de la imputación objetiva se nos presenta como un mecanismo necesario en la práctica judicial peruana como correctivo de la causalidad para excluir la responsabilidad sobre todo en supuestos de delitos imprudentes. Una aplicación generalizada en el ámbito del delito comisivo doloso de resultado, o produce el abandono de los postulados básicos de la teoría en el momento de la argumentación judicial, o nos conduce a soluciones totalmente insatisfactorias⁷². Postular criterios de imputación con validez general quizá olvide que “la cuestión fundamental a resolver por un concepto penal de imputación no es ¿qué podemos hacer racionalmente con una persona?, sino si realmente esa persona era o no responsable. La responsabilidad de una persona por las lesiones que ha producido es el fundamento y la medida de la imputación y no las posibilidades y riesgos de una actuación penal sobre la misma. La cuestión aquí es la responsabilidad, no los objetivos político-criminales; se trata del pasado, no del futuro”⁷³.

V. Bibliografía

Alcácer Guirao, Rafael.

- Sobre el concepto de delito. ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?. Buenos Aires. Editorial Ad-Hoc. 2003.

Bacigalupo, Enrique.

- Técnica de resolución de casos penales. 2º edición. Buenos Aires. Editorial Hammurabi. 2002.
- Manual de Derecho penal. Parte general. Reimpresión 1989. Bogotá. Editorial Temis.
- Principios de Derecho penal. Parte general. 5º edición. Madrid. Editorial Akal. (sin fecha).

Bustos Ramírez, Juan.

- Introducción al Derecho penal. Bogotá-Colombia Editorial Temis. 1986.

Cancio Meliá, Manuel.

- Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. 2da edición Barcelona. Bosch 2001

Castillo Alva, José Luis.

- Principios de Derecho penal. Parte general. Lima Editorial Gaceta Jurídica. 2002.

Feijóo Sánchez, Bernardo José.

- Imputación objetiva en Derecho penal. Publicación editada por el Centro de Investigaciones del Instituto Peruano de Ciencias Penales. Lima Editorial Grijley. 2002.
- El principio de confianza, como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamentos y consecuencias dogmáticas. En Revista de Derecho Penal y Criminología. 2º época N° extraordinario Iº. (2000) págs. 93-138.

García Cavero, Percy.

- El actuar en lugar de otro en el Derecho penal peruano. 1º edición. Universidad de Piura. Ara Editores. 2003.

García Pablos de Molina, Antonio.

- Derecho penal. Introducción. Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de

Madrid. 2000.

Gimbernat Ordeig, Enrique.

- Concepto y método de la ciencia del Derecho penal. Madrid Editorial Tecnos. 1999.
- Delitos cualificados por el resultado y causalidad. Madrid Editorial Reus. 1996.

Gimbernat, Enrique; Schünemann, Bernd y Jürgen Wolter.

- Omisión e imputación objetiva en Derecho penal. Servicios de publicaciones de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 1994.

Gracia Martín, Luis.

- El finalismo como método sintético real-normativo para la construcción de la teoría del delito. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. <http://criminet.ugr.es/recpc> (consulta: Junio 2005).
- Consideraciones críticas acerca de la teoría de la imputación objetiva desde la perspectiva del finalismo. En Estudios de Derecho penal. Lima-Perú Editorial Idemsa. 2004.
- Los delitos de comisión por omisión (una exposición crítica de la doctrina dominante). En Estudios de Derecho penal. Lima-Perú Editorial Idemsa. 2004

Hassemer, Winfried.

- Crítica al Derecho penal de hoy. Trad. de Patricia S. Ziffer. Universidad Externado de Colombia y Centro de Investigaciones de Derecho penal y Filosofía del Derecho. 1998.
- Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal. Trad. de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Valencia Tirant lo Blanch. 1999.

Hassemer, Winfried y Muñoz Conde, Francisco.

- Introducción a la criminología y al Derecho penal. Valencia Tirant lo Blanch. 1989.

Hirsch, Hans-Joachim.

- Acerca de la imputación objetiva. En Separata renueva Doctrina Penal. 1998/A.

Hurtado Pozo, José.

- Manual de Derecho penal. Parte general. Reimpresión de la 2º edición. Lima Editorial Eddili. 1987.

akobs, Günther.

- La imputación objetiva en Derecho penal. Trad. de Manuel Cancio Meliá. Lima Editorial Grijley. Reimpresión 2001.

- Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Serrano Gonzales de Murillo. 2º edición. Madrid Marcial Pons, Ediciones Jurídicas. 1997.

- Bases para una teoría funcional del Derecho penal. Trad. de Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sánchez, Enrique Peñaranda Ramos, Marcelo A. Sancinetti y Carlos Suárez González. Lima Palestra Editores. 2000.

- Estudios de Derecho penal. Trad. de Manuel Cancio Meliá, Enrique Peñaranda Ramos y Carlos Suárez González. 1º edición Madrid-España. UAM Editores y Civitas. 1997.

- El concepto jurídico penal de acción. En Revista Peruana de Ciencias Penales. N° 3. Enero-junio. 1994

Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas.

- Tratado de Derecho penal. Parte general. 5º edición. Trad. de Miguel Olmedo Cardenote. Granada Editorial Comares. 2002.

Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz. Derecho penal.

- Parte general. I: teoría general del Derecho penal y estructura del hecho punible. Trad. de la 7º edición alemana por Jorge Boffill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires Editorial Astrea. 1994.

Mir Puig, Santiago.

⁷¹ “En estas deprimentes dificultades se refleja una crisis en la que ha incurrido últimamente el pensamiento sistemático en general y la teoría jurídico penal de delito en particular. (...) Con razón no se cree ya en los resultados que se deducen de los conceptos sistemáticos superiores y análogamente se piensa poco en la utilidad práctica de tales categorías”. *Política criminal y sistema del Derecho penal*. p. 23.

⁷² Entre una y otra decisión, nuestra Corte Suprema pareciera inclinarse por la primera. (Ver *supra* el caso de estafa.)

⁷³ HASSEMER WINFRIED. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Trad. de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Valencia. Tirant lo Blanch 1999 p. 167.

- Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método. Barcelona Editorial Bosch. 1976.
 - Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho. 2º edición. Barcelona Editorial Bosch. 1982.
 - Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal. En Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y la Criminología. 1º edición. Madrid 2001.
- Muñoz Conde, Francisco.
- Teoría general del delito. Reimpresión de la 2º edición. Santa Fé de Bogotá-Colombia Editorial Temis. 1999.
- Peña Cabrera, Raúl.
- Tratado de Derecho penal I. Estudio programático de la parte general. 2º edición. Lima Editorial Grijley. 1995.
- Peñaranda Ramos, Enrique; Suárez González, Carlos y Cancio Meliá, Manuel.
- Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs. Lima Editorial Grijley. 1998.
- Puppe, Ingeborg.
- La imputación del resultado en Derecho penal. Trad. de Percy García Caveró. Lima-Perú Ara Editores. 2003.
- Ragués i Vallès, Ramon.
- El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona Editorial Bosch. 1999.
- Reyes Alvarado, Yesid.
- Imputación objetiva. 2º edición. Santa Fé de Bogotá-Colombia Editorial Temis. 1996.
 - El concepto de imputación objetiva. En Revista internacional de Derecho penal contemporáneo. Octubre-diciembre. Bogotá, Legis 2002.
- Rojas Vargas, Fidel.
- Jurisprudencia penal. Tomo I. Ejecutorias de la Corte Suprema. 1996-1998. Lima Gaceta Jurídica. Julio 1999.
 - La teoría de la imputación objetiva vista desde la perspectiva de la jurisprudencia peruana: una primera aproximación. En Diálogo con la jurisprudencia: actualidad, análisis y crítica jurisprudencial. Año 5, N° 14, nov. 1999. Lima-Perú Gaceta Jurídica.
- Roxin, Claus.
- Derecho penal. Parte general. Tomo I. Trad. de la 2º edición alemana por Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid Editorial Civitas. Reimpresión 2000.
 - Política criminal y sistema del Derecho penal. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Barcelona Bosch. 1972.
 - Dogmática penal y política criminal. Trad. de Manuel Abanto Vásquez. Lima Idemsa 1998.
 - La imputación objetiva en Derecho penal. Trad. de Manuel Abanto Vásquez. Lima Idemsa 1997.
- Sancinetti, Marcelo A.
- Subjetivismo e imputación objetiva en Derecho penal. 1º edición. Buenos Aires Editorial Ad-Hoc 1997.
 - Teoría del delito y desvalor de acción. Reimpresión 2001 de la 1º edición (1991). Buenos Aires Editorial Hammurabi. 2001.
 - Observaciones a la teoría de la imputación objetiva, en Revista peruana de ciencias penales N°9.
- Silva Sánchez, Jesús-María.
- La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid Editorial Civitas 1999.
 - El delito de omisión. Concepto y sistema. 2º edición. Montevideo Editorial B de F. Buenos Aires Euros Editores. 2003.
- Stratenwert, Günter.
- Derecho penal. Parte general I. El hecho punible. Trad. de la 2º edición alemana (1976) de Gladis Romero. Buenos Aires Editorial FD. 1999.
- Struensee, Eberhard.
- Actuar y omitir, delitos de comisión y de omisión. En Revista de Derecho y Ciencia Política de la facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vol. 51. Año 1994. Lima.
- Welzel, Hans.
- Derecho penal alemán. Parte general. 11º edición. Trad. de

