

"Estado actual de la teoría de la imputación objetiva en Alemania"*

Current State of the Theory of the Allocation Objective in Germany

Fecha de recepción: 20 de abril de 2010

Fecha de aprobación: 31 de mayo de 2010

FABIÁN CAMILO MARTÍNEZ GUERRERO**

Resumen

La teoría de la imputación objetiva se ha establecido en la doctrina penal alemana como un mecanismo útil para atribuir la responsabilidad penal de una conducta punible, no sólo en casos de delitos culposos sino también para delitos dolosos y aún para problemas concretos de la parte especial. Aunque es criticada tanto por un sector doctrinal que desconoce su utilidad, como por un grupo de teóricos que propende por su ampliación como un sistema dogmático, la doctrina mayoritaria aplica la teoría de la imputación objetiva y poco a poco sus postulados se van abriendo paso en la jurisprudencia, hasta ahora escéptica al respecto.

Palabras clave

Acción, curso causal, riesgo, resultado, imputación, responsabilidad, confianza, deber, bien jurídico.

1 Artículo avance de investigación que se inscribe en el desarrollo de la tesis doctoral del autor.

2 Abogado de la Universidad Santo Tomás, Legum Magíster y doctorante de la Universidad de Konstanz, Alemania, actualmente profesional visitante en la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional.

Abstract

The theory of objective ascription has been established in the German criminal-law doctrine as a useful mechanism for attributing criminal liability of criminal conduct not only in cases of non-intentional crimes but also for intentional crimes and even to specific problems of the special part. Although it is criticized both by scholars who do not acknowledge its usefulness and by a group of theorists who seeks its expansion as a dogmatic doctrine system, the majority of the doctrine applies the theory of the objective ascription and its postulates are gradually finding their way into the case law, which until now has been skeptical about it.

Key Words

Act, chain of causation, risk, result, ascription responsibility, trust, duty, protected legal interest.

INTRODUCCIÓN

En el marco de las ponencias presentadas en la Universidad Santo Tomás, sobre el estado de ciertos temas de la teoría del delito alemana, me corresponde presentar un panorama sobre el debate alrededor de la teoría de la imputación objetiva en la dogmática penal. Para ello haré una breve exposición del esquema general de la teoría del delito como es entendida en la actualidad por la opinión mayoritaria de la doctrina; a continuación presentaré una reseña sobre el origen y el establecimiento de la teoría de la imputación objetiva y el lugar que ocupa en el esquema mencionado, expondré algunos de los puntos más discutidos, la relación de la teoría con otras figuras dogmáticas, las principales críticas sobre el tema, y finalmente ofreceré una perspectiva, a manera de conclusión.

De antemano quiero aclarar que sobre este tema existe una amplia variedad de enfoques, opiniones y criterios, que por razones de tiempo y espacio no podré abarcar en su totalidad y sobre las cuales remito a la literatura especializada³.

ORIGEN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La estructura contemporánea del delito se organiza en un sistema de tres niveles (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) con una diferenciación característica entre el tipo subjetivo, Como componente del injusto y la culpabilidad (Ambos, 2007 pp. 1 y ss). Para llegar a esta conclusión se examina el comportamiento en los apartados del tipo objetivo y el tipo subjetivo (Rengier). Sobre este punto es preciso señalar que la construcción dogmática de la estructura del delito en Alemania sigue estas categorías desde principios del siglo XX (Liszt, 1921), aunque los antecedentes normativos y teóricos se remontan a mediados del siglo XIX (Anselm von Feuerbach, 1847), los fundamentos filosóficos pueden encontrarse incluso en la antigüedad.

El punto de partida del examen que busca establecer la punibilidad de un determinado comportamiento es una conducta que produce un resultado contrario a una norma penal. Para la determinación del nexo causal entre la conducta y el resultado se han desarrollado una variedad de teorías. El derecho penal de finales del siglo XIX se sirvió del espíritu científico de la época, con gran influencia del naturalismo, para el cual era determinante el principio de causalidad. Con base en esto, el nexo causal se convirtió en un fundamento de la imputación al mismo nivel de la acción y del resultado.

³ Hago referencia a la literatura especializada en alemán, en concreto a los manuales y comentarios citados a lo largo de la presente ponencia y mencionados en la nota 48. Si bien en la actualidad es posible encontrar una gran variedad de artículos y monografías sobre el tema de imputación objetiva en castellano, desafortunadamente la mayoría de materiales que he revisado contienen teorías o enfoques revaluados en la discusión dogmática alemana, o presentan puntos de vista minoritarios como si fueran posiciones doctrinales de consenso.

por otra parte, aún con el influjo naturalista que podía implicar una tendencia al determinismo, el derecho penal siguió considerando al hombre como un sujeto libre, con la posibilidad de poner en marcha procesos causales con su voluntad (Schumann, 2006, pp. 408 y ss).

Sin embargo, no resulta difícil reconocer que para una consecuencia no sólo existe una única causa o condición. Por el contrario, las primeras teorías que abordaron el problema de la causalidad postularon la existencia de una multiplicidad de condiciones para un resultado concreto y que cada una de ellas, individualmente considerada, podía ser vista como causa del resultado. El problema de este planteamiento, conocido como "teoría de la equivalencia de las condiciones", es que lleva a la ampliación excesiva del marco de responsabilidad por un determinado suceso; en otras palabras, por la equiparación de las condiciones, por ejemplo, serían causas para el hurto de un reloj, tanto la acción del ladrón al apropiarse del bien, como la acción del relojero al crearlo, e incluso la acción de los padres al concebir al ladrón, puesto que todos esos comportamientos produjeron de manera equivalente, según esta teoría, el resultado, es decir, el hurto.

Como correctivo de este planteamiento se formuló a su vez la "teoría de la causalidad adecuada", según la cual, con base en cálculos probabilísticos, se pueden descartar los cursos causales irrelevantes y sólo dejar a consideración jurídica aquéllos que parezcan adecuados para producir el resultado. Como un desarrollo posterior se concibió la "teoría de la causalidad relevante", con la que se plantea considerar únicamente las causas que siendo adecuadas, fueran también significativas para el derecho penal con base en la interpretación de la norma jurídica o del tipo penal respectivo (Schumann, p. 411).

El problema general de este grupo de teorías es que sólo resultan útiles cuando se ha encontrado

la evidencia empírica de la misma. Las teorías de la causalidad no pueden ser utilizadas para resolver casos en los que el nexo causal es desconocido, sino que sólo tienen sentido cuando no se sabe cómo imputar el resultado a una determinada conducta que, de antemano, se "entiende" como causal. En otros términos, si una persona muere por una circunstancia desconocida es irrelevante discutir sobre los límites de la causalidad cuando no se conoce qué produjo el deceso. Solo cuando existe la certeza el factor que produjo la muerte se puede discutir la causalidad y posteriormente, dado el caso, también la imputabilidad de una determinada conducta⁴.

Así, para la atribución de la responsabilidad, como asunto normativo, no son suficientes los elementos naturalísimos ni las explicaciones causales. Si bien establecer la causalidad de una acción y un resultado es el primer paso, la imputación requiere un segundo nivel. En este punto surge la teoría de la imputación objetiva, que trata de establecer la atribución de un resultado relevante para el derecho penal, valiéndose de puntos de vista normativos. El núcleo del tipo objetivo es, entonces, la conexión entre una conducta típica, es decir, no cualquier acción (como la de los padres en el caso del hurto del reloj) y un resultado típico, es decir, el resultado contemplado en la norma penal.

No obstante, es preciso señalar que la imputación en el tipo objetivo sólo es un problema de la parte general, cuando el tipo penal concibe un resultado exterior separado en el tiempo y en el espacio. En los delitos de acción la imputación se agota con la subsunción de los elementos descriptivos y normativos del tipo concreto.

Aunque los fundamentos filosóficos de la imputación objetiva se encuentran en las teorías hegelianas (Hegel, 1911) y desde los años treinta

4 Sobre los diversos grupos de casos en los que resulta problemático establecer la causalidad ver StGB-Kommentar Schönke/Schröder/Lenckner-Eisele vor § 13 Número marginal 71 y ss.

autores como *Honig* (Honig, 1930), *Engisch* (Engisch, 1931) o *Welzel* (Welzel, 1969) desarrollaron algunas aproximaciones aún hoy relevantes sobre el tema, puede considerarse que la discusión contemporánea sobre la imputación objetiva se inicia con un artículo del profesor alemán Claus Roxin, del año 1970 (Roxin, 1970). La teoría se basa en el reconocimiento de que existe una gran variedad de casos en los que la comprobación de la causalidad, en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones, no es suficiente para atribuir el injusto del tipo objetivo (Schünemann, 1999, pp. 207-225, 211; Schumann, 2008, pp. 409-415, 411).

La imputación objetiva cumple una función negativa: se encarga de excluir cursos causales sin importancia para la esfera de análisis del derecho penal. Este tipo de imputación es "objetiva" porque deja de lado los componentes subjetivos de la conducta, concentrándose en la cuestión de si la causación del resultado puede verse como realización del tipo objetivo.

FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Sin entrar por el momento a considerar las diversas críticas a esta teoría, puede decirse que la doctrina dominante ha llegado a un consenso sobre la fórmula de la imputación. Según ésta, a un autor sólo le puede ser imputado un resultado, si el comportamiento, de manera causal (en el sentido de la teoría de la equivalencia de las condiciones) creó un riesgo jurídicamente desaprobado que en su forma concreta y conforme a la descripción típica, se realizó en el resultado (Heinrich, 2005, p. 75). En otras palabras, la imputación objetiva brinda elementos para determinar cuándo una obra puede imputarse a un autor como suya.

Como se mencionó anteriormente, la imputación objetiva cumple una función negativa, esto es, de exclusión de los cursos causales irrelevantes para el derecho penal. Por tal razón, la utilización

de la fórmula de imputación puede resultar más comprensible a la luz de los grupos de casos que son excluidos por cada uno de los componentes allí contenidos.

En primer lugar, se tienen los comportamientos en los que se descarta la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado; como riesgo se entiende una situación en la cual puede esperarse la producción de un resultado con cierta probabilidad (Kindhäuser, 2009, p. 90).

La existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado puede descartarse en un primer grupo de casos cuando la conducta crea un riesgo permitido, es decir, un riesgo general de la vida, en otras palabras, cuando la conducta constituye un riesgo tolerado por la sociedad y es considerada como socialmente adecuada. Este es el caso, por ejemplo, de un jugador de fútbol, que con la esperanza de que se produzca una lesión de un compañero de equipo, lo convence de utilizar el transporte público para desplazarse, y al hacer esto ocurre un accidente de tránsito en el que efectivamente se lesiona. Si bien la invitación a utilizar el transporte público, sumada con la intención de que se produzca una lesión podrían verse como la causa del resultado, es claro que dicha conducta no constituye un suceso relevante para el derecho penal y que el riesgo que se deriva del uso del transporte público es un riesgo latente aceptado por la sociedad. Como criterio adicional puede observarse también que el fin de protección de la norma (para este caso el artículo 111 del Código Penal Colombiano) no incluye la persuasión de utilizar el transporte público.

El otro grupo de casos más frecuente es el de la disminución del riesgo. De acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, tampoco son imputables objetivamente los comportamientos con los que, en el marco de un curso causal ya puesto en marcha, se produce una lesión inminente al bien jurídico, aún cuando el resultado, en su forma

concreta, haya sido producido por la conducta del agente. Este sería el caso, por ejemplo de una persona que desvía hacia el hombro una piedra que se dirige a la cabeza de quien está a su lado, o el de un bombero que para salvar a una persona de asfixiarse durante un incendio la arroja por una ventana, ocasionándole con esto fracturas en un brazo. Aunque existe consenso en que ninguna de estas dos conductas debe ser sancionada, para el segundo ejemplo se discute si con la producción de las lesiones no se crea un riesgo nuevo (y jurídicamente desaprobado), para el cual la ausencia de la punibilidad se encuentra en un posible consentimiento presunto justificante de la víctima (Rengier, 2009, p. 93).

Siguiendo con el análisis de los elementos de la fórmula de imputación, nos encontramos ahora con los grupos de casos en los que el riesgo creado no se realiza en el resultado concreto. La imputación objetiva exige un nexo entre el riesgo y el resultado. Este nexo desaparece cuando el resultado es producto del azar, de la acción de un tercero, o es responsabilidad de la misma víctima. En ese orden de ideas, no es imputable una conducta, cuando la producción del resultado es tan ajena a la experiencia cotidiana que, razonablemente, no es necesario contar con ella. Se habla en estos casos de la necesidad de una previsibilidad objetiva del resultado, o bien, de la no imputación en caso de cursos causales atípicos o extraordinarios (Rengier, p. 95; Heinrich, p. 249).

Sobre este punto presento un caso a manera de ejemplo: A y B discuten sobre la honradez de un candidato para las próximas elecciones, indignado por las acusaciones y en un ataque de ira A golpea a B de tal manera que tiene que ser internado en un hospital para tratar las lesiones sufridas en el altercado. Estando B en el hospital, se produce un incendio y éste muere al no poder ser rescatado a tiempo por los organismos de socorro, cuyos vehículos no se encontraban en condiciones de acudir con rapidez al lugar de la emergencia. En

este caso debe aceptarse que con la producción de las lesiones A generó un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó (si bien más allá de su intención) en el resultado; sin embargo, el incendio en el hospital sumado a las fallas de los organismos de socorro constituyen un acontecimiento atípico que no podía ser previsto por A. No obstante, si la muerte de B se produjera por complicaciones en una cirugía para tratar las lesiones, dicho riesgo si sería imputable a A (quien tendría que responder eventualmente por homicidio culposo o preterintencional) porque los riesgos de la intervención médica para el tratamiento debieron ser previstos por él.

Tampoco son imputables objetivamente los comportamientos que se encuentran por fuera del fin de protección de la norma. Tal es el caso de un accidente en el que dos vehículos sin la iluminación reglamentaria se desplazan por la noche en la misma dirección, a causa de dicha irregularidad los ocupantes del primer vehículo se desvían de la carretera y chocan contra un árbol sufriendo lesiones; posteriormente se logra determinar que si el automóvil que no sufrió el accidente hubiera tenido la iluminación correspondiente no hubiera ocurrido el suceso (Roxin, 2006)⁵. A pesar de esto, la producción del accidente no sería imputable al conductor de dicho vehículo (a título de lesiones personales culposas, por ejemplo) porque la norma de tránsito que regula la iluminación vehicular nocturna no tiene como fin proteger a terceros que estando en el deber de hacerlo, tampoco se atienen a la normatividad⁶.

Se excluye asimismo la imputación del resultado, cuando falta el nexo causal en la vulneración de un deber, es decir, cuando el resultado ocasionado por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado se hubiera producido de igual manera aún si el au-

5 Ejemplo análogo en Claus Roxin *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Tomo I, 4ª ed. München, 2006 (citado *Roxin AT I*) § 11 número marginal 85; RGSt 63, 392.

6 Kristian Kühl *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6a ed. München, 2008 (citado *Kühl AT*) § 4 número marginal 74

tor hubiera actuado conforme debía (Heinrich, AT I número marginal 251). Este es el caso, por ejemplo, de una intervención médica que no se realiza de acuerdo con los estándares científicos respectivos y se produce la muerte del paciente; pero aunque dicha operación se hubiera realizado correctamente no puede descartarse que la muerte se hubiera producido de todas maneras⁷.

Tampoco son imputables los comportamientos que producen un resultado típico, solamente sumados a una conducta de auto lesión o auto puesta en peligro libre y voluntaria de la víctima. Esta exclusión se basa en la delimitación de las áreas de responsabilidad⁸.

La delimitación parte de la tesis según la cual cada persona sólo es responsable por su propio comportamiento, o en otras palabras, en principio nadie debe ser considerado responsable por el comportamiento libre de otras personas. Son requisito para la exclusión de la imputación tanto que la auto lesión sea libre, es decir, que la formación de la voluntad sobre la afectación de bien jurídico esté libre de vicios y se trate de un bien jurídico disponible, como que la lesión o puesta en peligro sea verdaderamente "propia", esto es, que la víctima domine o sea la "dueña" de la afectación (Rengier AT p. 100). El resultado no entraría en el ámbito de responsabilidad propia de la víctima, por ejemplo, en el caso de un cónyuge que dolosamente y a base de un maltrato psicológico constante lleva a su pareja al suicidio. Por el contrario, no sería imputable la conducta del mesero de un bar que suministra alcohol a una persona que va a conducir –aún en el caso en que el mesero lo sepa y quiera que se produzca un accidente– en la medida en que la decisión de consumir alcohol haya sido tomada libremente por la víctima-causante del posterior accidente⁹.

Con base en la misma construcción teórica de la delimitación de las áreas de responsabilidad, tampoco se puede imputar objetivamente un resultado, cuando para la producción de éste ha intervenido también un tercero "apropiándose" del curso causal originado por el primer autor (Schumann p. 415). No son imputables los comportamientos en los que a pesar de haberse creado un riesgo jurídicamente desaprobado, el resultado se produce en virtud de una nueva conducta que se aprovecha de la original pero que crea un riesgo nuevo e independiente que se materializa en el resultado (Heinrich, AT número marginal 253).

No obstante, es necesario diferenciar entre la intervención voluntaria (dolosa) y la involuntaria (culposa) del tercero. Si en el caso anteriormente mencionado del altercado por la honradez del candidato, un médico aprovecha la estancia en el hospital de la víctima para agravar las lesiones y ocasionar un daño permanente a la salud, con el fin de asegurarse que la víctima no esté en condiciones de votar, tal daño permanente (como posible agravante del delito de lesiones personales) no sería imputable al primer autor. Por el contrario, si la intervención del tercero en la producción del resultado (lesión) se hace a título de culpa, por lo general el resultado sigue siendo imputable al primer autor, siempre y cuando el tercero no actúe con culpa grave (Rengier, AT p. 103).

LA IMPUTACIÓN OBJETIVA Y SU RELACIÓN CON OTRAS FIGURAS DOGMÁTICAS

Hasta el momento he presentado el cuerpo central de la teoría de la imputación objetiva. Ahora quisiera mencionar brevemente algunos aspectos de la relación de ésta con algunas otras figuras de la dogmática penal.

En primer lugar quiero mencionar la relación de la imputación objetiva con la teoría del bien jurídico. Junto a las funciones de la pena en esta

7 StGB-Kommentar Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele vor § 13 número marginal 98.

8 Kuhl AT § 4 número marginal 83 y ss.

9 StGB-Kommentar Sch/Sch/Lenckner-Eisele vor § 13 número marginal 101.

materia (prevención general, prevención especial, resocialización, etc.), el derecho penal también se legitima al cumplir la tarea de asegurar la protección de intereses jurídicos de la sociedad y del individuo. La teoría de la imputación objetiva busca, el cumplimiento eficaz de dicha función.

En los ejemplos que hemos visto hubiera podido ser una opción la no punibilidad de las conductas desplegadas, sin embargo, gracias a las precisiones dogmáticas que esta teoría aporta, es posible asegurar la sanción de quien pone en riesgo un determinado bien jurídico. Justamente por la incorporación del concepto riesgo como afectación del bien jurídico, la teoría de la imputación objetiva asegura de manera más completa la protección a los bienes jurídicos. En la sociedad moderna, con la producción y el consumo masivo de bienes, la masificación del transporte vehicular y aéreo e incluso con la globalización de las actividades empresariales y financieras, no sería suficiente una protección al bien jurídico basada únicamente en la producción causal de un daño (Kahlo, 2003, pp. 27 y ss). En el caso de una falla en la producción de un artículo destinado al consumo masivo, es importante tener clara la base de la responsabilidad penal. Esta base se logra con la determinación que facilitan los grupos de casos de la teoría de la imputación objetiva; su fórmula permite establecer la responsabilidad de los autores de una determinada decisión que ponga en peligro al público.

Por otra parte, quisiera referirme al principio de confianza como limitante de la creación de riesgos jurídicamente desaprobados¹⁰. Bajo el principio de confianza en materia penal se entiende que si una persona que toma parte en un proceso que representa un peligro concreto intrínseco, adopta las medidas de precaución correspondientes y respeta las normas y preceptos de seguridad que rigen la actividad peligrosa, puede a su vez confiar, para el

desarrollo de su actividad, que las otras personas participantes en el proceso también se comporten de manera correcta¹¹. Es preciso hacer la salvedad de que esta regla no rige de manera ilimitada, por el contrario, cuando para el autor es posible reconocer que otro participante de la actividad no está en condiciones de comportarse de acuerdo con las normas de seguridad respectivas, aquél debe adecuar su conducta para reducir los riesgos de un daño tanto como le sea posible. Si bien para la doctrina dominante este principio tiene su campo de aplicación en las conductas culposas relacionadas con el tráfico vehicular y la actividad médica, su aplicación puede extenderse también para asegurar el buen funcionamiento de otras actividades en la sociedad, por ejemplo, la construcción¹².

Ahora bien, si por una parte se puede aceptar que la imputación objetiva brinda una extensa protección al bien jurídico, por otro lado, es preciso preguntarse cómo debe entenderse dicha protección en una sociedad moderna para evitar una excesiva limitación del comportamiento y la libertad. La respuesta a este interrogante se encuentra en la distribución de funciones y responsabilidades, y este aspecto también es considerado en los grupos de casos de la imputación objetiva.

En este punto quisiera volver sobre el tema de la delimitación de las áreas de responsabilidad personal. El eje central de esta teoría es el principio de respeto a la autonomía privada, (Wittig, p. 242) según el cual cada individuo puede comportarse conforme a su voluntad sin más límites que evitar la vulneración de bienes jurídicos ajenos. Esta amplia medida de libertad, característica de un Estado de Derecho, exige como contraprestación la responsabilidad de los integrantes de la

11 Cfr. StGB-Kommentar *Lackner/Kühl* § 15 Número marginal 39. En general contra la utilización del principio de confianza en la teoría de la imputación objetiva Ingeborg *Puppe* en la revista *NSiZ* 2009 pág. 331 (comentario de una sentencia).

12 Refiriéndose especialmente al tráfico vehicular *Kühl* AT § 17 número marginal 37, 38 pág. 521.

10 StGB-Kommentar *Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben* § 15 Número marginal 148 y ss.

sociedad y cuando dicha responsabilidad no se mantiene, corresponde al Estado la regulación de las consecuencias de tal falta. Como instrumento de regulación el Estado puede recurrir también, aunque sólo en última instancia, al derecho penal; en virtud de la imputación objetiva se acepta que la limitación de las áreas de responsabilidad personales juegue un papel en la determinación dogmática de la responsabilidad penal, no son solo los resultados externos de la conducta, sino los roles del autor, víctima y terceros, los que deben ser considerados para la atribución de la responsabilidad (Wittig, p. 240).

CRÍTICAS

Una vez vistos los principales grupos de casos en los que encuentra aplicación la teoría de la imputación objetiva y su relación con otras figuras dogmáticas en los términos aceptados por la doctrina dominante, corresponde ahora presentar las críticas que al respecto reciben estas posiciones por parte de los defensores del finalismo ("clásico"), (Kaufmann, 1985, pp. 251 y ss., Lenckner, 1998, pp. 119 y ss). y de quienes promueven una ampliación de sus postulados para construir una teoría normativista o funcionalista del delito (Hruschka, 1976, Reyes, 1993, Lesch, 1999).

Críticas desde el finalismo

De parte de quienes critican en general la existencia de la teoría de la imputación objetiva, la principal objeción consiste en la afirmación de que dicha doctrina es una elucubración superflua, porque la teoría de la condición adecuada reúne todos los requisitos complementarios de la causalidad que son indispensables para la atribución de la responsabilidad (Schünemann, 1999, pp. 213 y ss, Frisch, 2003, pp. 719 y ss). A esta objeción se responde que existen múltiples casos en los que puede aceptarse la previsibilidad objetiva de un curso causal (el presupuesto de la teoría de la condición adecuada), pero en los que por razones normativas o de política criminal no sería sensato

sancionar al autor; (Schünemann, pp. 215 y ss) en el ejemplo del altercado por el candidato, puede ser previsible que la persona lesionada sea negligente con los cuidados para su recuperación, pero no se deben imputar al autor de las lesiones las posibles complicaciones o secuelas de una mala recuperación, como correctamente lo señala la teoría de la imputación objetiva.

Otra objeción de parte de los críticos de esta teoría es que cualquier problema o fenómeno relacionado con la determinación de la causalidad o con los elementos especiales en el tipo objetivo es asumido como un caso de aplicación de la imputación objetiva (Hirsch, 1998, 1141) Este planteamiento se concreta en que la mayoría de casos que se solucionan gracias a la imputación objetiva pueden resolverse desde el punto de vista del dolo. No obstante, La respuesta a esta crítica se encuentra en que muchas veces la solución desde el dolo llevaría a la punibilidad de casos en que no existe un nexo causal entre la conducta y el resultado, a pesar de que éste haya sido previsto y deseado por el autor, por ejemplo, el mencionado caso del futbolista (Frisch, 2001, pp. 225-226).

Finalmente, la tercera crítica desde los argumentos finalistas es que en la imputación objetiva no es posible precisamente la objetividad proclamada, porque en muchos casos tiene que considerarse el conocimiento privado del autor, es decir, que no es suficiente el conocimiento de un tercero "objetivo". Sin embargo, esto no significa, como lo indican los críticos, que se confundan los terrenos del tipo objetivo y del tipo subjetivo. Lo que hace la teoría de la imputación objetiva es desaprobado, no el hecho de que el autor tenga un conocimiento privado, sino el no considerarlo. Además, cuando el autor tiene un conocimiento privado y el resultado se produce con posterioridad a la adquisición del mismo, ese conocimiento forma parte de las circunstancias reales y objetivas por las que se desapruueba la conducta (Frisch, 2001, pp. 230-231).

Críticas desde orientaciones más radicales

La teoría de la imputación objetiva, como es expuesta por el profesor alemán Günther Jakobs y por sus discípulos; (Jakobs, 1993, Lesch, 1999, Bernd, 2007) tiene la pretensión de convertirse en un sistema teórico en la teoría del delito. Esta corriente argumenta que si se habla sólo de imputación del resultado, se prolonga innecesariamente el debate sobre lo injusto o la injusticia de acción o de resultado) deba ser considerado más relevante para el derecho penal (Reyes, p. 128). En contraste, adoptar un sistema penal basado en la imputación objetiva traería la ventaja de reemplazar el concepto tradicional de acción con un sistema fundamentado en concepciones normativas en las que el restablecimiento de la validez de la norma tras la comisión de un delito, sea el objetivo de la imposición de la pena.

Sin embargo, vista de esta manera la imputación objetiva, o más bien el normativismo, adquiere una función preventiva general desbordada, porque la función de restablecimiento de la norma conllevaría a un sistema social en el que las normas, no el individuo, son el valor primordial (Roxin, número marginal 110, Wittig p. 239). Contrariamente, la teoría de la imputación objetiva defendida por la doctrina dominante está referida a la protección de bienes jurídicos (Roxin, número marginal 68ff). Finalmente, la razón principal por la cual esta corriente normativista no ha encontrado eco en la doctrina alemana es que el desarrollo de sus postulados ha llevado a la fundamentación del así llamado derecho penal del enemigo; a la cual se le critica ser demasiado vaga y por tanto que difícilmente permite establecer quién debe ser clasificado como enemigo del Estado y qué comportamiento debe ser decisivo para ello (Eser, 2000, p. 445. También el desmantelamiento de las garantías del inculpa-do, que va ligado al derecho penal del enemigo, contradice los principios elementales del proceso penal y difícilmente puede

ser concordado con la dignidad humana, con el principio del Estado de Derecho, con el principio de culpabilidad y con la presunción de inocencia protegidos en las constituciones liberales (Albrecht, p. 856). Finalmente, tal concepción representa en su contenido una prevención de riesgos policial respecto de ciertas personas, sin una relación concreta con un tipo penal (Roxin, número marginal 126 y ss, Schünemann, 2003, pp. 299-313).

PERSPECTIVA

Para terminar me gustaría presentarles mi opinión sobre el panorama general de la teoría de la imputación objetiva.

Como hemos visto, en Alemania se pueden identificar por lo menos dos corrientes en la discusión doctrinal sobre la figura de la imputación objetiva: yo las identifico como la línea pragmática¹³ y la teórica.¹⁴ Los representantes de la primera (mayoría), reconocen las dificultades teóricas de la atribución de responsabilidad por medio de las categorías dogmáticas desarrolladas por las teorías casualistas, finalistas y de la imputación objetiva, pero aplican las fórmulas de esta última para resolver la gran mayoría de los casos en los que es problemática la imputación del resultado, tanto en los delitos culposos como en los dolosos¹⁵. Los segundos intentan solucionar los problemas teóricos entendiendo que para la mayoría de casos concretos (aunque no para los casos límite), se llega a prácticamente las mismas

13 A esta corriente pertenecen, a mi modo de ver, los principales tratados de la parte general como los de Heinrich, Wessels-Beulke, Kindhäuser, Kühl, Rengier y los comentarios al código penal de Schönke-Schröder, Lackner-Kühl y Fischer.

14 En esta línea identifico las posiciones de Roxin, Jakobs, Lesch, Pawlik, Schünemann, Puppe, Frisch y Hirsch, entre otros. Este enfoque se caracteriza por estar presente en las discusiones de los libros homenaje y las conferencias especializadas, mientras que el enfoque pragmático es característico de la literatura de formación y de los manuales.

15 Los elementos centrales como la previsibilidad objetiva del resultado o el fin de protección de la norma fueron concebidos inicialmente para la dogmática de los delitos culposos. Solo posteriormente se aceptó que la previsibilidad objetiva, era una idea de utilidad para la dogmática de los delitos dolosos.

conclusiones con una u otra teoría. En realidad, en el debate sobre la teoría de la imputación moderna no se discuten tanto los resultados como la vía dogmática correcta para llegar a ellos (Rengier, número marginal 40).

Probablemente habrán notado hasta este punto que no he mencionado la posición de la jurisprudencia sobre las discusiones presentadas. La razón es la escéptica posición (en especial) del Tribunal Supremo Federal al respecto. Si bien los criterios de imputación objetiva tienen amplia aceptación para los delitos culposos, la jurisprudencia ha evitado hasta el momento el reconocimiento de la imputación objetiva para los delitos dolosos; en principio porque los criterios de imputación aplicados (en el nivel del dolo) por la jurisprudencia llevan a los mismos resultados prácticos (Rengier, número marginal 42). Sin embargo, cada vez es más frecuente encontrar la terminología empleada en la teoría de la imputación objetiva, en las sentencias sobre delitos de resultado cualificado (o conductas preterintencionales como se les conoce en el derecho colombiano)¹⁶ y también en las sentencias que se pronuncian sobre delitos dolosos¹⁷.

A pesar de su creciente aceptación, es forzoso conceder que la teoría de la imputación objetiva aún no ha sido formulada como un sistema completo (Kühl, Número marginal 97). Por otra parte, se debe reconocer que esta teoría integra diversos aspectos a la dogmática penal y la complementa, como sucede, por ejemplo, con la figura de la limitación de las áreas de responsabilidad personal, que sería de difícil aplicación si se siguiera con la concepción estrictamente naturalista, dominante hasta la aparición de la imputación objetiva.

Por último quisiera mencionar la relevancia de la teoría de la imputación objetiva en el derecho comparado (Sieber, Cornils, 2008)¹⁸. Además de la influencia de la dogmática alemana en la realidad jurídica hispanohablante –de la cual el intercambio académico entre la Universidad Santo Tomás y la Universidad de Konstanz es una prueba–, resultará también interesante observar el papel de esta teoría en el desarrollo de la jurisprudencia a nivel europeo, pues una vez se consoliden las competencias consagradas en el nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también podría llegar a pronunciarse sobre cuestiones penales impulsando así una unificación de las concepciones dogmáticas con implicaciones transnacionales.

REFERENCIAS

Albin Eser, en: Eser et ál., *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München, 2000 p. 445

Ambos, K. (2007). Ernst Belings Tatbestandslehre und unser heutiger postfinalistischer Verbrechensbegriff. En *Revista Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 1 y ss.

Armin Kaufmann en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Berlin, 1985 pág. 251 y ss.; Hans Joachim Hirsch „Zur Lehre von der objektiven Zurechnung“ en *Festschrift für Theodor Lenckner*, München, 1998, pág. 119 y ss.

Bernd Heinrich *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 2005. Tomo I pág 75. (citado Heinrich AT I)

Bernd Schünemann, “Über die objektive Zurechnung” en la revista *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* 146 (1999) pág. 207-225 (211); Kay H.

16 Por ejemplo la sentencia del Tribunal Federal Supremo en la revista *NJW* 1998, págs. 3361 (3362).

17 Un interesante panorama sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal sobre el tema de la culpa, es presentado por Gunnar Duttge “Rechtsprechungsübersicht zur (strafrechtlichen) Fahrlässigkeit, Kontinuität und Wandel seit der Jahrtausendwende” en la revista *NSiZ* 2006, págs. 266-274.

18 También existen esfuerzos para acercar las doctrinas del derecho continental europeo y las del sistema jurídico (penal) angloamericano, por ejemplo, Christian J.M. Safferling, *Vorsatz und Schuld. Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht*. Tübingen, 2008.

Schumann, Von der sogenannten „objektiven Zurechnung“ im Strafrecht. Jura 2008. Pág. 409-415(411).

Claus Roxin "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht" en Festschrift für Richard Honig, Göttingen, 1970.

Claus Roxin Strafrecht Allgemeiner Teil Tomo I, 4ª ed. München, 2006 (citado Roxin AT I) § 11 número marginal 85; RGSt 63, 392.

G.W.F.Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts Berlin, 1911. (reimpresión de la edición de Berlin, 1821)

Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil 2a ed., Berlin 1993; Heiko Lesch, Der Verbrechensbegriff Köln, 1999; Bernd Müssig "Zurechnungsformen als gesellschaftliche Praxis - Zu den normativen Grundlagen der objektiven Zurechnung im Strafrecht" en Festschrift für Günther Jakobs, Köln, Berlin, München 2007.

Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, Berlin, 1969.

Honig, R. (1930). Kausalität und objektive Zurechnung. En *Festschrift für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, Aalen.

Joachim Hruschka, Strukturen der Zurechnung, Berlin, 1976; Yesid Reyes "Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung" en la revista *ZStW 105* (1993) 108-135.; Heiko Lesch, Der Verbrechensbegriff, Köln, 1999.

Karl Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen, 1931.

Liszt, F. (1921). *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 23a. ed. Berlin.

Michael Kahlo, "Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff im Strafrecht" en el libro *Rechtsgutstheorie* Hefendehl et ál. editores, Baden-Baden, 2003 (citado Rechtsgutstheorie) pág. 27 y ss.

Paul Johann Anselm von Feuerbach. (1847). *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 14ª. ed., Giessen.

Peter-Alexis Albrecht "Krieg gegen den Terror" en la revista *ZStW 117*, 856.

Petra Wittig "Rechtsgutstheorie, 'Harm Principle' und die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen" en *Rechtsgutstheorie*. pág. 242.

Rengier, R. (2009). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Munich.

Roxin AT I § 2 número marginal 126 ss., Bernd Schünemann "Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung" en la revista *GA* 2003.

Roxin, C. (2006). Strafrecht Allgemeiner Teil Tomo I 4ª ed. München. (citado Roxin AT I).

Rudolf Rengier Strafrecht Allgemeiner Teil, München, 2009 pág 93. (citado Rengier AT)

Schumann, K.H. (2006). Von der sogenannten, objektiven Zurechnung im Strafrecht. En *Revista Juristische Ausbildung (JURA)*, pp. 408 y ss.

StGB-Kommentar Lackner/Kühl § 15 Número marginal 39. En general contra la utilización del principio de confianza en la teoría de la imputación objetiva Ingeborg Puppe en la revista *NSiZ* 2009 pág. 331 (comentario de una sentencia).

Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil 4. Aufl. Baden-Baden, 2009. Pág 90. (citado Kindhäuser AT)