

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

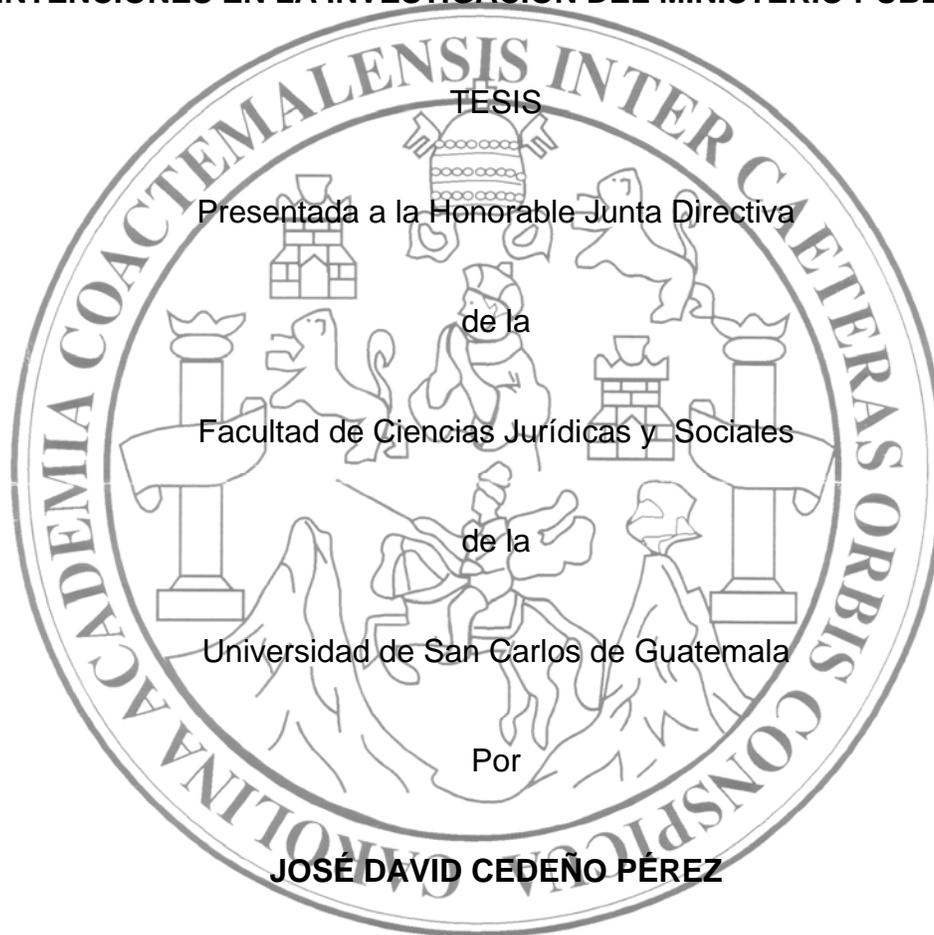
**LA IMPUTACIÓN OBJETIVA A TRAVÉS DE LA PRUEBA DE ATRIBUCIÓN DE
INTENCIONES EN LA INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO**

JOSÉ DAVID CEDEÑO PÉREZ

GUATEMALA, ABRIL 2011.

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LA IMPUTACIÓN OBJETIVA A TRAVÉS DE LA PRUEBA DE ATRIBUCIÓN DE
INTENCIONES EN LA INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO**



Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, Abril 2011.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana

VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López

VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla

VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz

VOCAL VI: Br. Mario Estuardo León Alegría

VOCAL V: Br. Luis Gustavo Ciraiz Estrada

SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



LICENCIADO

Hugo Leonel González Mayorga

Abogado y Notario

6ª. Av. 11-43, Zona 1 4to. Nivel Of. 400, edificio PAN-AM Guatemala, C. A.

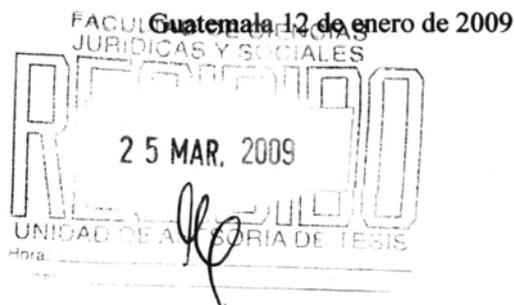


Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente

Respetable Licenciado Castro:

Por este medio me permito poner a su conocimiento que fui notificado de la resolución emitida por esa unidad que usted dirige, con fecha cuatro de noviembre de dos mil ocho, en la cual se me designa como ASESOR del trabajo de tesis del bachiller JOSÉ DAVID CEDEÑO PÉREZ, intitulado "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA A TRAVÉS DE LA PRUEBA DE ATRIBUCIÓN DE INTENCIONES EN LA INVESTIGACION DEL MINISTERIO PÚBLICO", trabajo de investigación que he guiado desde sus inicios, sugiriendo al sustentante durante el proceso investigativo, de redacción técnica judicial y de corrección ortográfica, gramatical y de sintaxis; siendo motivo de honra para mi persona, presentarle el trabajo completamente terminado, permitiéndome manifestar las siguientes consideraciones al respecto:

1. Para el presente trabajo de tesis fue necesaria la aplicación del método científico, en principio del método deductivo aplicado para estudiar el tema de la imputación objetiva en general y las teorías que la explican; finalmente se utilizó el método inductivo para conocer la problemática actual de la investigación que realiza el Ministerio Público, así como el querer atribuir una intención al sindicato; y la dificultad que representa la comprobación de estas intenciones en un juicio; las técnicas investigativas utilizada, fueron las técnica directas, entre ellas las bibliográficas y documentales.
2. El contenido del trabajo de tesis por su apropiada redacción, se encuentra acorde a la normativa establecida para el efecto, y también constituye un valioso aporte académico y científico en materia penal ya que es de sumo valor para la ciencia jurídica y para la justicia penal guatemalteca, sobre todo porque contribuye científicamente a la tipificación provisional





LICENCIADO

Hugo Leonel González Mayorga

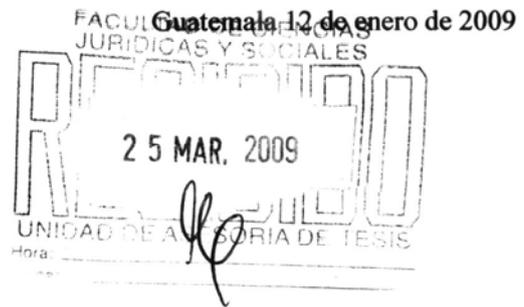
Abogado y Notario

6ª. Av. 11-43, Zona 1 4to. Nivel Of. 400, edificio PAN-AM Guatemala, C. A.



Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente

Respetable Licenciado Castro:



Por este medio me permito poner a su conocimiento que fui notificado de la resolución emitida por esa unidad que usted dirige, con fecha cuatro de noviembre de dos mil ocho, en la cual se me designa como ASESOR del trabajo de tesis del bachiller JOSÉ DAVID CEDEÑO PÉREZ, intitulado "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA A TRAVÉS DE LA PRUEBA DE ATRIBUCIÓN DE INTENCIONES EN LA INVESTIGACION DEL MINISTERIO PÚBLICO", trabajo de investigación que he guiado desde sus inicios, sugiriendo al sustentante durante el proceso investigativo, de redacción técnica judicial y de corrección ortográfica, gramatical y de sintaxis; siendo motivo de honra para mi persona, presentarle el trabajo completamente terminado, permitiéndome manifestar las siguientes consideraciones al respecto:

1. Para el presente trabajo de tesis fue necesaria la aplicación del método científico, en principio del método deductivo aplicado para estudiar el tema de la imputación objetiva en general y las teorías que la explican; finalmente se utilizó el método inductivo para conocer la problemática actual de la investigación que realiza el Ministerio Público, así como el querer atribuir una intención al sindicato; y la dificultad que representa la comprobación de estas intenciones en un juicio; las técnicas investigativas utilizada, fueron las técnica directas, entre ellas las bibliográficas y documentales.
2. El contenido del trabajo de tesis por su apropiada redacción, se encuentra acorde a la normativa establecida para el efecto, y también constituye un valioso aporte académico y científico en materia penal ya que es de sumo valor para la ciencia jurídica y para la justicia penal guatemalteca, sobre todo porque contribuye científicamente a la tipificación provisional



LICENCIADO

Hugo Leonel González Mayorga

Abogado y Notario



que efectúa el Ministerio Público en la primera audiencia de declaración del sindicado, mas aún en aquellos casos en los que un agente tuvo intención de producir un daño a una persona y se quiera determinar si dicho agente realizó una acción intencionalmente y qué acción era la que tenía, si era la intención de lesionar o finalmente si tenía la intención de matar, o bien, si tenía la intención de una detención ilegal o si tenía la intención de secuestrar.

3. Para las conclusiones y recomendaciones fue necesaria una discusión previa para poder arribar a afirmaciones concretas en las que se evidenciara la necesidad de contribuir con los operadores de justicia a encontrar el elemento determinante en la acción volitiva de un agente que comete un hecho dañoso en contra de otro, y así poder establecer de manera exacta la imputación objetiva del agente agresor, para así encuadrar de manera eficaz un delito de lesiones o bien una tentativa de homicidio o una tentativa de asesinato, así como un delito de detención ilegal o bien un delito de secuestro.
4. En relación a la bibliografía utilizada, le hago saber que las fuentes bibliográfica que utilizó el Bachiller Cedeño Pérez, para la integración del presente trabajo de tesis han sido idóneas y apropiadas, sobre todo al permitirle hacer una recopilación doctrinaria y legal para la búsqueda de la verdad, sobre todo para la imputación objetiva del agente agresor.

Hago constar que he guiado personalmente al sustentante durante el proceso de investigación científica, aplicando los métodos y técnicas apropiadas para resolver la problemática del presente trabajo de tesis, con la cual comprueba la hipótesis planteada conforme a la proyección científica de la investigación, En virtud, que el trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos prescritos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual, emito: **DICTAMEN FAVORABLE**, en cuanto a la fase de ASESORÍA, a efecto de que el mismo pueda continuar con el trámite correspondiente, para una posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo atentamente:

Licenciado

HUGO LEONEL GONZÁLEZ MAYORGA

Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintidós de abril de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) LUIS FELIPE LEE LÓPEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JOSÉ DAVID CEDENO PÉREZ, Intitulado: "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA A TRAVÉS DE LA PRUEBA DE ATRIBUCIÓN DE INTENCIONES EN LA INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
CMCM/nnmr.



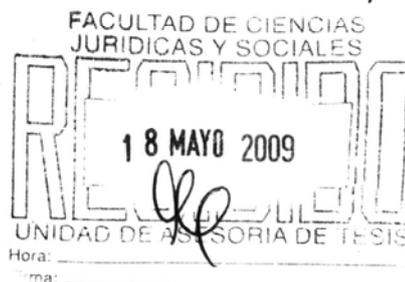


Luis Felipe Lee López
Abogado y Notario
Colegiado 3994

8va. Ave. 20-09 Zona 1
Tel. 5261-0214
Guatemala, C. A.

Guatemala 18 mayo de 2009

Licenciado
Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente



Respetable Licenciado Castro Monroy:

De manera atenta me dirijo a usted, en cumplimiento de la providencia emanada de esa Unidad de Asesoría de Tesis de fecha veintidós de abril del año dos mil nueve, al efecto de que se procediera a REVISAR el trabajo de tesis del bachiller JOSÉ DAVID CEDEÑO PÉREZ, intitulado "LA IMPUTACIÓN OBJETIVA A TRAVÉS DE LA PRUEBA DE ATRIBUCIÓN DE INTENCIONES EN LA INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO", y al respecto me permito manifestarle lo siguiente:

- a. En cuanto al contenido científico y técnico de la tesis se puede inferir que el contenido del trabajo de tesis es de gran importancia en el sector justicia para la tipificación de los delitos, no solo en base al resultado de los mismos, sino también a la intencionalidad delictiva de los sujetos activos que por causas externas no pudieron consumar en su momento el hecho delictivo, por que le hice las observaciones que creí pertinentes en su trabajo, las cuales fueron además de aceptadas, tomadas en cuenta por el ponente.
- b. En cuanto a la metodología y técnicas de investigación aplicadas se sugirió al ponente la utilización de los métodos deductivos e inductivos, los cuales sirvieron en principio para conocer la imputación objetiva en general, sus lineamientos y teorías que la explican para posteriormente inferir en conclusiones específicas acerca de la misma, posteriormente en aplicación del método inductivo se analizó el tema de la prueba de intenciones, también estudiándola en su contexto doctrinario y legal, lo cual ayudo a arribar a conclusiones generales, que manifiestan la dificultad de la comprobación de las intenciones que pudo tener un sindicado en la comisión de un ilícito penal. Las técnicas investigativas utilizadas, fueron las bibliográficas y documentales, las cuales constituyeron a reflejar de mejor manera la realidad objetiva investigada, en donde se pudo observar que a pesar que el Código Penal reconoce y regula la relación causal del delito, también es sumamente importante observar e indagar más allá de los resultados de la comisión del mismo.

Luis Felipe Lee López
Abogado y Notario
Colegiado 3994

8va. Ave. 20-09 Zona 1
Tel. 5261-0214
Guatemala, C.A.



pues de escenario del crimen se recogen muchos indicios a veces, que podrían sustentar una hipótesis basada en las intenciones del sindicado.

- c. En mi opinión personal, la redacción del trabajo de tesis se encuentra apegada al orden lógico que debe llevar una investigación de esta magnitud, lo cual la hace interesante por los aportes novedosos que presenta.
- d. En cuanto a las conclusiones y recomendaciones no cabe duda que se realizan afirmaciones concretas, que evidencian en principio el dominio del bachiller en la investigación realizada, además se considera como un valioso aporte para la iniciativa de creación de nuevas leyes o reformas para las existentes en el área penal.

Hago constar que he guiado personalmente al sustentante durante el proceso de investigación científica, aplicando los métodos técnicas apropiadas para resolver la problemática esbozada; con la cual comprueba la hipótesis planteada conforme a la proyección científica de la investigación. En virtud, que el trabajo de tesis en cuestión, reúne los requisitos legales prescritos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público; razón por la cual, emito:

DICTAMEN FAVORABLE

en cuanto a la fase de REVISIÓN a efecto de que el mismo pueda continuar con el trámite correspondiente, para un posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me despido atentamente:

Lic. Luis Felipe Lee López
Abogado y Notario
Colegiado 3994

Lic. Luis Felipe Lee López
ABOGADO Y NOTARIO

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cuatro de octubre del año dos mil diez.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JOSÉ DAVID CEDENO PÉREZ, Titulado LA IMPUTACIÓN OBJETIVA A TRAVÉS DE LA PRUEBA DE ATRIBUCIÓN DE INTENCIONES EN LA INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

MTCL/sllh.

DEDICATORIA

- A DIOS:** Por haberme dado la vida, iluminar mi camino, por bendecirme, protegerme y amarme siempre.
- A MIS PADRES:** José Ramón Cedeño y Bertha Lucila Pérez; gracias por todo lo que me han dado en la vida. Los quiero mucho.
- A MI ESPOSA:** Licenciada María Elizabeth Rosales de Cedeño, a quien le doy gracias primero a Dios por haberla puesto en mi camino, y a ella por todo su amor y por ser el apoyo incondicional en nuestro matrimonio y en mi carrera. Mi vida te amo mucho.
- A MIS HIJOS:** David Alexander Cedeño Alvarado y a mi angelito Andrés Eduardo Cedeño Rosales, quienes son la razón de mi vida, de mi superación y de mis esfuerzos; los amo mucho.
- A MIS SUEGROS:** Ángel Arturo Rosales y Leonor Elizabeth Monterroso de Rosales, por todo su apoyo, consejos y muestras de amor incondicional. Muchas gracias.
- A MIS HERMANOS:** Oscar René Cedeño Pérez Q.E.P.D., quien siempre ha sido un gran ejemplo para mí y que en cada momento de mi vida está siempre conmigo. Hermano te quiero y te extraño mucho; Laura, Victoria, Jennifer, Ramón Junior, Wilber, Walter, Leslie, Carolina y Javier.
- A MIS TÍOS, SOBRINOS Y PRIMOS:** Los quiero mucho, en especial a tía Esperanza y tío Fran, pues me han apoyado en todo momento, desde la infancia. Igual agradecimiento a los tíos Mery, Rolando y Luis.
- A MI CUÑADO:** Javier Alejandro Rosales y Familia, quien es como un hermano para mí.

A MIS AMIGAS:

Las licenciadas Katyna Alvarado de Grazioso, Pamela Delgado y Yeimy Perlita Sagarmínaga, también a la señora Lourdes Somarriba; por todo su apoyo y amistad incondicional.

A MIS AMIGOS:

Marvin Augusto Cardona y César Augusto Reyes, por brindarme su amistad, apoyo y consejos en todo momento.

A MI ASESOR:

Licenciado Hugo Leonel González Mayorga.

A MI REVISOR:

Licenciado Luis Felipe Lee López.

A MIS CATEDRÁTICOS:

Licenciados: Estuardo Gálvez, Omar Barrios, Welmer Gómez, Ricardo Alvarado, Carlos Mancio y Carmen Cristina Tánchez.

A MIS PATRIAS:

Nicaragua, Estados Unidos de América y en especial a Guatemala, por haberme recibido desde mi infancia y darme la oportunidad de desarrollarme en todo ámbito, tanto personal como profesional.

A:

La Tricentennial Universidad de San Carlos de Guatemala; en especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales; templo de la enseñanza y del saber.

ÍNDICE

Pág.

Introducción.....i

CAPÍTULO I

1. La imputación.....1
 1.1. Definición.....2
 1.2. Teorías de la imputación.....3

CAPÍTULO II

2. La relación de causalidad y la teoría de la imputación objetiva.....13
 2.1. La relación de causalidad.....14
 2.1.1. Análisis general de la relación de causalidad.....16
 2.2. Teorías de la relación de causalidad.....17
 2.3. Teorías individualizadoras de la pena.....19
 2.4. Teoría de la imputación objetiva.....20
 2.4.1. Diferencia entre imputación objetiva e imputación subjetiva.....25
 2.5. El alcance del tipo.....27

CAPÍTULO III

3. Antecedentes y análisis de la teoría de la imputación objetiva.....31

	Pág.
3.1. Concepto de imputación objetiva.....	34
3.2. Pautas para aplicar la imputación objetiva.....	35
3.3. La imputación objetiva y el riesgo permitido.....	39
3.4. La imputación objetiva y el fin de protección de la norma.....	42
3.5. La imputación objetiva y el dolo.....	45

CAPÍTULO IV

4. La prueba de atribución de intenciones.....	53
4.1. La explicación de la acción en la atribución de intenciones	55
4.2. Probar, explicar y atribuir.....	61
4.3. Intención y racionalidad y el principio de intencionalidad mínima.....	64
4.4. La acción racional y los tipos de racionalidad.....	66
4.5. Las intenciones.....	69
4.6. Modelo de prueba de la intención.....	70
4.7. Fundamentación del principio de racionalidad mínima y de los criterios de atribución de intenciones.....	75

CAPÍTULO V

5. Los elementos determinantes para la imputación objetiva de un delito.....	77
5.1. La correcta interpretación de los factores circunstanciales del acto o hecho.....	83

	Pág.
5.2. La prueba de atribución de intenciones en un hecho o acto delictivo...	87
5.2.1. La formulación previa de un juicio causal como parte integrante de la imputación objetiva.....	88
5.2.2. La creación de un peligro jurídicamente desaprobado para el bien jurídico protegido.....	91
5.3. La aplicación de la relación causal en el ánimo de un agresor que comete un hecho o acto delictivo.....	101
CONCLUSIONES.....	107
RECOMENDACIONES.....	109
BIBLIOGRAFÍA.....	111

INTRODUCCIÓN

Los jueces del ramo penal deben enfrentarse con frecuencia a problemas en que algunos casos presentan un agente que tuvo intención de producir un daño a una persona y han de tratar de determinar si dicho agente realizó una acción intencionalmente y qué intención era la que lo provocó, en el caso concreto de esta investigación si era la intención de lesionar o la intención de matar. Probar una intención es una tarea complicada. Las intenciones no son hechos observables.

Es de esta manera como se propuso el presente trabajo de investigación, que aborda la problemática de la imposibilidad de atribuir intenciones al momento de encuadrar una acción delictiva dentro de un tipo penal. El objetivo principal era establecer que en la normativa guatemalteca no se encuentra regulada tal posibilidad, porque únicamente se juzga acerca del resultado obtenido con la acción realizada por el sindicado de la comisión de un ilícito penal.

Si la prueba de los hechos externos ya entraña en ocasiones un alto nivel de dificultad, la prueba de los hechos internos o psicológicos parece añadir la complicación de que se trata de hechos que no pueden ser conocidos directamente por observación y respecto de los cuales sólo el agente que los tiene puede acceder a ellos. Dentro de la doctrina española se tiene una teoría que sustenta que a través de la atribución de intenciones, se puede determinar la acción volitiva del agente, esto es, la asignación a la acción realizada por un agente de la propiedad de haber sido realizada por éste para lograr un objetivo determinado.

El trabajo de tesis se dividió en cinco capítulos, en los cuales se abordan diversas temáticas relacionadas con la imputación objetiva; el primer capítulo desarrolla el tema de la imputación; en el segundo capítulo se estudia la imputación objetiva y la relación de causalidad así como las teorías que la sustentan; en el tercer capítulo por su parte, analiza los antecedentes de la teoría de la imputación objetiva; el cuarto capítulo estudia propiamente a la prueba de la atribución de intenciones y los fundamentos del

principio de racionalidad mínima y de los criterios de atribución de intenciones, finalmente el quinto capítulo presenta los elementos determinantes para la imputación objetiva de un delito.

Para la realización de la tesis fueron aplicados los métodos de investigación científica; entre ellos el método deductivo al analizar el tema de la imputación, la imputación objetiva y las teorías que la explican para finalmente concluir específicamente la forma en que opera la relación de causalidad, siendo ésta la teoría reconocida por la normativa guatemalteca. Posteriormente se aplicó el método inductivo, a través del cual se estudió la prueba de atribución de intenciones, sus fundamentos y los criterios que se podrían aplicar al momento de que ésta fuera adoptada por la legislación penal.

Las técnicas de investigación aplicadas fueron las directas; como la documental a través de la consulta de textos que abordaban la problemática desarrollada, que sustentaron las conclusiones y recomendaciones planteadas en el presente trabajo.

La intención de traer a colación la atribución de las intenciones a través de la prueba de intenciones, como tema de investigación, es contribuir con los operadores de justicia a encontrar el elemento determinante en la acción volitiva de un agente que comete un hecho dañoso en contra de otro, y así poder establecer de manera exacta la imputación objetiva del agente agresor, para de esa forma tipificar de manera eficaz un delito de lesiones o bien una tentativa de homicidio o una tentativa de asesinato.

CAPÍTULO I

1. La imputación

Ingresar de forma inmediata al campo analítico de lo que es materia del presente tema, sin previamente efectuar un examen respecto a la posibilidad participativa que pueda tener cada uno de los factores normativos de imputación en la esfera del instrumento formal y punitivo más radical que haya concebido el derecho, generaría, como consecuencia directa, una errónea noción que se traduciría en la marginalidad de tales factores en relación a los presupuestos ontológicos propios de la corriente finalista.

Esto sobre todo si se toma en cuenta que la evolución de los elementos elaborados, ya sea ontológica o normativamente, desemboca en un factor común, que es el de restringir cada vez más el ámbito de intervención estatal sobre conductas ajenas a ésta; y, como resultado indirecto, la trivialidad en su tratamiento doctrinal cuyos efectos se expresarían, seguramente, en su carencia o desacertada aplicación.

Por consiguiente, los argumentos expositivos que integran este primer apartado estarán destinados a responder aquella gran interrogante que aún es motivo de susurro por quienes recientemente pretenden incursionar en este ámbito y precedente obligatorio por quienes aprueban su necesaria aplicación. El mejor ejemplo del avance que ha mantenido el derecho penal material a lo largo de los años que la secuencia evolutiva de sus sistemas teóricos –causalista, finalista y funcionalista- en las que se

entrelazan una serie de rasgos que por sus peculiaridades le otorgan un tratamiento relativamente autónomo en cuanto a la permanencia de las demás, pero, unitario respecto al significado evolutivo que aquélla amerita.

Precisamente y para efectos de este apartado, únicamente, nos interesan aquellos caracteres que versan específicamente sobre la característica evolutiva implícitamente reconocida en cada uno de los referidos sistemas, pues como se viene insistiendo, en ellos converge un factor común, el de restringir cada vez más el ámbito de intervención punitiva sobre conductas que no la merecen.

1.1. Definición

La imputación, en derecho procesal, es el acto mediante el cual se le acusa formalmente a una persona de un delito concreto. Desde el momento de la imputación, el imputado deja de ser testigo, por lo que puede ejercer sus derechos de defensa, que normalmente son mayores en el caso de que ya exista una acusación formal, y no debe someterse a los deberes de los testigos.

Al respecto Roxin afirma: “El término imputación es uno de los más representativos del lenguaje en que se expresa la actual teoría jurídica del delito”¹. Por ejemplo, en la doctrina penal alemana, autores de orientaciones tan diferentes como Roxin, Jakobs y Hruschka sitúan este concepto en el centro de sus obras tal cual se aborda en la reconocida teoría del derecho penal de Roxin.

¹ Roxin, Claus. **Derecho penal: parte general, fundamentos: la estructura de la teoría del delito**. Pág. 23.

1.2. Teorías de la imputación

Es importante analizar el punto de vista del penalista español Gimbernat quien en su texto delitos cualificados, denunció como errónea la ubicación sistemática del problema de las causas imprevisibles en el ámbito de la acción, aportando lo siguiente: “Tanto la teoría final de la acción como la teoría social de la acción, a decir de Gimbernant, atribuyen al concepto de la acción sustituyendo así el dogma causal por el de la acción la misión que antes se había encomendado al concepto de causa: la determinación de la acción típica”.²

Sin embargo, las teorías de la acción cometen exactamente las mismas fallas que las de la causalidad; lo que no debe sorprender ya que los dos grupos descansan sobre la misma idea inexacta, pues allí donde ya ha fracasado un concepto ontológico, el de la causalidad, no puede dar resultados positivos otro de la misma naturaleza (el de la acción), esto en virtud de que el centro de gravedad del tipo, que presupone una valoración, puede ser solamente un concepto normativo.

En 1957, el autor Hardwig había visto en la imputación objetiva un concepto de esta naturaleza, que a su juicio permitía excluir el tipo de injusto cuando el resultado causado era imprevisible. Gimbernat en su texto, prefirió hablar de reprochabilidad objetiva, tal vez porque este concepto desde la perspectiva objetiva había sido inicialmente introducido por Larenz y para el derecho penal, por Honig y Helmuth Mayer

² Gimbernat, José Antonio. **Delitos cualificados**. Pág. 12.

no como un elemento del injusto, sino como exigencia del concepto previo de acción, como una condición sine qua non.

En cualquier caso, la fundamentación dogmática que el autor español hizo de su concepto de reprochabilidad objetiva situó el problema en los términos más consolidados de la actual teoría de la imputación objetiva:

- La exclusión de los resultados imprevisibles se debe a que los mismos no pueden ser objetivamente desvalorados como antijurídicos porque el derecho no puede razonablemente esperar ni siquiera de una persona prudente (baremo de la antijuridicidad) que evite aquello con lo que no puede contar.
- No sólo no son típicas las acciones que producen efectos imprevisibles, sino que tampoco lo son las que aun siendo peligrosas, están cubiertas por el riesgo permitido.
- Por ello, la inobservancia de la diligencia debida es un elemento del injusto típico no sólo en los delitos imprudentes, sino también en los dolosos.
- Además de la infracción del deber de diligencia y de la causación del resultado típico, el tipo requiere que el resultado sea precisamente uno de los que la norma quiere impedir (el fin de protección de la norma como criterio de imputación).

Tampoco fue un finalista, sino un autor de raíces neokantianas, el autor Roxin, quien habría de desarrollar sobre todo desde 1970, siguiendo expresamente el planteamiento propuesto en 1930 por Honig y difundir más que nadie en la doctrina penal la teoría de la imputación objetiva.

Según Schünemann, en su texto introducción al razonamiento sistemático en derecho penal, siendo discípulo de Roxin, la orientación teleológica o funcional que este último autor inició y que ha caracterizado la doctrina penal desde hace treinta años, y al respecto manifiesta que: "se caracteriza por un total alejamiento del razonamiento lógico objetivo del finalismo y debe contemplarse como un desarrollo ulterior del neokantismo."³ Para el autor Husserl, en efecto: "el moderno pensamiento teleológico tiene en común con aquella corriente la deducción de los diferentes niveles sistemáticos de los valores y fines que desempeñan el papel rector."⁴

En realidad hay algo de común en los orígenes teóricos del concepto de imputación objetiva: tanto el neokantismo, como el regreso a Hegel, y como la filosofía fenomenológica de Husserl, fueron manifestaciones que se producen en un mismo espacio, la Europa continental, y en una misma época, la primera mitad del siglo XX, que reacciona al naturalismo positivista y reclama un regreso a la filosofía. Por encima de sus diferencias, todas las direcciones indicadas coinciden en pretender ir más allá de la descripción científica de hechos físicos para acceder a la comprensión del sentido de tales hechos.

³ Schünemann, Christian. **Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal**. Pág.34.

⁴ Husserl, Edmund. **Esencia, intencionalidad y tensión en la fenomenología**. Pág. 20.

El concepto de imputación objetiva se presentó, entonces, como: “instrumento adecuado para expresar el sentido no naturalístico de la acción, primero, y del hecho típico”⁵, después. Ahora bien, el significado lingüístico de la palabra imputación resulta más adecuado para expresar un juicio de atribución efectuado por el hombre, siquiera sea intersubjetivamente, esto es socialmente, que para reflejar algo previamente dado. “Aquel término encaja mejor en una gnoseología subjetivista como la kantiana que en una filosofía que pretenda captar ideas o esencias objetivas. Y, por otra parte, aquel significado adscriptivo del término imputación viene bien a la filosofía analítica que se ha ido extendiendo en la segunda mitad del siglo XX, porque subraya la distinción, fundamental en esta orientación filosófica, entre la descripción y la prescripción, entre el ser y el deber ser.”⁶

Desde esta óptica, mediante las palabras se imputa sentido a las cosas. Esta imputación se efectúa en cada uno de los niveles en que se emplea el lenguaje, puesto que existen diversos usos sociales del lenguaje. El uso jurídico del lenguaje no coincide por completo con otros usos sociales no jurídicos, y aun dentro del lenguaje jurídico se puede distinguir distintos usos según la rama del derecho de que se trate o, incluso, según la institución ante la que se esté.

Así como los significados ordinarios del lenguaje son atribuidos por la sociedad en general o por determinados subsistemas sociales, el sentido de los términos jurídicos es

⁵ Ibid. Pág. 21.

⁶ Ibid. Pág. 28.

atribuido por quienes integran el subsistema jurídico correspondiente (en Derecho penal, por los legisladores y por la doctrina jurídico-penal de los autores y de la jurisprudencia). De ahí que sea inútil el esfuerzo que durante largos años ha ocupado a quienes pretendían encontrar el verdadero concepto de acción, como único válido para la teoría jurídica del delito. No hay un concepto de acción (ni causal ni final ni social) que la doctrina jurídico-penal deba respetar, por la sencilla razón de que es la doctrina jurídico-penal la que (como sucede en cada nivel social de lenguaje) debe atribuir al término acción el sentido que le parezca preferible. Hará bien, entonces, en decidir la cuestión según las necesidades y objetivos del derecho penal. Lo mismo ocurrirá respecto a cada una de las palabras que expresan las diferentes conductas típicas (como matar, apropiarse, lesionar, falsificar, etc.).

Ni hay una esencia del matar cuyos límites deba descubrir la dogmática penal, ni tampoco es vinculante para ésta el sentido o sentidos sociales ordinarios de dicho término. La misión de la doctrina y de la jurisprudencia penal es imputar al verbo matar el sentido preferible para los fines del derecho penal.

El derecho debe tener en cuenta las estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas. Tenía razón Welzel, citado por Husserl, al considerar que: “el derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas.”⁷ Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o de dejar de adoptar decisiones teniendo

⁷ Ibid. Pág. 33.

en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas.

Pero adviértase que es la finalidad reguladora de conductas que se asigna al derecho, una cuestión jurídica, más no ontológica. La que condiciona su eficacia a la existencia de aquella capacidad humana de ser motivado por normas. En todo caso, la teoría de la imputación objetiva ha partido de hecho de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar decisiones. Así fue incluso en alguien como Gimbernat que partió de un enfrentamiento abierto al ontologismo de Welzel y que, sin embargo, escribió: “El Derecho se dirige a hombres y no a adivinos.”⁸

Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos.

Continúa el autor Gimbernat agregando que: “Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente: la naturaleza del hombre).”⁹ De todos modos, tomadas al pie de la letra estas afirmaciones van probablemente demasiado lejos. Si es cierto que no tiene ningún sentido tratar de impedir que alguien deje de causar resultados absolutamente imprevisibles para él

⁸ Gimbernat, José Antonio. **Ob. Cit.** Pág. 46.

⁹ *Ibid.* Pág. 34.

prohibiéndole causar tales resultados, salvo que se le prohibiera toda conducta, también es un hecho que los resultados que normalmente se califican de imprevisibles en realidad no lo son de forma absoluta. No es del todo imposible de prever que un empujón cause la muerte de alguien, puesto que la experiencia enseña que de vez en cuando algún empujón causa la muerte de alguna persona.

En realidad, casi todo lo que se considera producto casual de una conducta humana ha sucedido ya en casos anteriores de forma más o menos parecida, por lo que se podría prever que volviera a ocurrir. Otra cosa es que se parta de que el derecho penal no debe extender la grave calificación de injusto penal a conductas que incluso una persona prudente y respetuosa del derecho no dejaría de realizar por una remota posibilidad de que resultasen lesivas. Pero ésta es una elección político-criminal, aunque ciertamente siempre se tenga en cuenta el dato de qué es lo que de hecho prevén o no, las personas prudentes y lo admitan como un freno normativo, es decir, llegar a establecer qué es lo que priva a otra persona el caer en un acto delincencial y que eso, siendo sumamente subjetivo, se tome como una regla o norma.

En esto último influye, sin duda, la consideración político-criminal de que el derecho penal, por lo menos en un Estado democrático, ha de respetar las valoraciones sociales y no debe castigar conductas que socialmente se consideran lícitas o muy poco graves, o no debe asociar hechos levemente antijurídicos, como un empujón, a penas previstas para comportamientos mucho más graves, como el homicidio.

Desde luego, todo el ámbito del riesgo permitido queda excluido de la imputación típica por una ponderación político-criminal de la utilidad social del sector de actividad de que se trata frente a los riesgos que supone, que lleva a decidir la permisión de la actividad peligrosa, incluida la que ex post resulte lesiva por razón precisamente del riesgo permitido.

Todo ello se debe a elecciones de política jurídica y no viene impuesto, aunque sí condicionado, por los límites de la capacidad de previsión humana. Sólo así se explica que otros sectores del derecho, como el civil o el administrativo, puedan prever responsabilidad económica para quien cause resultados lesivos por una culpa levísima que no sería suficiente para la responsabilidad penal, o incluso para quien cause algún daño sin culpa en el ejercicio de ciertas actividades peligrosas que se permiten a cambio de correr con el deber de reparar económicamente el daño que produzcan conocido como, responsabilidad por riesgo.

En derecho penal ello resulta no sólo posible, sino obligado cuando no existe un uso jurídico específico impuesto por la ley, por la tradición o por un pacífico consenso de jurisprudencia y doctrina siendo una opinión dominante, y así apartarse del sentido usual significaría una ampliación del ámbito de lo punible. Así se sigue de la prohibición, vinculada al principio de legalidad, de aplicación de la ley penal más allá del sentido literal posible de sus términos, aunque exista analogía, como la prohibición de analogía llamada también, *in malam partem*.

El principio de legalidad no impide, en cambio, modificar el sentido común de las palabras empleadas por la ley penal si con ello se restringe el alcance de lo punible y se atiende mejor a los fines del Derecho penal. Es lo que sucede cuando la doctrina actual considera que no deben imputarse como típicas las conductas que no aumenten de forma relevante el riesgo de producción del resultado típico, aunque ex post acaben causándolo.

Así, el empujón que a priori no parece que vaya a causar la muerte de la persona empujada no se considera imputable como acción de matar a una persona, aunque de hecho cause la muerte de aquella persona. Aunque el verbo matar pueda utilizarse en el lenguaje común para casos como éste (puede decirse que quien empujó mató al empujado), es lícito entender de forma menos amplia dicho verbo en su uso por los tipos de delitos contra la vida, si se admite que la finalidad de las penas previstas para tales delitos no es castigar simples empujones. Estamos ante una restricción teleológica del sentido de un término legal, permitida en cuanto no perjudica, sino que favorece al reo.

De acuerdo a lo anterior, hemos conocido ya la teoría de la imputación objetiva, criticada por Husserl y aplaudida por Roxin, sin embargo ésta temática nos sirve de referencia en el siguiente capítulo en donde se estudiará la relación de causalidad como elemento determinante dentro de la teoría de la imputación objetiva.

CAPÍTULO II

2. La relación de causalidad y la teoría de la imputación objetiva

Corresponde ahora, detallar el marco conceptual que aquéllas comportan, pues para ello será necesario remitirse desde la primera teoría que albergara y diera vida al sistema causalista, como la teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua non* que fórmula establece que una acción es causa del resultado si suprimida mentalmente su realización, el resultado no se hubiera producido. Sin embargo, la imprecisión contenida en esta fórmula suele revelarse cuando el juicio por parte del sujeto de la acción es más amplio que el propio conocimiento general o cuando concurren sobre él conocimientos especiales respecto del sujeto u objeto sobre el cual despliega su acción, por ejemplo cuando sabe que el agredido padece de un problema cerebral grave y pese a ello propina un severo garrotazo sobre su cabeza.

Pese a las objeciones planteadas en el marco de la teoría de la adecuación, ello no es motivo para dejar de nominarla, no sólo, como la pionera de las teorías en la búsqueda limitadora del ámbito de intervención punitiva, sino también, en la que por primera vez se distingue un componente normativo, que procuraba normativizar el concepto causal en si mismo, a tal punto de poder identificar ya bajo un concepto ad hoc de causa cuál era la conducta en definitiva adecuada al tipo. Valerse de la experiencia general para solucionar los problemas de imputación de resultados, implicaba catalogar de uniformes los conocimientos de los sujetos actuantes generando al respecto una insuficiencia jurídica. Lo ideal entonces ya no giraba en torno a cambiar esta fórmula, sino, por el

contrario, a tratar de rescatar aquel ingrediente normativo que en su conjunto contenía la teoría de la adecuación, y de eso, precisamente, se encargó la teoría de la relevancia típica, para cuyo efecto bifurcó su hipótesis explicativa partiendo de la comprobación de la causalidad adecuada y terminando en la verificación típica de ésta con lo prescrito en la norma que la regula.

Bajo consideraciones teleológico-normativas se elabora, finalmente, la teoría de la imputación objetiva, cuyos criterios normativos de imputación normativizan las descripciones típicas puramente causales y sirven de marco previo a la atribuibilidad de resultados. Efectivamente, esta teoría propone trasponer los filtros normativos de creación de riesgos desaprobados o de realización de dichos riesgos en el resultado, para que desde un punto de vista estrictamente jurídico se pueda imputar a alguien la comisión de un hecho de naturaleza delictiva.

2.1. La relación de causalidad

Las relaciones de causa y efecto que pueden generarse mediante el actuar humano permiten visualizar, muchas posibilidades modificativas del mundo exterior, y a las que jurídicamente se puede agruparse bajo el nombre de simples causalidades, en las que su esencia misma viene determinada por la concepción de que un suceso proviene de otro.

Esto se trata de la relación formal existente entre una conducta y varios resultados o viceversa, pero que en el fondo no sólo constituyen una gama abierta de modificaciones

externas, sino también una vinculación lejana del marco jurídico exigible para la conducta humana.

Por el contrario, la causalidad requerida como paso previo al respectivo análisis normativo de una determinada conducta, precisa de una legitimidad sustancial que se evidencia en la evaluación que de esas conductas efectúa el juzgador, como único órgano facultado por ley, y que en palabras de De La Cuesta Aguado: “Consiste en la aplicación a la aparición de un resultado de principios explicativos lógicos que excluyen...aquellos supuestos que no son en ningún caso consecuencia de un actuar humano”¹⁰.

Se trata entonces, de la realización de un juicio de causalidad que denota el razonamiento jurídico del operador del derecho a efectos de lograr una explicación lógica de cuando un resultado es consecuencia de una acción; sin embargo ¿cómo se constata la relación de causalidad requerida?, específicamente mediante la recurrencia a dos fórmulas: la teoría de la equivalencia y la teoría de la condición legal, continúa manifestando la autora citada que: “de esta forma, unos describen el nexo causal de tal modo que debe existir un nexo de legalidad entre el comportamiento del autor y el resultado producido; mientras que otros, preguntan si la conducta representa una condición necesaria para la producción del resultado”¹¹.

¹⁰ De la Cuesta Aguado, Paz Mercedes. **El concepto material de culpabilidad.** Pág. 68.

¹¹ Ibid. Pág. 69.

Al margen de dilucidar cuál de las dos fórmulas propuestas a las que por cierto se les ha dedicado un particular tratamiento en líneas precedentes, es la que mejor se condice con la relación de causalidad exigida, parece sensato rescatar el lado positivo que ésta nos muestra y que no es otra cosa que la “delimitación material sobre la que ha de versar el juicio normativo”¹².

2.1.1. Análisis general de la relación de causalidad

Al realizarse en el exterior la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado. El problema de la relación de causalidad o de la imputación al tipo objetivo, únicamente se presenta en los delitos de acción y de lesión, es decir, en los delitos en que una acción deba producir una afectación al bien jurídico. Por otra parte, los delitos de comisión por omisión, no puede aplicarse la causalidad, pues no se puede asegurar el resultado de haber actuado en esa situación de inacción. El problema que ha surgido con la relación de causalidad es de ubicación dentro de la estructura del delito, y al respecto las diversas teorías tienen distinto punto de vista en su ubicación, por ejemplo:

a) Los defensores de las teorías causalistas: ubican a la relación de causalidad en la conducta, es decir en la acción, manifestando que es: “la modificación causal del mundo exterior perceptible por los sentidos y producida por una manifestación de voluntad, es decir, por la realización u omisión de un movimiento corporal”¹³. Sus elementos según los que defienden estas teorías son: la voluntad, relación de causalidad y resultado y

¹² Ibid. Pág. 71.

¹³ Ibid. Pág. 77.

todo lo ven como relación causa y efecto, y por ello la relación de causalidad forma parte de la conducta.

b) Los defensores de las teorías finalistas ubican a la relación de causalidad en el resultado, es decir que ellos consideran que: “ésta es el ejercicio de una actividad finalista, lo cual significa que es una actividad dirigida conscientemente en función de un fin, por ello ubican a la relación de causalidad en el tipo penal”. Para ellos, la relación de causalidad es parte del tipo, toda vez que, se debe distinguir entre la conducta como manifestación de voluntad y la producción del resultado, el cual es ajeno e independiente de la conducta.

2.2. Teorías de la relación de causalidad

La dogmática penal al estudiar el problema de en que casos la conducta es responsable penalmente de la afectación al bien jurídico, elaboró las teorías siguientes:

a. Teoría de la equivalencia de las condiciones:

La teoría de la equivalencia de las condiciones establece que todo resultado o efecto es consecuencia de una multitud de condiciones, siendo todas igualmente necesarias y por tanto equivalentes. Causa de un resultado es la suma de todas las condiciones o fuerzas que contribuyen a su producción y atribuir a continuación el carácter de causa a cada una de las condiciones. A esta teoría se le critica que en la búsqueda de la causa última simplemente llevaría al buscador en un regreso hasta el infinito, a indagar la

causa de la causa, que a su vez sería causada por otra. Conforme a esta teoría, por ejemplo, en aquellos lugares donde el adulterio es penado por la ley; podría ser responsable del adulterio además de los adúlteros el carpintero que construyó la cama, o de un homicidio la persona que fabricó la pistola o las balas, o inclusive los padres que dieron nacimiento al homicida. Esta teoría no permite constatar la existencia de una relación de causalidad donde la ciencia no ha podido descubrir una ley causal. Posteriormente, la doctrina elaboró otros planteamientos buscando limitaciones a la teoría de la equivalencia de las condiciones, sin embargo ninguno es relevante para el presente estudio.

b. Teoría de la última causa

La teoría de la última causa limita al último eslabón la relación de causalidad. Es responsable del delito la última persona que contribuyo al resultado (último eslabón) Esta teoría no siempre es acertada y se puede entender mejor en el siguiente ejemplo: Una persona es atropellada, lo auxilia un paramédico y muere, de acuerdo con esta teoría el responsable sería exclusivamente el paramédico. No resuelve el problema del que se vale de otro para cometer un delito.

c. Teoría de la condición sine qua non

Permite únicamente constatar una relación de causalidad concreta, entre una determinada acción y un resultado, cuando se conoce ya la causalidad general. Falla

en los casos en que concurren a la producción del resultado dos condiciones de modo que cada una de ellas hubiera sido suficiente para producir el resultado.

2.3. Teorías individualizadoras de la pena

Estas teorías ante el fracaso de las teorías de la causalidad, tratan de resolver el problema estableciendo una diferencia entre causa y condición, y entre ellas se tiene a la teoría de la causa eficiente, y de la causalidad adecuada.

a. Teoría de la causa eficiente

La Teoría de la causa eficiente establece que causa es la condición de la que depende la cualidad del resultado, mientras que de las otras condiciones depende únicamente su aparición. Resulta impracticable, e irrelevante en muchos casos. No resuelve el problema del que se vale de otro para cometer un delito.

b. Teoría de la causalidad adecuada.

Para la teoría de la causalidad adecuada, causa es aquella que generalmente es adecuada para producir un resultado. Sus criterios se basan en los siguientes planteamientos:

-Previsibilidad objetiva: cualquiera pudiera prever el resultado de la acción.

-Diligencia debida: si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible el resultado se mantienen en la esfera de lo permitido.

Al limitar la causalidad natural con criterios jurídicos, convierte por primera vez, el problema causal en un problema jurídico, por lo cual se le critica ya que se considera de fundamentos vagos e imprecisos. Esta teoría según lo anterior, permite únicamente constatar una relación de causalidad concreta, entre una determinada acción y un resultado, cuando se conoce ya la causalidad general. No se sabe, qué grado de posibilidad de prevención es suficiente ya que contradice la naturaleza de las cosas, el hacer depender o no la existencia de la relación de causalidad la previsibilidad del resultado y finalmente no resuelve el problema de impedir cursos causales salvadores.

Para entender mejor esta extraña teoría, se posee el siguiente ejemplo: Si se destruye la única medicina que puede salvar a otro, o se cortó la manguera de los bomberos, y si no fuera por ello los bienes jurídicos se habrían salvado. Si por causa se entiende una fuerza operativa causante de un resultado, solo serían causales, la enfermedad o el fuego, mientras que la acción humana no inciden el curso causal, sino que solo le ha quitado obstáculos potenciales a las causas, es decir, no causó el resultado quien destruyó la medicina o cortó las mangueras

2.4. Teoría de la imputación objetiva

Esta teoría establece que el cometido de la imputación al tipo objetivo es indicar las circunstancias que hacen de una causación una acción típica, por ejemplo, de una causación de muerte una acción homicida relevante. El ámbito de prohibición jurídico penal solo puede comenzar de allí donde se constate la realización de una acción que

exceda de lo jurídicamente permitido. La imputación al tipo objetivo se produce conforme a dos principios sucesivamente estructurados:

-Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.

-Excepcionalmente, puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la imputación de tales peligros y sus repercusiones.

En resumen, toda conducta que suponga la creación de un riesgo no permitido o el aumento de un riesgo más allá de los límites de lo permitido es ya suficiente para imputar el resultado que suponga realización de ese riesgo no permitido. Sin embargo, la creación de un riesgo no permitido puede ser irrelevante penalmente si no entra dentro del ámbito de protección del tipo penal que prevea esa conducta como delictiva.

En suma: "la imputación objetiva supone la atribución de un sentido jurídico-penal específico a los términos legales que expresan la conducta típica, y no una mera descripción del verdadero sentido de dichos términos. En términos de filosofía analítica, la palabra 'imputación' pertenece al lenguaje prescriptivo, no al descriptivo."¹⁴

En este sentido, resulta rechazable concebir la imputación como una forma de averiguar cuándo un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta. En alguna medida, toda interpretación de la ley supone, pues, algún grado de imputación, como atribución de significado. Y la afirmación de cada una de las categorías dogmáticas del delito también encierra su imputación. Pero este sentido

¹⁴ Roxin, Claus. **Ob. Cit.** Pág. 67.

amplio del concepto de imputación, que alcanza a toda la labor de la doctrina jurídica en cuanto no es meramente descriptiva, debe diferenciarse del sentido más concreto que tiene el término 'imputación' cuando se emplea para expresar un elemento particular de la teoría del delito como la imputación objetiva. Ésta suele referirse al tipo objetivo del delito. Pero no está claro el alcance que deba tener ni siquiera en este ámbito. Literalmente podría hacerse coincidir con toda la afirmación del tipo objetivo y entonces incluiría la comprobación de todos los elementos del mismo, incluso de los específicos de cada tipo de delito.

Los elementos de la imputación objetiva son:

- a. Exclusión por la falta de creación de un riesgo no permitido: Falta una creación de riesgo y con ello la posibilidad de imputación, si el autor modifica el curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, y por tanto mejora la situación del objeto de la acción. En cambio, si crea un riesgo quien no debilita un peligro existente, sino que lo sustituye por otro, cuya realización en definitiva es menos dañosa. Aquí el autor del delito realiza acciones típicas de un delito que le son imputables como realización del tipo, pero puede estar justificado por consentimiento presunto o por estado de necesidad. Hay que rechazar la imputación al tipo cuando el autor no ha disminuido el riesgo de lesión de un bien jurídico, pero tampoco lo ha aumentado de modo jurídicamente considerable. Ej: A le pide a B que durante una tormenta se meta debajo de un árbol, posteriormente, le cae un rayo y lo mata. Lo mismo sucede si un peligro ya existente no es incrementado de un modo mensurable.

- b. Exclusión de la imputación en los casos de riesgo permitido: Aunque el autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante, sin embargo, la imputación se excluye si se trata de un riesgo permitido. Entendemos por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero de modo general (independiente del caso concreto) esta permitida y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye la imputación al tipo objetivo. Prototipo del riesgo permitido es conducir un automóvil observando todas las reglas del tráfico. En todo caso un punto de apoyo sustancial es el establecimiento de reglas de cuidado como las que existen en el tráfico o para la práctica de deportes, etc., pues la regulación normativa de precauciones de seguridad es prueba existencia de un riesgo jurídicamente relevante. También será atípica la provocación de cursos causales en el marco del riesgo permitido, por ejemplo: A persuade a B para que viaje en avión con la esperanza de que este se estrelle, como efectivamente sucede.
- c. La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro: La imputación al tipo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente por el riesgo no permitido creado por el autor. Esta excluida la imputación si el resultado se produce, pero no como efecto del riesgo no permitido por el autor. Por ejemplo, la víctima de una tentativa en el homicidio, no muere por el atentado, sino en un incendio en el hospital.

Así como en la creación usual de peligro la consumación requiere además la realización del peligro, en caso de riesgo no permitido la imputabilidad del resultado depende adicionalmente de que en el mismo se haya realizado precisamente ese riesgo no permitido. El caso más sencillo es el de que la superación del riesgo permitido sencillamente no repercute sobre el resultado en su concreta configuración. Ej: El director de una fábrica de pinceles suministra a sus trabajadoras pelos de cabra para su elaboración, pero sin desinfectarlos previamente como estaba prescrito. Cuatro trabajadoras se infectan y mueren. Una investigación da como resultado que el desinfectante prescrito hubiera sido ineficaz contra ese bacilo. Aquí el autor, al omitir la desinfección ha creado un gran peligro pero no lo ha producido, ya que se hubiera dado el resultado de igual forma que si hubiera actuado diligentemente. Si se le imputara el resultado, se le castigaría por la infracción de un deber, cuyo cumplimiento hubiera sido inútil. Tampoco es atribuible el resultado la infracción del deber que rebasa el riesgo permitido es causal para el resultado, pero el riesgo de producción del resultado no se ha aumentado por la superación o exceso. Por ejemplo: el automovilista rebasa la velocidad permitida, pero poco después vuelve a observar la velocidad prescrita. Entonces atropella a un niño que había salido repentinamente detrás del automóvil, y el accidente es objetivamente inevitable para el conductor.

No es imputable el resultado típico, toda vez que, una conducción demasiado rápida no aumenta el riesgo de que produzca un accidente en una conducción nuevamente reglamentaria, de este modo tampoco puede evitarse el atropellamiento porque la prohibición de exceso de velocidad no impide que los automóviles pase por el lugar del accidente. Tampoco será imputable el resultado típico, en los casos en que la

superación del riesgo permitido sea relevante para el resultado concreto, pero no obstante el curso del hecho era tan atípico que ya no se puede contemplar como realización del riesgo prohibido. Por ejemplo: Provocar el ataque cardíaco de otro de un susto; en este caso, dar un susto aumenta demasiado escaso el peligro, para que pueda considerarse como imputable del resultado, finalmente, también hay casos en los que la superación del riesgo permitido aumenta el peligro del curso del hecho como el que luego se ha producido, pero pese a ello no puede tener lugar la imputación.

Otro ejemplo puede ser que un dentista le extrae dos muelas a una mujer bajo anestesia total, y está muere de un fallo cardíaco. Aunque ella le había avisado antes de que tenía “algo de corazón”, el dentista había omitido hacer intervenir a un internista, como requería el cuidado debido. Sin embargo, se puede suponer que en la exploración por un internista no se habría descubierto la dolencia cardíaca, pero lo que si es cierto es que debido al retraso que hubiera causado el reconocimiento por el internista, la mujer en todo caso hubiera muerto más tarde. En este caso se ha aumentado el riesgo, pese a ello la imputación del resultado no tiene sentido, pues el deber de consultar a un internista no tiene la finalidad de provocar un aplazamiento de la intervención, y de ese modo prolongar la vida del paciente. Por eso no se ha realizado el peligro que quería prevenir el precepto de cuidado infringido, y ahí fracasa la imputación del resultado. Sólo hay que ser consciente de que en la realización del riesgo no permitido se trata siempre del fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido (del deber de consultar un médico internista) y no del fin de protección del tipo penal.

2.4.1. Diferencia entre imputación objetiva e imputación subjetiva

La expresión imputación objetiva se distingue de la expresión imputación subjetiva en referirse a algo objetivo y no subjetivo, pero no aclara suficientemente el alcance de lo objetivo a que se refiere. Siendo un concepto creado por juristas, su preciso significado depende del sentido que le demos los juristas. Su primer creador a criterio de Roxin, el jurista Larenz: “lo ideó para excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar. Una primera posibilidad es, pues, limitar el sentido de la imputación objetiva a la restricción del amplísimo alcance de la teoría de la equivalencia de las condiciones”¹⁵. En este sentido la imputación objetiva vendría a ocupar el espacio que, incorrectamente, ocupaba la teoría de la adecuación y se limitaría a ofrecer un correctivo de la causalidad.

“Pero ya los primeros penalistas que desarrollaron el concepto para el derecho penal no sólo exigieron para la imputación objetiva la creación de un determinado grado de riesgo, sino también que dicho riesgo no fuera permitido. Ello ha llevado a negar la imputación objetiva en casos en que el resultado producido no era imprevisible, pero ha sido el producto de una actividad lícita, por pertenecer a un sector social peligroso pero útil”¹⁶.

Con ello se da un paso importante en la ampliación del alcance de la teoría de la imputación objetiva: ésta se desvincula de la sola previsibilidad, para remitir a la idea,

¹⁵ Ibid. Pág. 69.

¹⁶ Ibid. Pág. 70.

que sirve también de fundamento a las causas de justificación, de la ponderación de intereses en conflicto (riesgo y utilidad social). Ésta plantea una cuestión cualitativamente distinta a la de si el resultado puede imputarse al autor de la conducta que lo causa como obra suya. Por esta vía se abre el camino a la tendencia actual a equiparar la imputación objetiva a toda la imputación de la parte objetiva del tipo.

2.5. El alcance del tipo

Con la realización de un peligro no cubierto por el riesgo permitido se da por regla general la imputación al tipo objetivo. Sin embargo, cada vez se impone más la opinión de que pese a ello en el caso concreto aún puede fracasar la imputación en que el alcance del tipo, el fin de protección del tipo (prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.), no abarca resultados de la clase de los producidos, en que el tipo no está destinado a impedir tales sucesos.

Al respecto se estudian dos casos relevantes en acciones dolosas:

- La cooperación en un auto puesta en peligro dolosa. Ej. A le aconseja a B que realice una conducta temeraria y B muere. No se le puede atribuir a A el delito de inducción al suicidio, ya que B no deseaba morir, es decir, no esta contemplada su participación por las valoraciones de la ley. Ej. A le pide a B que trabaje con un martillo, y B se machuca el dedo. No se le imputa delito a A, por las valoraciones de la ley, ya que no esta prevista como delito la Autolesión. Ej. Un médico regreso de un viaje infectado de viruela, y aunque se sentía muy enfermo trabaja en la clínica sin someterse

a reconocimiento, por lo que una serie de médicos y pacientes fueron infectados y enfermaron. También enfermó un sacerdote que con conocimiento de riesgo acude a auxiliar a unos enfermos y se contagia.

El médico creó un peligro un permitido y por ello fue castigado por lesiones u homicidio culposo en relación con las personas que se infectaron sin saberlo. Pero la situación es distinta respecto del sacerdote, quien se puso asimismo en peligro dolosamente y por decisión propia, por lo que no se le pueden imputar al médico las consecuencias derivadas de ello. Un caso similar es el siguiente: Ej: A tiene contactos sexuales con B, a sabiendas que B tiene riesgo de SIDA. Respecto de las drogas, se plantea el problema siguiente: Ejemplo: A le entrega a B heroína. B se inyecta y muere por ello. La entrega de drogas es delito, por lo que A creó un peligro no permitido, sin embargo, las auto puestas en peligro no son subsumibles en el tipo de lesiones o de homicidio. Finalmente, también hay que rechazar la imputación del resultado cuando la víctima consciente del riesgo de una lesión que no ponía en peligro su vida, se niega a recibir auxilio, provocando su muerte por el descuido. Ej: A lesiona a B sin poner en peligro su vida, sin embargo, B por razones de secta no admite el tratamiento médico, la lesión se infecta, se agrava y B muere.

- La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste. Este grupo de casos se refiere a la constelación en que alguien no se pone dolosamente en peligro a sí mismo, sino que se deja poner en peligro por otro con conciencia del riesgo. Ej: Un pasajero quiere que un lancharo lo lleve por el río durante una tempestad. El lancharo lo desaconseja, aludiendo los peligros, pero el cliente insiste, el lancharo emprende el arriesgado intento, el bote vuela y el pasajero se ahoga.

La forma correcta de plantear el caso debe orientarse a saber hasta que punto el tipo conforme a su fin de protección abarca la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste. La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste debe ser equiparable en todos los aspectos relevantes a una auto puesta en peligro. Para ello se deben satisfacer los requisitos siguientes:

- a) El daño ha de ser la consecuencia del riesgo corrido y no de otros fallos adicionales.
- b) El sujeto puesto en peligro ha de tener la misma responsabilidad por la actuación común que quien le pone en peligro.
- c) La víctima debe ser consciente del riesgo en la misma medida que quien le pone en peligro.

El tema de la relación de causalidad ha sido ampliamente discutido por la dogmática penal, siendo hoy la teoría dominante la teoría de la imputación objetiva, misma que se encuentra en constante replanteamiento, principalmente por la jurisprudencia de los tribunales alemanes.

CAPÍTULO III

3. Antecedentes y análisis de la teoría de la imputación objetiva

La mayoría de la doctrina especializada coincide en citar como precursores de la teoría de la imputación objetiva a Karl Larenz (1930); Richard Honig (1930) y Hellmuth Mayer (1936). Durante la primera mitad del siglo XX la dogmática en general no le prestó demasiada atención a sus postulados, probablemente por la influencia del positivismo científico y su modelo causal explicativo; sin embargo, a partir de la década del 70 del siglo pasado se produjo su renacimiento gracias a las obras de Roxin y Jakobs.

Gimbernat ha dicho que: “Desde que en los años treinta Larenz y Honig desarrollaran el embrión de los conceptos superadores de la teoría de la relevancia de las condiciones, mucho se ha escrito en la búsqueda de criterios normativos que eliminasen el naturalismo propio de las teorías causales que unían la acción con el resultado en el marco de la tipicidad. De esta forma se ha calificado a la teoría de la imputación objetiva (aparente producto final de este camino) como de la adecuación continuada o de la relevancia desarrollada”.¹⁷

Es importante destacar que si bien ésta no ha sido aceptada por los tribunales alemanes, a pesar que sus creadores son de ese origen, pues para Gimbernat: “Su

¹⁷ Gimbernat, José Antonio. **Ob. Cit.** Pág. 88.

aceptación dogmática es mayoritaria, no obstante sus detractores que defienden por su parte el finalismo ortodoxo, encabezados por el jurista Hirsch¹⁸.

Es de vital importancia, conocer dos corrientes que apoyan y definen a la imputación objetiva, siendo éstas el funcionalismo sistémico y la teoría del riesgo creado, de Roxin.

Funcionalismo sistémico: Esta teoría tiene la especial característica de buscar resolver los problemas de la imputación, mediante el abandono al menos parcial de los datos ontológicos, para cambiarlos por criterios puramente normativos construidos desde el saber sociológico, encontrando que lo realmente importante no es la causa física del resultado, sino la recriminación del resultado al sujeto mediante un proceso lógico abstracto que sólo toma a la relación de causalidad como un presupuesto necesario, pero nunca suficiente del juicio de imputación objetiva; asimismo, intenta encontrar una fórmula capaz de explicar, tanto los cursos comisivos como omisivos, sean éstos a su vez dolosos o culposos.

A continuación, se expondrán los principios del juicio de imputación objetiva según Roxin y Jakobs, por ser sus teorías las que han adquirido mayor difusión científica. Sin embargo, el tema ha sido encarado en forma similar por otros autores, entre los que pueden mencionarse Otto, Toepel y Kratzsch.

¹⁸ Ibid. pág. 89.

Teoría del riesgo creado de Claus Roxin: Lo esencial para este autor son los efectos de imputar la producción de un resultado dañoso a un sujeto, lo cual consiste en determinar si su conducta ha creado un peligro que excede el riesgo permitido por el ordenamiento jurídico para dicha actividad y si dicho peligro se ha visto materializado o realizado en la consecuencia, o sea, el interprete debe evaluar si ha existido un aumento del peligro latente propio de la actividad desarrollada más allá del permitido para lo que deberá ponderar la conducta a la luz del marco normativo aplicable.

En resumen, según Roxin: “Se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo”.¹⁹ Esta es la base del juicio de imputación objetiva de Roxin, que luego debe ser revisado a la luz de una serie de principios correctivos con el objetivo de limitar el ámbito del reproche

Al respecto, se pueden mencionar los principios limitadores del juicio de imputación, que son los siguientes:

- Fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido: el resultado debe ser aquel que el legislador procuro evitar al sancionar la norma de cuidado;
- Adecuación social de la conducta: hay conductas que se tornan atípicas por su aceptación social;

¹⁹ Roxin, Claus. Ob. Cit. Pág. 156.

- Comportamiento alternativo conforme a derecho: no puede imputarse un resultado cuando una conducta alternativa conforme a derecho, con seguridad, no hubiera evitado su producción.

3.1. Concepto de imputación objetiva

La expresión imputación objetiva ejerce hoy una atracción especial en los sistemas jurídicos penales de origen continental europeo, como si fuese un tema nuevo. Pero no se recuerda lo obvio, que imputar objetivamente un hecho se hizo siempre, como que imputación objetiva encierra la idea de atribuir un hecho a alguien e incluso la palabra atribuir encierra la idea delimitar. Esto último también es importante, pues con el uso de esa acepción, se entiende por supuesto que se debe definir cuál ha sido la actuación de cada uno de los presuntos implicados y qué trascendencia jurídica tiene en situaciones complejas donde por ejemplo se cuenta con el aporte de varios autores.

Ante un suceso que tiene contenido penal resulta preciso determinar cuál ha sido la actuación de cada uno para hacerles la imputación objetiva que les corresponda.

Luego de los análisis posteriores, relativos a la reunión de los demás requisitos típicos, a la posible concurrencia de causas de justificación, de exclusión de la responsabilidad por el hecho o de la culpabilidad, llegará el momento de poder decir que el sindicado cometió el hecho voluntariamente. Con el afán de aclarar cuestiones terminológicas, conviene aludir a la razón de ser, de la calificación de la atribución como objetiva. El primer sendero lo marca la etimología, pues la palabra objetivo, proviene del latín *ob*

iaceo que significa yacer, o estar situado. Para lo que interesa ahora, se trata de algo que denota exterioridad, lo que se aprecia desde afuera.

A decir de Roxin: “Trasladando la idea al ámbito jurídico, lo objetivo no depende en principio, y relativamente, de los conocimientos, sentimientos y deseos del autor, y no tiene relación con los factores personales que posibilitan formular el juicio de reproche, en el que consiste la culpabilidad. De la objetividad se desprenden dos consecuencias:

- a. Por un lado entender que es una imposición normativa con validez general, erga *omnes*; lo que equivale a decir que los pensamientos y sentimientos individuales no pueden tener incidencia para modificar lo que la ley ordena.
- b. Por el otro, que en los mandatos legales existen algunos componentes que son ajenos a la subjetividad”²⁰.

Lo objetivo de la imputación objetiva es un parámetro, separado del tipo subjetivo dolo en los hechos de esta clase, o de los elementos subjetivos que caracterizan los sucesos culposos.

3.2. Pautas para aplicar la imputación objetiva

Para esto, cuentan las ideas que se han ido reuniendo en las últimas décadas para construir una teoría novedosa relativa al tema. Antes de enumerar algunos de los criterios, debo advertir acerca de la existencia de dos corrientes de actividad intelectual

²⁰ Ibid. Pág. 159.

desplegada: una se puede identificar como imputación objetiva del resultado, y la otra como imputación objetiva del comportamiento.

Aunque muchos desarrollos son comunes, me referiré específicamente a la primera y, en especial, a la imputación objetiva del resultado. En su origen los nuevos conceptos sobre imputación objetiva fueron utilizados para resolver problemas relativos a la causalidad, en medio del debate entre la teoría de la equivalencia y la de la adecuación, para arribar luego, con mayor seguridad, al punto realmente neurálgico, pues el problema no consiste en averiguar si se dan determinadas circunstancias para que se produzca el hecho, sino en establecer criterios conforme a los cuales se quiere imputar determinados resultados a una persona.

La forma gramatical que se utilizó en la frase anterior donde se desea atribuir el efecto a alguien, está indicando que la tarea de atribuir se realiza con base en pautas de mera selección; no son propias del mundo de la naturaleza; es una cuestión puramente valorativa la que, como tal puede adquirir la extensión que el intérprete desee darle. La tarea dogmática decisiva consiste en fijar límites, de manera que la adopción de criterios no resulte arbitraria.

Si se toma como referencia básica el enfoque del problema por la vía de la causalidad física, el método que se asemeja al utilizado por la ciencia general del conocimiento consiste en procurar demostrar, con base en la experiencia, cuál es el origen natural del suceso. En los casos corrientes, esta tarea debe ser completada antes de realizar cualquier valoración. Esto dicho sin desconocer que existe un pensamiento doctrinario

más extremo es el que afirma la necesidad de desembarazarse de la búsqueda, a veces infructuosa, de la constatación de la causalidad natural (si se examina el dogma de la causalidad se advierte su contenido metafísico) porque muchas veces en la práctica se prescinde de la misma o bien se advierte la imposibilidad de su constatación, como en el caso de un curso causal no verificable. Por lo tanto, se piensa que sería preferible acudir directamente al aspecto normativo de la imputación objetiva.

Las pautas de imputación objetiva deben comenzar a aplicarse luego de procurar la comprobación de la causalidad natural. El paso siguiente consistirá en examinar si el autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado. Esto teniendo en cuenta que las normas jurídicas sólo prohíben acciones que aumenten el peligro al que está expuesto un bien jurídicamente protegido.

Luego, para que pueda atribuirse objetivamente el resultado habrá que probar que él materializa el mismo peligro, jurídicamente desaprobado, que la acción generó. Ambos extremos: la creación del riesgo y la concreción de él son deducidos, por la moderna teoría de la imputación objetiva, del fin de protección de la norma penal. Porque ésta sólo prohíbe acciones que creen para el bien jurídico un riesgo mayor que el autorizado, así como la producción de un resultado que se hubiera podido evitar.

A partir de lo expuesto derivan criterios que permiten eliminar, en el nivel de la tipicidad, comportamientos irrelevantes para el derecho penal. Además, es dable utilizar lo que sugiera el estudio de: el ámbito de competencia de la víctima, el principio de confianza y la prohibición de regreso.

Ocupa el centro de la teoría de la imputación objetiva la noción riesgo, lo que es coherente con el sustrato sociológico que nutre el funcionalismo: “La sociedad, y su expresión institucionalizada que es el Estado, permite, consiente y auspicia ciertas conductas, como las del arte de curar, que generan riesgo; esto es, la contingencia o proximidad de un daño, y éste las permite porque resulta imposible y más bien absurda la pretensión de impedir las todas, siendo que prácticamente cualquier comportamiento humano conlleva peligro”²¹, de otra forma también las consiente en la medida en que los beneficios que generan son superiores a los perjuicios.

Para Roxin: “Es lo mismo que decir en la serie estadística la efectiva concreción de un daño es infrecuente y su entidad mínima. Si no fuese así, si en todos los casos se exigiese obrar estrictamente sobre seguro, ello inhibiría el avance científico. Siendo lo anterior exacto, para que la convivencia sin embargo sea armónica se hace necesario que la posibilidad de generar peligro tenga límites”²². La tarea de establecerlos corresponde a la misma sociedad y ella expresa sus decisiones por medio del legislador. Queda deslindado así, formalmente y con la mera aproximación conceptual que ello representa, el campo de riesgo que la sociedad acepta de aquél que corresponde al peligro que jurídicamente desapruueba.

Dentro del ámbito abarcado por la norma, y a los efectos de formular la imputación objetiva, juega el riesgo formulado tempranamente por Roxin y desarrollado luego como una teoría del incremento del riesgo. La idea riesgo permitido alude a todas las

²¹ Ibid. Pág. 158.

²² Ibid. Pág. 159.

acciones peligrosas que, no obstante serlo, pueden ser emprendidas teniendo en cuenta su utilidad social. Siempre que se respete el cuidado exigible por la convivencia, la realización de aquéllas excluye la tipicidad del hecho imprudente, aunque condicionen uno de los resultados que la ley menciona. Esas acciones peligrosas, que observan las normas de diligencia, no entran en el terreno de la ilicitud penal.

3.3. La imputación objetiva y el riesgo permitido

Antes de que la doctrina acogiese el riesgo, Welzel había planteado la idea de la adecuación social: “lo que permitía completar el tipo legal de los delitos culposos contemplando hechos adecuados a los requerimientos del medio que, por serlo, quedan excluidos de la prohibición. En este sentido se entendió que la adecuación social era una cláusula general para englobar las acciones que se pueden realizar libremente. Sin embargo, el planteo resultaba ambiguo y, por lo mismo, sujeto a críticas; cuestionamientos que procura superar la teoría del riesgo permitido. No obstante, debe reconocerse que no se ha logrado una precisión mayor; y lo mismo ocurre con el uso de otros conceptos”.²³ Por ejemplo el de evitabilidad, que Jakobs usa puesto en clave sociológica. Junto a la expresión riesgo permitido aparece otra, la de la elevación o incremento del riesgo; y no se corresponden directamente en alguna doctrina, porque el primer concepto juega su papel definiendo los límites de la tipicidad y la otra hace a la imputación objetiva. Es claro que esta forma de entender el problema no es compartida por la generalidad, según manifiesta Ferrajoli, quien al respecto menciona que Jakobs considera lo siguiente: “Es la imputación objetiva la que se excluye en los supuestos de

²³ Zafaroni, Eugenio Raúl; Derecho penal: parte general. Pág. 33.

riesgo permitido. Aunque en otra parte, sobre la ubicación dogmática del riesgo permitido, apunta que sobrepasar el riesgo permitido es un requisito positivo del injusto; lo que no deja claro cuál es en definitiva su criterio, aunque creemos que es acertado lo segundo.”²⁴

En este orden de consideraciones normativas, necesariamente el principio del riesgo está ligado al del fin de protección de la norma, por lo que la autonomía del primero ha sido puesta en entredicho. Pero es cierto que las relaciones se establecen teniendo en consideración que la creación de un riesgo no permitido y la realización de ese riesgo en el resultado, tienen que ser considerados dentro de los alcances del tipo del ilícito.

En el desarrollo posterior del funcionalismo, el riesgo permitido se desvincula de la ponderación de intereses para definirse como el estado normal de interacción; la línea que marca el status quo vigente, aquél que permite las libertades de actuación: Cada uno de los integrantes del grupo se encuentra en posición de garante, de manera que el peligro que genera, o el que incrementa, determina una situación de dependencia personal de la defraudación de expectativas respecto del que la ha causado.

Si el principio de la elevación del riesgo es esencial para la imputación objetiva, aquél juega dentro del tipo: lo que se le adjudica al sujeto es la realización de una conducta; no cualquiera sino una conducta típica. Al revés: si no puede formularse la imputación objetiva no es que no exista la conducta enjuiciada; lo que ocurre es que no reúne los

²⁴ Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón. Teoría del galantismo penal. Pág. 45.

requisitos típicos. Esa atipicidad resulta de la ausencia de una conexión valorativa entre la actividad del sujeto y las exigencias legales.

Reflexionando de esta manera se puede ver que los modernos estudios sobre imputación objetiva sirven para delimitar con mayor precisión tanto los alcances del tipo penal como la adecuación del actuar individual a tales requerimientos. El logro más significativo de la doctrina de la segunda mitad del siglo XX consiste en haber demostrado que la imputación objetiva del resultado se establece sobre bases valorativas; que no es suficiente que la acción haya causado, empleando la palabra en sentido naturalista, el resultado previsto por la ley, para adjudicar el hecho. Lo contrario significaría el mantenimiento de una forma residual de responsabilidad objetiva. Así, aunque por lo general cuando el autor ha producido por imprudencia un resultado de los previstos por la ley, ello mismo significa que creó un determinado riesgo, que se tradujo en el efecto. Pero pueden concurrir excepciones, como cuando se ha generado riesgo que razones normativas no desapruueban.

La línea que marca la frontera de la libertad para realizar acciones riesgosas está definida, en algunos casos, por decisiones de quien puede sufrir el daño; y es así porque existen determinados ámbitos en los que el permiso genérico para emprender una actividad de ese tipo requiere la aceptación del peligro por parte de quien puede sufrir las consecuencias. En los delitos imprudentes es necesario que el resultado se haya producido como consecuencia de la infracción del deber de cuidado y que el efecto sea de uno de los que procuraba evitar la norma respectiva. Expresada otra vez la idea: No es suficiente que la consecuencia haya acontecido por inobservancia del

cuidado objetivamente debido para que se de el tipo de injusto: es preciso además que la secuela sea de aquéllas que la norma procuraba no aconteciese.

En consecuencia es fundamental para esta relación, el alcance del tipo penal tema que gran parte de la doctrina desarrolla bajo la denominación ámbito de protección de la norma. Para Ferrajoli: “Se tiene en cuenta que la imputación objetiva del resultado en los delitos imprudentes requiere un nexo o relación de riesgo referido al fin de protección de la norma. Así es posible negar la específica relación entre la conducta descuidada y el resultado producido, cuando éste quede fuera del alcance del tipo penal: Es decir, que no era uno de los que el derecho quería evitar con la imposición de un determinado deber de diligencia.”²⁵ La teoría del fin de protección de la norma sostiene que sólo pueden imputarse al autor aquellas consecuencias de su obrar descuidado, que debieron haberse evitado según el sentido y la finalidad de la norma de cuidado infringida. Los estudios relativos al tema tienden, así como lo hacen otros que encara la doctrina moderna, a elaborar criterios que replacen el método tradicional consistente en comparar la conducta real con una hipotética. Lo que hay que confrontar es la infracción del deber de obrar cuidadosamente con la única alternativa posible: la omisión de esa acción prohibida.

3.4. La imputación objetiva y el fin de protección de la norma

Con el concepto fin de protección de la norma, así como los demás que utiliza la teoría de la imputación objetiva, como el incremento del riesgo o el principio de confianza, por

²⁵ Ibid. Pág. 46.

los que se procura fijar los alcances del tipo penal. Sobre todo son útiles para restringir la responsabilidad penal por imprudencia, pues la problemática de la imputación en la esfera del injusto no se reduce tampoco a la mera comprobación de si la lesión de un bien jurídico es consecuencia del peligro creado por el autor, porque todo ello está teñido de valoración. Y ésta referida a qué intereses apreciados, procuran proteger las normas. A su vez los preceptos, entendidos éstos en un sentido global, determinan, en su caso, la ilicitud global del hecho (si no concurren causas de justificación) y finalmente la culpabilidad del autor, pues ésta consistirá en el reproche que se le puede formular por no haber adecuado, pudiendo hacerlo, su conducta a lo que está mandado.

Para autores como Roxin: “En este último sentido, se debe tener en cuenta que la razón primera de la norma penal consiste en preparar mentalmente a los destinatarios para que se comporten de determinada manera: realizando algunas acciones y absteniéndose de otras. Por lo mismo, en el tipo tienen cabida todos aquellos elementos que integran la descripción de la conducta que se quiere motivar”.²⁶ En el delito imprudente, en la medida en que la norma puede inhibir el comportamiento negligente mediante la amenaza del mal que representa la pena, la indicación del deber de cuidado integra la tipicidad. La actitud de no haberse comportado cuidadosamente, pudiendo haberlo hecho, le podrá luego de comprobado aquello, ser reprochada al sujeto.

El autor Ferrajoli, a partir de las pautas indicada ha elaborado: “Las reglas para imputar objetivamente el hecho o para excluir la atribución:

²⁶ Roxin, Claus. Ob. Cit. Pág. 162.

- a. No es objetivamente imputable el resultado producto de una acción que disminuye el riesgo, ya que lo que está vedado es empeorar la situación a que se halla expuesto el bien jurídico, pero no realizar acciones que lo beneficien;
- b. Tampoco será objetivamente imputable el resultado que se produzca fuera del ámbito de protección de la norma, porque no se habría excedido el límite del riesgo permitido;
- c. Cuando el objeto de la acción ya estaba expuesto a un peligro, hay que distinguir los siguientes casos:
 - Si el resultado era probable o el nexo causal hipotético, habrá imputación objetiva si se aumenta el riesgo;
 - Si el resultado era seguro, habrá imputación objetiva si se adelanta su producción como la aceleración del nexo causal, y no será objetivamente imputable cuando el resultado se hubiera producido en el mismo instante en el que el autor se desempeñó (causación de reemplazo).
- d. Se podrá negar la imputación cuando este resultado se hubiera producido igualmente con una conducta cuidadosa, o bien una diligencia alternativa conforme a derecho.
- e. Las normas jurídicas no prohíben las lesiones sufridas por los bienes respecto de los cuales el titular tiene la posibilidad, jurídicamente admitida, de consentirlas; o, en un sentido más amplio, teniendo en cuenta que existe un ámbito de competencia del sujeto pasivo.”²⁷

²⁷ Ferrajoli, Luigi. Ob. Cit. Pág. 59.

Los conceptos básicos que utiliza la moderna teoría de la imputación objetiva son apenas generalidades y porque no se les ha dado aún un desarrollo más preciso, la doctrina los analiza, los reelabora y no arriba a acuerdos significativos. Sobre la elaboración de estas nociones sobre imputación objetiva del resultado, para llegar finalmente a la del comportamiento; y aún más, hasta conseguir una teoría general de la misma, que abarque el contenido del injusto, es posible hacer las siguientes consideraciones generales; que a partir de esos estudios se han efectuado aportes a la teoría del delito, con el propósito de superar problemas que no han podido resolver el causalismo y el finalismo.

Así la noción de riesgo o peligro jurídicamente desaprobado es decisiva y por ello interesa saber cómo se determina según Ferrajoli: “Para que un hecho le sea imputable a una persona se requiere que aquél represente un riesgo objetivo para los bienes que el Derecho protege y un apartarse del rol que, para el correcto funcionamiento de la sociedad, cada uno tiene asignado. Persiguiendo la finalidad de decidir qué riesgos son relevantes, cuáles pueden ser tolerados y cuáles no, se deben tener en cuenta las finalidades político-criminales que corresponde atribuir al sistema del delito”²⁸.

De manera que es un juicio de carácter objetivo, sobre elementos de esa misma condición, pero que también tiene en cuenta los conocimientos y la actitud del sujeto sobre su propia conducta, engarzado ello con los requerimientos que supone el funcionamiento del grupo social.

²⁸ Ibid. Pág. 60.

3.5. La imputación objetiva y el dolo

A esta teoría le quedan importantes asuntos por esclarecer, como el de la definitiva ubicación del dolo, y al respecto, una vertiente de la concepción valorativa de la que se ha manifestado anteriormente, se estima que constituyendo el injusto una conducta defraudatoria de las expectativas de comportamiento social correspondiente a los distintos roles, el dolo no es parte del injusto, porque no hace a aquella determinación. Según ese enfoque se trata de una característica individual del sujeto, del contenido de su querer y recién se puede llegar a examinar este punto cuando se ha formulado previamente la imputación objetiva: entonces se determinará que el suceso ha sido su obra. Con este esquema teórico el dolo vuelve a ocupar lugar en el ámbito del elemento culpabilidad, como era propio del causalismo. El autor Roxin, al explicar este tema manifiesta lo siguiente: “Lo subjetivo de la imputación objetiva, es el que sigue siendo objeto del debate principal, así como la doctrina examina el resto de los institutos, no suficientemente desarrollados. Lo que importa, y vale, es que estos así como el resto de los estudios dogmáticos, contribuyen a fijar criterios fundados en la ley y en la razón, para hacer previsibles las decisiones judiciales”²⁹. Si no es así, si ellas resultan de la pura intuición, se tornan erráticas, y ello afecta la seguridad jurídica.

La teoría de la imputación objetiva en tres niveles

La propuesta de Roxin, ha sido acogida con calor en las doctrinas alemanas y española, sobre todo en cuanto a su esquema estructural que diferencia tres niveles de imputación:

²⁹ Roxin, Claus. Ob. Cit. Pág. 167.

“ 1. La creación de un riesgo jurídico-penalmente relevante o no permitido. 2. La realización del riesgo imputable en el resultado. 3. El fin de protección del propio tipo penal infringido o alcance del tipo penal. A grandes rasgos los criterios de imputación en cualquiera de las modalidades de delito tendrían idéntica finalidad o fundamento próximo, pero habrían de presentar particularidades según se tratase de tipicidad dolosa o imprudente”³⁰.

En este sentido, se estiman consideraciones como que en el ámbito de la creación de un riesgo no permitido. Parece admitido que la determinación del riesgo permitido ha de hacerse para cada caso concreto, sin que sea posible generalizar, ni siquiera entre supuestos similares. Para ello habrán de valorarse en primer lugar las normas administrativas de control de la actividad, si es que existen, así como las normas técnicas, escritas o consuetudinarias, deontológicas o de la experiencia que rigen la actividad. Por ello este criterio tiene especial importancia en el ámbito de los delitos imprudentes y desarrolla en éste, criterios especiales que han de ser incluidos en el tipo objetivo del injusto imprudente (previsibilidad objetiva y diligencia debida). Parte importante de la doctrina considera que estos criterios han de ser valorados también en el tipo de injusto doloso. A mi modo de ver, sin embargo, éstas son categorías específicas del injusto imprudente que no sólo no sirven sino que desvirtúan la tipicidad en los delitos de resultado doloso, ya sea este- las doctrinas alemanas y española, sobre todo en cuanto a su esquema estructural que diferencia tres niveles de imputación: resultado de lesión o de peligro, sin perjuicio de que para determinar el concepto y el contenido del resultado de peligro sea preciso recurrir a criterios de probabilidad, previsibilidad y cuidado.

³⁰ Ibid. Pág. 168.

La previsibilidad objetiva no puede ser elemento del tipo objetivo del delito doloso, puesto que en éste la concurrencia de dolo obliga a que lo importante sea la previsibilidad subjetiva. En el tipo doloso no importa para nada que objetivamente la producción del resultado fuera previsible, sino que subjetivamente lo fuera. Por ejemplo, en el siguiente caso: una persona inexperta en el manejo de armas, dispara con intención de matar a un hombre que se encuentra a una distancia tal que incluso a un tirador experto le hubiera resultado difícil dar en el blanco. ¿Se puede imputar a quien realizó la acción dolosa la producción del resultado objetivamente "poco previsible" o, incluso, imprevisible?.

Desde un punto de vista subjetivo, esta pregunta es innecesaria pues la previsibilidad no debe jugar aquí ningún papel. Aunque, quizá este supuesto tampoco sea imaginable de forma imprudente, pues "imprudentemente" no se dispara contra nadie, todo lo más, se dispara a otro sitio, o a otra persona, y se da a la víctima, de tal forma que querer equiparar el trato entre conducta dolosa e imprudente puede ser distorsionador, porque el fundamento por el que una y otra se castigan es esencialmente distinto.

Algo similar puede alegarse respecto al criterio de la diligencia debida. Pretender que para fundamentar el tipo doloso han de haber sido infringidos los deberes de diligencia es poco útil, y sobre todo, innecesario, pues quien dolosamente realiza una acción conducente a producir un resultado típico, evidentemente está infringiendo las reglas de prudencia que pretenden garantizar la indemnidad de dicho bien jurídico. Sin embargo, estos dos factores cumplen su función importante en la imprudencia, por lo que serían elementos del tipo imprudente pero no del doloso. En el ámbito del tipo imprudente

podría también tener sentido el principio de confianza., pues el principio de confianza excluye la imputación en la imprudencia cuando quien actuó conforme a derecho lo hizo confiando en que los demás también lo harían y, como consecuencia de su conducta confiada, se produjo un resultado típico. Se trata de supuestos de conflictos de intereses en los que el resultado es fruto de una conducta errónea, ilícita o imprudente de un tercero. Este principio puede tener significado para excluir la imputación en los supuestos de autoría accesoria. En estos supuestos, muy corrientes en ámbitos de riesgo, como pudieran ser el tráfico rodado o los delitos contra el medio ambiente, el sujeto actúa sin tener en cuenta las posibles actuaciones dolosas o imprudentes de terceros, que sumadas a la propia, podrían dar lugar a la producción del resultado típico. Así no sería imputable el resultado total producido a quien actuó confiando en la actuación correcta de los demás. Pero este mismo principio se puede entender y aplicar en sentido contrario, y así lo ha hecho la Jurisprudencia española para fundamentar la responsabilidad de los cargos directivos y mandos intermedios que incumplieron sus deberes de vigilancia confiando, en que los trabajadores cumplirían las medidas de cuidado. En el ámbito de los delitos contra el medio ambiente, la atribución al autor de los efectos parciales no constitutivos de delito derivados de su acción individual implicará la impunidad en muchos casos en los que de hecho existe una transgresión de los límites del riesgo permitido. De forma, que quién a sabiendas de que su actividad es peligrosa y conociendo o debiendo y pudiendo conocer que en determinadas circunstancias otros sujetos pueden actuar legal o ilegalmente, de forma que los efectos de la acción propia unida a los efectos de las acciones externas pudieran -al interactuar conjuntamente- producir resultados típicos, el sujeto que realiza la actividad peligrosa debe abstenerse de actuar. Esta postura, según la cual las

modalidades típicas serán distintas según se trate de un delito doloso o imprudente, y consecuentemente los requisitos para la imputación (y los criterios) han de ser diferentes -si bien con una fundamentación similar- conlleva el problema de que con anterioridad a la aplicación de los criterios normativos de la imputación objetiva se debe haber realizado un juicio -aunque sea meramente orientativo- sobre la concurrencia o no de dolo, con lo que se estaría duplicando el juicio sobre el dolo, que es precisamente lo que se trata de evitar al establecer criterios o principios de imputación comunes en la tipicidad objetiva.

Pero si los criterios de la imputación objetiva son reglas normativas de imputación, cuya función es fundamentar un juicio sobre la posibilidad de subsumir una determinada conducta (productora de un resultado) bajo la descripción típica; es decir, sobre la posibilidad de aplicar una determinada regla jurídica a una conducta, será preciso conocer con anterioridad perfectamente el contenido y características de dicha conducta, antes de intentar realizar el juicio de subsunción y para conocer cómo es una conducta se deben tener en cuenta todos los elementos y circunstancias tanto objetivas como subjetivas que concurren en la realización de una acción y en la producción de un resultado. Al respecto Zaffaroni menciona en favor de este argumento: “Se puede arguir que el Código Penal español de 1995 tipifica expresa y separadamente los delitos dolosos de los imprudentes, lo cual viene a ratificar la postura aquí mantenida acerca de la diferenciación entre ambas modalidades típicas ya en el ámbito del tipo objetivo.

De ser esto así habría que realizar en el propio ámbito de la tipicidad dos juicios distintos:

- Un juicio de carácter naturalístico (no normativo) sobre el hecho que constaría de una parte objetiva con los siguientes elementos: contenido de la acción realizada, relación de causalidad, sujetos, objeto;
- Una parte subjetiva, que sería idéntica al tipo subjetivo;
- Un juicio de carácter normativo o imputación, que ya no sería propiamente objetiva, pero se podría mantener esta terminología para distinguirla de la imputación derivada de la culpabilidad, que sería la imputación subjetiva. En este momento trataríamos de averiguar si un hecho doloso o imprudente puede ser considerado imputable a su autor y como consecuencia exigírsele responsabilidad por el mismo antes de analizar su antijuridicidad y culpabilidad.³¹

Otra solución más sencilla y práctica sería admitir que el juez o el intérprete no pueden analizar conductas ni imputar acciones o resultados de forma abstracta sino en relación a una norma concreta, con lo que el problema se reduciría a un problema de concurso de leyes. O dicho de otra forma, al juez no le quedará más remedio que plantearse la posible tipicidad dolosa y culposa, cuando la conducta realizada y el resultado producido puedan ser subsumidos tanto en un tipo doloso como en un tipo culposo. En cualquier caso, y al margen de los problemas anteriormente descritos, no puede obviarse la importancia de la delimitación como elemento típico del riesgo permitido, pues es instrumento fundamental para permitir la adecuación del tipo a la evolución

³¹ Zaffaroni, Alberto. Ob. Cit. Pág. 49.

social, de forma que se constituye en uno de los elementos más activos de acercamiento de la ley a la realidad. Pero además, si el bien jurídico protegido ha de cumplir alguna función limitadora del ámbito de la tipicidad mediante la exclusión de conductas inocuas o levemente lesivas (conductas de bagatela) o mediante la aplicación del principio de insignificancia, estas funciones han de ser desarrolladas bajo el instituto del riesgo permitido, pues éste permite describir perfectamente una realidad social compleja fundamentada en la existencia de ámbitos de riesgos que, pese a su potencial eficacia lesiva, son admitidos y reclamados por la sociedad.

Problema distinto es el que plantea el consentimiento del sujeto pasivo. En la doctrina española, tradicionalmente se venía considerando que el consentimiento era una causa de justificación. La insatisfacción de tal solución en algunos supuestos permitió que la doctrina mayoritaria optase por distinguir entre un consentimiento que excluiría la tipicidad y otro que actuaría como causa de justificación como una diferencia entre acuerdo y consentimiento. Sin embargo, el consentimiento sólo puede ser analizado en la tipicidad y desde luego no caben duplicidades; pero en cualquier caso, cuando el consentimiento deba ser analizado en la tipicidad ha de hacerse independientemente del riesgo permitido. Así, si analizamos el supuesto del deportista que acepta el riesgo de lesión, consentimiento y riesgo permitido cumplen funciones distintas: el riesgo permitido delimita el ámbito del consentimiento; o dicho de otra forma: el consentimiento del jugador no abarca sino vuelve atípica cualquier lesión, sino únicamente aquellas que han sido producidas dentro del riesgo permitido.

CAPÍTULO IV

4. La prueba de atribución de intenciones

La atribución de intenciones, esto es, la asignación a la acción realizada por un agente de la propiedad de haber sido realizada por éste para lograr un objetivo determinado, o dicho de otra manera, la respuesta a la pregunta ¿con qué propósito hizo A la acción x?; es una cuestión con múltiples facetas interesantes, tanto desde el punto de vista filosófico como desde el punto de vista jurídico. Algunas de ellas, a consideración de Ferrajoli, son las siguientes:

- a) “En primer lugar, se trata de una cuestión que atañe a la prueba judicial de los hechos. La atribución de una intención a la acción de un agente es necesaria para dos tipos de propósitos: Por un lado, para determinar qué tipo de acción es la que el agente ha realizado (por ejemplo, establecer si al disparar se tenía la intención de matar o meramente de lesionar es una circunstancia relevante para la descripción de la acción y su clasificación como un tipo u otro de acción). Por otro lado, para concluir si la acción fue realizada con dolo (y en qué grado) o imprudentemente. Por tanto, determinar la intención con la que se actuó no sólo puede ser relevante para la prueba del dolo, sino también para probar que se realizó una acción de un tipo concreto.

- b) En segundo lugar, plantea el clásico problema filosófico del conocimiento de los estados mentales. Los hechos internos o estados mentales -como la intención,

las creencias o las emociones- tienen unas características peculiares que los distinguen marcadamente de los hechos externos. Por ejemplo: tenemos acceso a ellos por medio de la consciencia, es decir, un tipo de conocimiento al margen de la evidencia empírica (o de inferencias a partir de ella); y tienen un modo subjetivo de existencia (los dolores, temores, sensaciones, deseos, etc. pertenecen al sujeto de una manera exclusiva y sólo ese sujeto es consciente directamente de ellos). Los hechos externos, por el contrario, pueden ser conocidos a partir de la observación empírica (y de inferencias a partir de ella) y son objetivos, en el sentido de que existen con independencia de su percepción por parte de los sujetos. Estas peculiaridades -entre otras- han suscitado entre los filósofos muchas dudas acerca de si son hechos en el mismo sentido que los hechos externos, acerca de cómo "encajan" en la concepción científica del mundo y acerca de cómo pueden ser conocidos por terceros.

- c) En tercer lugar, la atribución de intenciones tiene que ver también con el problema filosófico de la explicación de la acción y de cuál es el modelo adecuado para tal explicación, lo que a su vez tiene relevancia para la cuestión metodológica de si las ciencias humanas tienen un patrón de explicación distinto del propio de las ciencias de la naturaleza. Frente al monismo metodológico, que sugiere que existe un mismo modelo de explicación para todos los fenómenos, el dualismo metodológico trata de mostrar que la explicación de la acción humana, tomada como un fenómeno con significado, requiere partir de la intención del agente para dar cuenta de por qué realizó la acción sin incurrir en ningún tipo de reduccionismo.

- d) En cuarto lugar, apunta también al problema planteado desde la filosofía de la acción, acerca de si el lenguaje de las acciones es propiamente descriptivo o, por el contrario, es adscriptivo y normativo.”³²

En el texto *The Adscription of Responsibility and Rights*, que traducido al español significa *Los derechos de la adscripción de la responsabilidad*, del autor H.L.A. Hart en el cual sostuvo que “el concepto de acción, como concepto de propiedad, es un concepto social que depende lógicamente de reglas de conducta generalmente aceptadas. Es un concepto, en su caracterización fundamental, no yadescriptivo, sino adscriptivo.”³³ Esto a través de la tesis de que las intenciones no se descubren, sino que se imputan, en ocasiones la doctrina procesal y los jueces han sostenido tesis próximas a las de Hart, aunque éste último se retractó posteriormente del adscriptivismo. Todos estos puntos están relacionados y mi trabajo tratará de recorrerlos y tomar postura, explícita o implícitamente y en ocasiones sin mayor profundización, sobre cada uno de ellos, pero tomará como hilo conductor el problema de la prueba de la intención y la alternativa entre descriptivismo y adscriptivismo.

4.1. La explicación de la acción en la atribución de intenciones

Si se acepta la falta de fundamento de las teorías adscriptivistas, se debe buscar un argumento que permita probar en sentido descriptivo, la intención y un fundamento para dicho argumento. Un posible ámbito donde buscar al mismo se encuentra en la

³² Ferrajoli, Luigi. Ob. Cit. Pág. 169.

³³ Hart. H.L.A., *The Adscription of Responsibility and Rights*, pág. 22.

discusión metodológica acerca de los modelos de explicación de la acción. Entonces cabe realizar la siguiente pregunta: ¿Cómo deben explicarse las acciones humanas? ¿Cómo se puede explicar el hecho de que un soberano declare una guerra, la aprobación de un reglamento en el Congreso o que un extraño vuelva la cabeza hacia otro lado cuando alguien pasa cerca de él? Esta es una cuestión fundamental para las ciencias humanas, como la historia o la sociología.

Explicar un acontecimiento o un hecho cualquiera es responder a la pregunta ¿por qué tuvo lugar el mismo?, ahora bien, encontrar una razón de este tipo tiene siempre varias formas, y no pueden ser únicamente ideológicas; y al respecto Roxin afirma que; "El recurso al sentido social implica que la consideración de una conducta como dolosa ya no depende de determinados datos psíquicos cuya aprehensión resulta imposible, tanto para el juez como para los ciudadanos, sino de que dicha conducta, de acuerdo con sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal."³⁴

Un argumento similar es que la sentencia debe ser entendida, por que lo importante es adecuar sus resultados a la conciencia social. Esto lleva a entender muchas veces que hay dolo solo cuando así suceda de acuerdo con la convicción social, y no cuando lo tiene realmente el sujeto. No obstante, identificar las explicaciones con la indicación de causas, o factores que provocan el fenómeno que se quiere explicar es sólo una de las concepciones posibles sobre la explicación. Cualquier cosa, puede guardar relación con el hecho que se intenta explicar, es decir, una razón explicativa. Por supuesto,

³⁴ Roxin, Claus. Ob. Cit. Pág. 171.

habría que indicar en qué consiste esta relación, pero eso depende de la teoría de la explicación que se asuma y del tipo de explicación del que se hable. En todo caso, intuitivamente se sabe que hay ciertas cosas que resultan adecuadas para responder a la cuestión del por qué han ocurrido los hechos .

Esto es consecuencia de asumir un concepto de acción intrínsecamente relacionado con la idea de actuar por una razón o actuar intencionalmente. A las ciencias humanas les interesa la acción en cuanto que portadora de un significado, y no meramente como una serie de sucesos físicos y mecánicos. Otra posibilidad es responder que sí es posible dar una explicación en términos de relaciones causales de la acción realizada por razones, que son precisamente la causa, en sentido genuino de las mismas. Es decir, se puede explicar un acto indicando los motivos por los que el agente lo realizó, pero eso no hace que la elucidación deje de ser causal, porque las razones son causa de la acción lo cual sería, por tanto, al mismo tiempo causal e intencional.

En realidad no es importante adentrarse en la cuestión de si la explicación por razones es una ilustración causal o teleológica o de un tipo peculiar. Lo que interesa destacar es la convergencia de opiniones respecto a que las acciones se deben explicar señalando la intención con la que se actuó o las razones que las impulsaron. Filósofos como Hempel y Popper, citados por Ferrajoli, quienes han propuesto un modelo de explicación intencional de la conducta: “Que toma como premisa general o ley de cobertura un principio de racionalidad, por ejemplo, el modelo normológico deductivo de Hempel según el cual cualquier acontecimiento queda explicado cuando es la conclusión de un argumento deductivo que tiene como premisa general una ley y como

premisa menor la explicación puede adaptarse al caso de las acciones intencionales de la siguiente forma:

X deseaba G;

X creía que hacer A, en ciertas circunstancias, es una (o la única, o la mejor) manera de lograr G;

cuando un agente desea algo y cree que la realización de un cierto acto, en algunas circunstancias, es una (o la única, o la mejor) manera de satisfacer su deseo, realiza ese acto;

luego X realizó A."³⁵

En este esquema, se enuncia el principio de racionalidad, el que se considera que tiene un carácter empírico y, por tanto, un poco falsificable; otros lo tratan como un presupuesto necesario para entender la conducta, pero que no informa acerca de cómo actúan de hecho las personas . A veces se considera un fundamento universal; otras veces, probabilístico, pero tanto para unos como para otros la función del mismo es la de permitir el paso de las intenciones y creencias a la acción efectivamente realizada.

Esta misma idea se puede encontrar dentro de lo que Salvador Giner ha llamado la corriente sociológica principal, que asume los siguientes principios en cuanto a la explicación de la acción, al ser citado por Michelle Taruffo, quien dice: "Toda acción: a) Posee para su autor, un significado subjetivo e intencional; b) no puede ser explicada racionalmente por quienes observan y analizan su desarrollo si tal significado no es tenido en cuenta; c) La explicación es posible, además, porque los seres humanos

³⁵ Ferrajoli, Luigi. Ob. Cit. Pág. 97.

suelen actuar racionalmente, es decir, de acuerdo con su interpretación de la situación en que se encuentran.”³⁶ Existe, según la autora, un cuarto presupuesto: “Una acción es además social, si; d) Su intencionalidad tiene en cuenta la existencia de otro u otros seres humanos.”³⁷

Con esta expresión se quiere destacar que la explicación debe hacerse teniendo en cuenta el marco físico y el entorno social e institucional en el que actúa el agente, y su evaluación de todas estas variables. Los modelos propuestos por Hempel y Popper toman postura a favor del monismo metodológico en la discusión acerca de cuál es el método propio de las ciencias de la conducta. El principio de racionalidad opera como las leyes causales naturales; el tipo de explicación es en sustancia el mismo para las ciencias de la naturaleza y las ciencias del hombre.

La citada autora, expone las alusiones que Von Wright ha propuesto, por el contrario en un modelo distinto en su defensa del dualismo metodológico. Su propuesta es que: “El silogismo práctico aristotélico puede ofrecer el patrón de explicación propio de la acción humana. El siguiente sería el esquema del silogismo práctico:

A tiene intención de p;

A juzga que a menos que haga q no será capaz de dar lugar a p;

Por consiguiente, A se dispone a hacer q, pues es fácil percatarse de lo que tiene que ver el razonamiento práctico con la explicación de la acción;

³⁶ Taruffo, Michele. La prueba de los hechos. Pág. 45.

³⁷ Ibid.

Supongamos que A, de hecho, hace q"³⁸

En realidad, la propuesta de Von Wright parece diferir de la de Hempel y Popper sólo en la ausencia del principio de racionalidad y en su lugar, asume que se puede inferir una acción a partir de creencias y deseos por razones conceptuales: "Decir que tales y cuales intenciones y creencias, en el caso de que no cambien, darán normalmente como resultado tal y cual conducta no es establecer una generalización empírica basada en observaciones y experimentos. Es establecer una verdad necesaria que aceptará sin dar más vueltas todo aquél que se halle familiarizado con los conceptos involucrados."³⁹

De manera que la regla de inferencia que nos permite inferir la acción a partir de las creencias y los deseos tiene carácter conceptual. Sin embargo, ni uno ni otro modelo de explicación dan cuenta de todas las fases de la explicación intencional de una acción. No se refieren a cómo obtenemos el deseo y las creencias que usamos para explicar la acción, salvo la indicación sobre la importancia de tener en cuenta la lógica de la situación, sino sólo de cómo queda explicada la acción una vez que tenemos esos datos. En otras palabras, la citada autora manifiesta que: "Nos dicen que una acción queda correctamente explicada desde un punto de vista intencional cuando puede inferirse de una premisa sobre las actitudes volitivas y epistémicas del agente y una premisa general que viene a establecer que los agentes actúan de acuerdo con sus

³⁸ Ibid. Pág. 49.

³⁹ Ibid. Pág. 51.

deseos y creencias. Ahora bien, para que la explicación sea correcta, la premisa que establece cuáles son los deseos y creencias del agente debe ser verdadera.”⁴⁰

Entonces, ¿cómo se puede saber la justificación externa de la explicación? el problema de cómo conocer los estados mentales internos de los agentes aparece de nuevo, y se muestra que los modelos de explicación intencional de la conducta no lo afrontan un modelo completo de explicación de la conducta debería, sin embargo, incluirlo. Puede avanzarse en la solución de este problema y por tanto de la prueba de la intención, si profundizamos en el contenido del principio de racionalidad que se toma como presupuesto.

4.2. Probar, explicar y atribuir

El problema de la prueba de la intención: teorías descriptivistas o cognoscitivistas y teorías adscriptivistas. De acuerdo con la doctrina procesal y la jurisprudencia, al no ser observables, los hechos psicológicos no son susceptibles de prueba directa salvo en las situaciones en las que se decide dar valor probatorio a la confesión autoinculpatorio, sino de prueba indirecta o de indicios.

Esto es, nadie puede haber visto que un sujeto tenía una determinada intención o una creencia, o una emoción, por lo que los estados mentales deben ser inferidos o presumidos a partir de la conducta externa del agente al que se atribuyen y de las circunstancias del contexto: "La prueba de los elementos subjetivos del delito no

⁴⁰ Ibid. Pág. 56.

requiere necesariamente basarse en las declaraciones testimoniales o en pruebas periciales. En realidad, en la medida en que el dolo o los restantes elementos del tipo penal no pueden ser percibidos directamente por los sentidos, ni requiere para su comprobación conocimientos científicos o técnicos especiales, se trata de elementos que se sustraen a las pruebas testimoniales y periciales en sentido estricto. Por lo tanto, el Tribunal de los hechos debe establecerlos a partir de la forma exterior del comportamiento y sus circunstancias mediante un procedimiento inductivo, que, por lo tanto, se basa en los principios de la experiencia general.”⁴¹

Como puede imaginarse, este método indirecto de prueba de la intención, de determinación indirecta de la verdad de los enunciados acerca de los estados mentales, aunque parece inevitable, suscita enormes dudas y dificultades. Entonces ¿Puede alcanzarse de esta manera, suficiente certidumbre acerca de las intenciones de los acusados o demandados para tomar estas decisiones? Las dudas son tantas que se ha llegado a negar que los hechos psicológicos sean realmente hechos y se les ha considerado juicios de valor de naturaleza subjetiva, lo que ha propiciado que sean tratados como parte de la *quaestio iuris* en lugar de materia de prueba; y parte de la doctrina penal en una dirección semejante, ha señalado que la prueba del dolo no es en realidad una actividad cognoscitiva, sino una atribución o imputación a partir de los indicios del tipo.

El interrogante que se plantea, en definitiva, es si la prueba de los hechos psíquicos es un descubrimiento o una imputación, si es una operación cognoscitiva, en la esfera por

⁴¹ Ibid. Pág. 59.

tanto de la verdad y la falsedad, o un asunto normativo. La cuestión es fundamental es si se asume que la prueba de la intención es descubrimiento, entonces estamos asumiendo el presupuesto de que las intenciones son un tipo de realidad a pesar de sus peculiaridades y que el enunciado que declara que un sujeto x tenía la intención y pretende ajustarse a esa realidad, es decir, puede ser considerado verdadero o falso en función de que esta afirmación se corresponda o no con esa realidad. Por tanto, los criterios de prueba de la intención tienen que ser criterios adecuados al fin que se persigue: descubrir una realidad.

Por el contrario, si se considera que la prueba de la intención es una cuestión de imputación, entonces se está presuponiendo que la prueba del dolo no pretende reflejar ninguna realidad interna o psicológica porque no existen los estados mentales, o porque no pueden ser conocidos, o porque no es necesario conocerlos en el proceso, sino simplemente calificar de cierta manera la acción del agente de acuerdo con ciertos criterios objetivos los factores externos de la conducta, para poder aplicar la norma correspondiente.

Los criterios de prueba de la intención ya no necesitan, por tanto, orientarse a la verdad de la atribución, dicho de otra manera; la corrección de la atribución dependerá de otros valores. De conformidad con la autora Michele Taruffo: “A las tesis que sostienen que la prueba de la intención es o pretende ser descubrimiento las podemos llamar

concepciones descriptivistas o cognoscitivistas; a las que sostienen que es imputación, se les puede llamar concepciones adscriptivistas, normativistas o no cognoscitivistas”⁴².

4.3. Intención y racionalidad y el principio de intencionalidad mínima

No todas las acciones son intencionales, y no todas las acciones que se consideran intencionales lo son en el mismo sentido pues un primer grupo de acciones, los actos reflejos, son aquellos que se producen sin intervención de la voluntad. Son reacciones que no se encuentran dirigidas por la intención o el propósito de alcanzar un determinado resultado. Además, no se pueden controlar, pues quizá se puedan realizar intencionalmente, pero no reprimirlas; a un segundo grupo de acciones, se le puede llamar acciones expresivas, y son la exteriorización de alguna emoción o estado de ánimo, que las motiva. Por ejemplo, es posible que alguien sentado esperando nervioso algún acontecimiento importante, de repente se levante y se ponga a pasear y silbar por la habitación, sin haberlo decidido, o si en medio de una discusión acaba enfadándose, es posible que empiece a manotear. Se trata de acciones que expresan algún estado de ánimo, pero sin que se haya propuesto expresarlo, por lo tanto ¿Son acciones intencionales? Alguien podría hacerlas intencionalmente, y aprender a evitarlas es decir, en mayor o menor medida, puede controlarlas y si se da cuenta de que va a levantarse y ponerse a silbar, podría si desea, evitarlo y además mientras lo hace, o cuando alguien le pregunta qué está realizando, es consciente de ellas en el sentido de que tiene la certeza no basada en la observación de la conducta externa que hace, sin

⁴² Ibid. Pág. 67.

embargo, no se puede dar una razón finalista, o meramente causal, del por qué actúa así.

Todo esto permite decir que son intencionales, pero en un sentido mínimo o débil, a veces se expresa lo mismo diciendo que son voluntarias, para distinguirlas de los meros actos reflejos. Un tercer grupo está constituido por los actos intencionales, en sentido estricto, o dirigidas a fines y estos se dirigen a un objetivo en que intervienen deseos y creencias acerca de cómo satisfacerlos. En algunos casos, el carácter intencional de estas acciones es más evidente, porque son el resultado de una decisión razonada pues se delibera acerca de qué fines perseguir y cuáles son los medios adecuados para alcanzarlos; otras veces se realiza una conducta dirigida a un fin, sin que se haya deliberado previamente y decidido, en ese momento hacerla; aun así, también estas acciones son intencionales pues se quiere el fin y la acción como un medio para conseguirlo, aunque no sean el resultado de una decisión en cada momento previo a su realización, son el producto de un proceso de aprendizaje o de surgimiento de un hábito, y si se retrocede en el tiempo a lo largo de ese proceso, se acaba encontrando en su origen un esfuerzo para realizarlas y probablemente una decisión.

Un cuarto grupo está constituido por aquellas acciones intencionales que no se dirigen a un fin distinto de la mera realización de la propia acción. Un quinto grupo estaría constituido por las acciones no intencionales, estas son siempre salvo en el caso de los actos reflejos, consecuencias no queridas y no previstas de otra acción. Así si se atropella a alguien al pasarse un semáforo en rojo, el atropello no es intencional, aunque pasar el semáforo sí lo haya sido; y si se tira un jarrón al suelo al intentar

encender la luz, haber tirado el jarrón es una acción no intencional consecuencia de su acto voluntario de intentar encender la luz. Las siguientes consideraciones son válidas sólo para las acciones del tercer grupo, a las que llamaré intencionales en sentido estricto. Actuar con una intención es hacerlo persiguiendo un fin y se puede decir que procurar ese fin es la razón de cualquier acción. Por tanto, se puede asumir la siguiente definición: X hace A con la intención de dar lugar a F si cree que A es un medio para dar lugar a F y hace A por esa razón. Actuar intencionalmente también se puede definir como actuar por una razón. Por otra parte, cuando estas acciones tienen consecuencias lesivas o perjudiciales para terceros cuando alguien roba por robar o mata por matar, se tiende a considerar las patológicas en algún sentido y por tanto no intencionales o con una intencionalidad viciada.

4.4. La acción racional y los tipos de racionalidad

De acuerdo con Nicholas Rescher citado por Taruffo, actuar racionalmente puede definirse con la siguiente fórmula: “ X hace A racionalmente = X hace A.; X tiene arrolladoramente buenas razones para hacer A; X hace A apoyándose en esas razones.”⁴³

Arrolladoramente quiere decir que las razones para hacer esa acción son mejores que las razones para hacer otra distinta o ninguna en absoluto. De acuerdo con esta definición, actuar racionalmente implica actuar por una razón, esto es, intencionalmente.

⁴³ Taruffo, Michele. Ob. Cit. Pág. 69.

Toda acción racional es intencional. Ahora bien, la pregunta relevante para la prueba de la intención es la contraria: ¿Toda acción intencional es racional? Si así fuera, encontrar la intención de un agente consistiría en encontrar el propósito que hace aparecer su acción como racional, dotándole de un sentido. También el término racionalidad es ambiguo, por lo que para contestar a la cuestión de si toda acción intencional es racional debemos deshacer primero esa ambigüedad. Se puede distinguir entonces tres sentidos de racionalidad:

- a) Racionalidad perfecta: Un agente actúa de manera perfectamente racional cuando lo hace movido por razones objetivamente buenas. En el momento de actuar, lo que consideró buenas razones lo eran objetivamente (esto es, para cualquier ser racional).
- b) Racionalidad imperfecta: Un agente actúa de manera imperfectamente racional cuando lo hace movido por las razones que a él le parecen buenas, si éstas no coinciden con las objetivamente buenas. Se trata de razones que le parecerían buenas a cualquier persona como él, pero no a toda persona racional. Por ejemplo, si se desea viajar en tren en lugar de tomar el avión porque se es supersticioso y cree supersticiosamente que viajar en martes 13 puede ser peligroso; y sus razones podrán ser buenas para él, pero no son objetivamente correctas para una persona que no cree en supersticiones. Sin embargo, dado que hay una coherencia entre las creencias generales y las acciones propias, se puede hablar de algún grado de racionalidad.
- c) Racionalidad mínima: Esta puede darse cuando un agente actúa de manera mínimamente racional cuando lo que creyó en el momento de actuar que eran

buenas razones no lo eran objetivamente, y además tampoco coincidían con lo que en condiciones normales él mismo hubiera considerado buenas razones. Se trata de supuestos de error en la ocasión concreta en que se actuó por falta de deliberación, urgencia de actuar, defectuosa interpretación de las circunstancias, uso de información no fiable, desprecio de información relevante, exceso de emotividad. Pero incluso en estos casos hubo cierta coherencia entre las creencias efectivas en el momento de actuar y en la acción pues ésta se ajustó a las razones que creía adecuadas en ese momento, aunque fueran equivocadas.

Al conjunto de todas aquellas consideraciones que, se formulen o no conscientemente, entran en un caso particular de toma de decisión lo llamo esquema de decisión. Según la teoría normativa de la decisión, un esquema de decisión debe consistir en una especificación completa de valores de retribución a los resultados posibles, un mapa de preferencias completo, o una asignación completa de valores de retribución a los resultados, y en los casos en que resulta adecuado un sistema para hacer frente a los diversos riesgos e incertidumbres. Si se le juzga por esto, un esquema de decisión real es usualmente algo verdaderamente muy imperfecto. Por otro lado, un esquema de decisión ideal se describe como algo que la mente del agente tiene presente en su totalidad, algo completo en el que los varios componentes juegan simultáneamente su papel oportuno. Este se construye generalmente parte a parte, de manera que la llegada de una parte aislada de información situacional puede tener una influencia totalmente desproporcionada, incluso cuando estén incluidos todos los datos, la significación práctica de las diferentes partes del mismo puede crecer o disminuir a medida que el que ha de tomar la decisión atiende ahora a un factor, ora al otro. No

solamente es un esquema de decisión real más o menos vago y fragmentario cuando se le compara con el ideal, sino que el agente lo reducirá y simplificará aún más a medida que se acerca una decisión. En lugar de la enumeración completa de las posibilidades que exige la teoría normativa, nos fijamos en unas cuantas características y elegimos algunas posibilidades interesantes de la situación dada.

Es obvio que no toda acción intencional es perfectamente racional pues en muchas ocasiones se falla en alcanzar los objetivos por una inadecuada elección de los medios. Tampoco se puede decir que las acciones intencionales sean siempre al menos imperfectamente racionales, porque puede haber errores en los cálculos que hagan actuar de una manera contraria a como se hubiera actuado de haber pensado las cosas con más calma.

4.5. Las intenciones

Como se conoce, la racionalidad puede ser de fines es decir, si son adecuados los objetivos del agente bien puede ser, instrumental si son adecuados los medios escogidos para alcanzar los fines perseguidos. Se debe admitir que no siempre se actúa persiguiendo lo que se cree en un momento concreto, ni se evalúa cuáles son los mejores medios, los más adecuados o los que más nos convienen. A veces se actúa siendo conscientes de que las intenciones no son las que se tienen que perseguir. A decir de Gonzalez Lagier, quien cita a Rescher: "Demasiado a menudo los deseos y apetitos nos guían en lo que hacemos, y éstos pueden ser o no buenos consejeros con respecto a la racionalidad. Los individuos automáticamente tienen un

motivo cuando se presenta un deseo, pero sólo tienen buenas razones cuando evidentemente hacen algo de acuerdo con su mejor interés.”⁴⁴ De manera que aceptado esto y dejando de lado por tanto la racionalidad de fines, lo que queda de la pregunta anterior es lo siguiente ¿siempre que alguien actúa intencionalmente, se prepara desde el punto de vista instrumental, es decir, la gente se mueve para satisfacer un deseo y elige los medios que le parecen más adecuados en ese momento para realizarlo? La respuesta es necesariamente afirmativa, pues resulta siendo una cuestión conceptual que cuando se actúa con la intención de dar lugar al fin, se realiza la acción que en ese momento parece más adecuada teniendo en cuenta posibilidades, preferencias, gustos y la evaluación de la situación para lograr ese objetivo, en eso consiste actuar intencionalmente. Obsérvese que no se trata de elegir una acción adecuada cualquiera, sino la que la persona considera la más adecuada. Si se elige una acción que puede contribuir al resultado, pero no es la más adecuada, y no se puede aducir ninguna razón o preferencia para haberla escogido, ningún observador dirá que se tuvo la intención de producir algo con la acción; y ni la persona objetivo podrá decirlo seriamente.

4.6. Modelo de prueba de la intención

Antes de entrar en el tema de discusión, es mejor comenzar con un caso para ejemplificarlo y luego ir desglosándolo: Alfredo y Herminio viven en parcelas colindantes, una tarde, Alfredo llama a grandes voces a Herminio, con el que anteriormente había mantenido múltiples y acaloradas discusiones, al asomarse éste a

⁴⁴ Gonzales Lagier, Daniel. **Las paradojas de la acción (acción humana, filosofía y derecho)**. Pág. 22.

la puerta de su casa entablan una fuerte discusión sobre la propiedad de una vereda que separa ambas fincas. La discusión es interrumpida por el yerno de Herminio, quien asiéndole del brazo lo mete en la casa. A continuación Alfredo entra en su propia casa, coge una escopeta xx, modelo xx, del calibre xx, y vuelve a salir, retando a Herminio a gritos; le sigue su hermana Arsenia, quien agarrándole del brazo, trata de disuadirle. Cuando Herminio se asoma de nuevo a la puerta, Alfredo le dispara un cartucho de perdigones desde una distancia de unos 12 metros. En el momento en que Alfredo dispara Arsenia tira de él hacia atrás para desviar la trayectoria del disparo. Los perdigones impactan en un muro de piedra que está detrás de Herminio (a un metro de altura), sin que éste resulte lesionado. Se calcula que la trayectoria del disparo se ha desviado 70 cm. respecto de la que hubiera matado o herido a Herminio.

Estos hechos son calificados por el tribunal que los juzga como un delito de homicidio en grado de tentativa, lo que significa que se da por probado que la acción de Alfredo es intencional y que su intención era de matar a Herminio y no meramente lesionarle en cuyo caso se le podría haber condenado de un delito de lesiones en grado de tentativa. ¿Cómo sabemos que Alfredo disparó con la intención de matar a Herminio, y no meramente de lesionarle? La respuesta es que de acuerdo con el principio de racionalidad mínima, los sujetos procuran realizar la acción que a su juicio, tiende a asegurarles el resultado que pretenden y la acción de Alfredo fue instrumentalmente adecuada para matar a Herminio. El razonamiento completo sería el siguiente:

- Los agentes realizan la acción que creen más adecuada para lograr el fin que persiguen.

- Alfredo creía que la manera más adecuada de matar a Herminio consistía en disparar en las circunstancias previstas en el fin
- Alfredo disparó en las circunstancias previstas
- Alfredo disparó intencionalmente esto es, con un fin ulterior conocido como la presunción de intencionalidad.
- Alfredo disparó con el fin de matar a Herminio esto es, tenía la intención de matar a Herminio.

En general, el argumento por el que se atribuyen intenciones puede reconstruirse de la siguiente manera:

1. Los agentes realizan la acción que creen más adecuada para lograr el fin que persiguen.
2. Uno de los agentes creía que la manera más adecuada de conseguir su objetivo consistía en hacer determinada acción en las circunstancias previstas
3. Este agente hizo esa acción en las circunstancias previstas
4. Este agente hizo esa acción intencionalmente conforme la presunción de intencionalidad.
5. Entonces este agente realizó determinada acción con la intención de conseguir su objetivo inicial

Obsérvese que la premisa 4 establece una presunción de racionalidad, cuando se toman en cuenta los movimientos corporales de un sujeto, se presume que son realizados con alguna intención, y a la luz de esa presunción, se busca el sentido de su acción. Solamente si no se encuentra dicha presunción, se empieza a pensar si esa

acción no fue intencional, esto es si fue un acto reflejo o algo que hizo sin la guía de la voluntad; por el contrario si se divisa un propósito que dé sentido a la acción y la haga aparecer como mínimamente racional, se confirma la presunción de intencionalidad. Este razonamiento no es deductivo, sino, como suele ocurrir en los casos de prueba, inductivo o hipotético. La conclusión, por tanto, no es necesariamente verdadera, pero sí razonable a la luz de las premisas. Es lógicamente posible que Alfredo quisiera meramente lesionar a Herminio, aunque le apuntara al corazón. Pero es poco probable y para aumentar la confianza en este argumento debe someterse a ciertos requisitos:

- a) Se debe comparar la conclusión del argumento con otras hipótesis alternativas que también puedan explicar la acción. Esto es que debe compararse la hipótesis que Alfredo disparó con el fin de matar a Herminio, con otras posibles explicaciones de por qué disparó. Aquí los argumentos basados en la coherencia de la narración de los hechos son relevantes para seleccionar la hipótesis más sólida. Por ejemplo, no parece creíble que Alfredo disparara al corazón si sólo quería lesionar o asustar. Puede ser fundamental también examinar si el medio empleado era sólo adecuado para un fin o para varios aunque lo fuera en menor medida, si era condición necesaria, suficiente o meramente contribuyente del fin.
- b) Se debe examinar si hay otras razones además de la adecuación instrumental de la acción que confirmen la hipótesis. Por ejemplo, se puede aplicar el principio de racionalidad mínima no a la acción descrita como disparar, sino descrita como matar pues este fundamento se basa en que si el agente mató intencionalmente, debía tener a su juicio alguna buena razón para matar.

La conducta anterior y posterior del sujeto puede constituir indicios de esto, y por ejemplo, las discusiones anteriores entre Alfredo y Herminio pueden apuntar a que Alfredo tenía razones para matar a Herminio. También se puede pensar en las atribuciones de intenciones de cierta lógica de la intención derivada igualmente del principio de racionalidad mínima. Algunos de sus principios podrían ser los siguientes: Si un agente tiene la intención de hacer A, y B es incompatible con A, éste agente no tiene la intención de hacer B basado en el principio de no contradicción de las intenciones. Como es sabido, los lógicos hablan de argumento deductivo cuando la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión, y de argumento inductivo cuando la verdad de las premisas no garantiza la conclusión, pero es una razón que la apoya y la hace razonable. Entre acciones existe una relación de generación; cuando disparo matando a alguien, la acción de disparar genera causalmente la acción de matar, otra manera de decirlo es afirmar que la relación de generación se da entre descripciones de acciones y no entre acciones propiamente. En el razonamiento con el que atribuimos intenciones necesitamos hacer referencia a las creencias del agente. Esto puede hacer pensar que hemos pasado del problema de atribuir intenciones al problema, igualmente difícil de atribuir creencias. Según Damasio, citado por Gonzáles Lagier, “si las decisiones tuvieran que adaptarse a la teoría de la decisión no podría tomarse decisiones adecuadas debido al elevado número de cursos de acción alternativos que tendríamos que evaluar. Las emociones cumplen el papel de reducir drásticamente las alternativas que serán tenidas en cuenta, ajustando la evaluación a las peculiaridades de cada individuo.”⁴⁵ Por lo tanto no desplazan la decisión de manera que podemos seguir hablando de acción intencional, aunque se realice bajo el influjo de

⁴⁵ Ibid. Pág. 26.

una emoción; aunque sí la determinan en gran medida, por lo que el problema de la responsabilidad por las acciones de cada uno, se desplaza en estos casos a la cuestión de la capacidad de controlar las emociones.

4.7 Fundamentación del principio de racionalidad mínima y de los criterios de atribución de intenciones

No se trata de reglas de imputación de carácter normativo y no ajenas a fines cognoscitivos, sino al contrario criterios de descubrimiento, algo así como recetas que tienden a mostrar la corrección de nuestra atribución desde el punto de vista de una teoría de la verdad como correspondencia entre la atribución y la realidad mental. El fundamento de estas recetas se basa en su éxito en el pasado de hecho, como habrá observado el lector, no se trata de ningún criterio novedoso como razonamiento cotidiano cada vez que atribuimos intenciones a los demás. En el esquema de decisión que precede a muchas de las acciones intencionales juega un papel importante el medio social en el que la acción va a realizarse. Lograr los objetivos propuestos requiere en muchas ocasiones contar con la existencia de otros sujetos entonces se puede hablar de la acción como acción social. La evaluación de la situación debe tener en cuenta no sólo la existencia de tales sujetos, sino también su calidad de agentes que se mueven persiguiendo sus propios objetivos.

Las acciones de los demás son importantes para cada persona que desee coordinarse con ellos, colaborar, competir o simplemente evitar sus interferencias. Para todo ello se necesita atribuir intenciones a los demás, y es algo que se hace cotidianamente. Un

gran número de estas atribuciones son exitosas, en el sentido de que se logra ajustar la conducta a la de los demás y conseguir de esa manera los propios objetivos. Si se fallara demasiado a menudo, la vida en sociedad sería imposible y las más de las veces no se alcanzarían los objetivos (no sólo los objetivos colectivos, sino tampoco la mayoría de los individuales). Esta fiabilidad en general permite tener cierta confianza en nuestros criterios y procedimientos de atribución de intenciones y en nuestra manera de entender los conceptos involucrados (como el de intención), justificándolos desde un punto de vista práctico.

Además, este tipo de justificación se basa en la experiencia: si en el pasado los criterios que uso para atribuir intenciones me han resultado generalmente provechosos no tengo razones para pensar que no vayan a seguir siéndolo en el futuro (aunque en casos concretos puedan conducirme a errores). Los criterios y el procedimiento de atribución no tienen por tanto un origen normativo en el mismo sentido en que lo pueden tener los criterios de atribución de responsabilidad moral o jurídica, por ejemplo (lo que, de nuevo, diferencia a las atribuciones de intención de las imputaciones en sentido estricto).

CAPÍTULO V

5. Los elementos determinantes para la imputación objetiva de un delito

Ingresar de forma inmediata al campo analítico de lo que es materia del presente trabajo de investigación, sin previamente efectuar un examen respecto a la posibilidad participativa que pueda tener cada uno de los factores normativos de imputación en la esfera del instrumento formal y punitivo más radical que haya concebido el Derecho, generaría, como consecuencia directa, una errónea noción que se traduciría en la marginalidad de tales factores en relación a los presupuestos ontológicos propios de la corriente finalista, sobre todo si se toma en cuenta que la evolución de los elementos elaborados, ontológica o normativamente, desemboca en un factor común, que es la de restringir cada vez más el ámbito de intervención estatal sobre conductas ajenas a ésta; y, como consecuencia indirecta, la trivialidad en su tratamiento doctrinal cuyos resultados se expresarían, seguramente, en su carencia o desacertada aplicación.

Por consiguiente, los argumentos expositivos que integran este apartado estarán destinados a responder aquella gran interrogante que aún es motivo de susurro por quienes recientemente pretenden incursionar en este ámbito y precedente obligatorio por quienes aprueban su necesaria aplicación.

Mantener la duda respecto al evidente interés progresivo que a través del tiempo se ha percibido en quienes han hecho del Derecho Penal su compromiso habitual y que se ha visto reflejado en el aporte encaminado hacia la evolución de las instituciones

integrantes de esta rama, constituye, hoy en día, un alicaído pensamiento que seguramente tendrá como adeptos, no sólo, a aquellos que aún propugnan la futura desaparición de este rubro jurídico, sino también a quienes aún predicán su reemplazo por otras ciencias cuya reducida finalidad no se condice en absoluto con la actual exigencia protectora de bienes jurídicos propia del ámbito penal. Pues bien, que mejor ejemplo del avance que ha mantenido el Derecho Penal material a lo largo de los años que la secuencia evolutiva de sus sistemas teóricos –causalista, finalista y funcionalista– en las que se entrelazan una serie de rasgos que por sus peculiaridades le otorgan un tratamiento relativamente autónomo en cuanto a la permanencia de las demás, empero, unitario respecto al significado evolutivo que aquélla amerita.

Precisamente y para efectos de este apartado, únicamente, nos interesa aquellos caracteres que versan específicamente sobre el aspecto evolutivo implícitamente reconocido en cada uno de los referidos sistemas, pues como se viene insistiendo, en ellos converge un factor común, cual es el de restringir cada vez más el ámbito de intervención punitiva sobre conductas que no la merecen. En tal virtud, si pretendemos arribar a conclusiones que permitan comprobar la factibilidad de traslación de los criterios normativos de imputación al ámbito participativo de restricción de conductas, tenemos que recurrir, necesariamente, a cuatro teorías surgidas en el seno de los aludidos sistemas como muestra de la realización de aquel común denominador.

Corresponde, entonces, detallar el marco conceptual que aquéllas comportan, pues para ello será necesario remitirnos a la primera teoría que albergara y diera vida al sistema causalista: La teoría de la equivalencia de las condiciones o *conditio sine qua*

non. Pues bien, para efectos de delimitar el contenido esencial de la acotada teoría que permita extraer cada una de sus características conceptuales, me permito abordar el ejemplo que gratamente nos proporciona Jescheck: “En la fiesta de una asociación un invitado, que quería buscar el patio de un establecimiento, se precipitó en la oscuridad por un pozo descubierto falleciendo en la caída. Entre otros, causales del resultado fueron el constructor de dicho pozo, el hijo del hostelero que había dejado abierto el pozo tras su trabajo, el hostelero mismo que ante la llegada de los invitados no había comprobado si el pozo estaba cerrado, el presidente de la asociación que previamente había abierto la puerta del salón que conectaba con el patio y, finalmente, el empleado del establecimiento, que en la creencia de que la puerta permanecería cerrada, había apagado la luz del patio.”⁴⁶

Nótese que lo peculiar de este ejemplo, radica únicamente en la posibilidad de establecer la causa del fallecimiento de aquel invitado y para ello concurren una serie de respuestas como condiciones del resultado producido sin mayor distinción al respecto. En efecto, esto es lo que caracteriza la teoría en comento, la búsqueda de una respuesta a través de la relación causa-efecto existente entre la conducta o conductas desplegadas y el resultado producido, dejando abierta con ello la posibilidad de concurrencia de un sinnúmero de circunstancias como condiciones generadoras del resultado amparadas en la inexistencia de divergencia valorativa entre las mismas y por consiguiente, el hermetismo analítico cercado por la barrera infranqueable llamada causalidad. Es posible extraer además, que el resultado materializado en el fallecimiento del invitado, se produjo al parecer a causa de una omisión, pues el pozo

⁴⁶ Gonzales Lagier, Daniel. Ob.Cit. Pág. 89.

se encontraba descubierto; surge, entonces, una nueva y obligatoria interrogante ¿cómo actúa la teoría de la equivalencia de las condiciones frente a esta situación?.

Para ello se propuso dentro del ámbito causal la siguiente fórmula descrita con notable precisión por Bacigalupo: "...cuando se trata de condiciones positivas la fórmula establece que una acción es causa del resultado si suprimida mentalmente su realización, el resultado no se hubiera producido...En el segundo supuesto, el de las llamadas condiciones negativas...una omisión será causa de un resultado si supuesta mentalmente la realización de la acción omitida el resultado hubiera sido evitado".⁴⁷

La carencia de logicidad en esta fórmula es evidente, puesto que ya con anterioridad a su praxis se debe conocer si la acción desplegada puede o no producir el resultado, por lo tanto, si es que ésta se ignora no se podrá saber tampoco la operatividad de la referida supresión; así, quien no sepa que arrojar a una persona desde un despeñadero puede producir su muerte, desconocerá también si, al suprimirse mentalmente su accionar, el resultado no se hubiera producido.

La fragilidad de estos fundamentos evidenciaba, no sólo, una notoria insatisfacción a nivel doctrinal y jurisprudencial, sino también un airado y justo reclamo por las voces más renombradas de aquel entonces, las mismas que originaron el nacimiento de una segunda teoría, enraizada aún bajo el espectro causalista: La teoría de la causalidad adecuada. Según esta teoría únicamente la "condición concurrente adecuada" constituía causa del resultado producido. Ello nos obliga a buscar, entre todas las

⁴⁷ Ibid. Pág. 92.

condiciones propuestas en el ejemplo precitado, sólo la adecuada al resultado, pero ¿cómo encontrarla?, bajo la fórmula de la experiencia general, es decir, teniendo como referencia aquellas acciones que habitualmente pueden producir resultados, lo que probablemente indique que la causa del fallecimiento del invitado haya sido, no la construcción del pozo o la ausencia de luz en el patio que permita visualizar la construcción efectuada, sino, por el contrario, la falta de diligencia en el cerraje del mismo.

Sin embargo, la imprecisión contenida en esta fórmula suele revelarse cuando el juicio por parte del sujeto de la acción es más amplio que el propio conocimiento general o cuando concurren sobre él conocimientos especiales respecto del sujeto u objeto sobre el cual despliega su acción, por ejemplo cuando sabe que el agredido padece de un problema cerebral grave y pese a ello propina un severo garrotazo sobre su cabeza. Pese a las objeciones planteadas en el marco de la teoría de la adecuación, ello no es motivo para dejar de nominarla, no sólo, como la pionera de las teorías en la búsqueda limitadora del ámbito de intervención punitiva, sino también, en la que por primera vez se distingue un componente normativo, que a decir de Sancinetti "...procuraba normativizar el concepto causal en si mismo, a tal punto de poder identificar –ya bajo un concepto ad hoc de causa- cuál era la conducta en definitiva adecuada al tipo."⁴⁸

Valerse de la experiencia general para solucionar los problemas de imputación de resultados, implicaba catalogar de uniformes los conocimientos de los sujetos actuantes generando al respecto una insuficiencia jurídica. Lo ideal entonces ya no giraba en

⁴⁸ Ibid. Pág. 93.

torno a cambiar esta fórmula, sino, por el contrario, a tratar de rescatar aquel ingrediente normativo que en su conjunto contenía la teoría de la adecuación, y de eso, precisamente, se encargó la teoría de la relevancia típica, para cuyo efecto bifurcó su hipótesis explicativa partiendo de la comprobación de la causalidad adecuada y terminando en la verificación típica de ésta con lo prescrito en la norma que la regula.

Se constituyó así esta teoría, en la “primera herencia que recoge la teoría de la imputación objetiva”⁴⁹ y en la primera en distinguir, por lo menos aisladamente, la existencia de conductas causalmente relacionadas con el resultado y su estudio valorativo con la norma que las reprime. Bajo consideraciones teleológico-normativas se elabora, finalmente, la teoría de la imputación objetiva, cuyos criterios normativos de imputación normativizan las descripciones típicas puramente causales y sirven de marco previo a la atribuibilidad de resultados. Efectivamente, esta teoría propone trasponer los filtros normativos de creación de riesgos desaprobados o de realización de dichos riesgos en el resultado, para que desde un punto de vista estrictamente jurídico se pueda imputar a alguien la comisión de un hecho de naturaleza delictiva.

En este orden de ideas, y sin perjuicio del tratamiento posterior que amerita cada uno de estos factores normativos de imputación, es posible apostar por su traslación al ámbito participativo de restricción de conductas, en base, principalmente, a los siguientes argumentos: En primer lugar, porque llevan –con mayor notoriedad- en su seno el ingrediente jurídico que requiere todo análisis conductual pretendidamente sometido al ámbito penal, pues aquí no se examinan conductas meramente causales,

⁴⁹ Ibid. Pág. 94.

sino antes bien, comportamientos que sobrepasan las vallas valorativas que imponen dichos factores normativos.

En segundo lugar, porque su tendencia nos muestra el despunte normativo que a través del tiempo se viene intentando en los distintos sistemas evolutivos de restricción de conductas, así sucedió con la teoría de la causalidad adecuada y así lo dejó entrever Welzel con la teoría de la adecuación social. En tercer lugar, porque cubren ese vacío jurídico que amparan a determinadas conductas cuyos resultados se tornan muchas veces improbables y hasta inesperadas; y finalmente, porque a pesar de la confrontación ideológica que pueda tener con los elementos ontológicos propios de la corriente finalista, ambas apuntan al mismo objetivo: el de restringir la intervención estatal sobre la constelación de conductas in idóneas para soportarla.

5.1 La correcta interpretación de los factores circunstanciales del acto o hecho

Esta primigenia línea de pensamiento nos ha permitido poner de manifiesto el primer juicio valorativo al que argumentativamente hemos arribado, y que no es otro que la posibilidad jurídica de traslación, de los criterios normativos de imputación, al ámbito participativo de restricción de conductas de pretendida naturaleza delictiva. Sin embargo, apenas se ha colmado una de las tantas expectativas que aquejan al propio planteamiento de dichos factores, quedando, por consiguiente, el compromiso expositivo que este apartado pretende sanear y que está referido específicamente a los alcances que comporta su utilización sobre la constelación de casos que puedan generarse producto –al menos en su mayoría- de un despliegue conductual nebuloso.

Queda claro entonces, que el objetivo de este acápite se traduce en la delimitación exacta del marco mínimo abarcado por la utilización aplicativa de los aludidos factores, es decir, que lo que se pretende a través de las presentes líneas es responder aquella gran pregunta -rica en ejemplos pero compleja en su fundamentación- que se ha constituido en la predilecta del sector más oprimido en cuanto al entendimiento de esta institución penal y que reducida a su máxima expresión se plantea de la siguiente forma: ¿respecto de qué casos resultan aplicables los criterios normativos de imputación? o si se quiere ¿qué características deben reunir dichos casos para ser susceptibles de un análisis que requiera la remisión a tales criterios?. No se pretende llegar a conclusiones que resten importancia a la constelación de casos que queden fuera de esta órbita de análisis, por el contrario, a lo que aspiramos es a delimitar aquel marco aplicativo que facilite la labor interpretativa de quienes por ley están obligados a efectuarla, evitando de esta forma, además de una insustancial dispersión de los referidos factores sobre casos que no la merecen y que sólo genera simbolismo argumentativo, un deslizamiento jurídico que de por sí resulta indiscriminado.

No resultaría apropiado dejar de destacar el sigiloso empeño que la doctrina viene mostrando en relación a la posible incidencia de estos factores sobre los únicos tipos de delitos que nuestra norma penal acoge. Sin embargo, nuestra respuesta pretende ir más allá de una significativa objeción respecto del tipo de delito acoplable, pues ella se orienta bajo la premisa del radio extensivo que los factores normativos de imputación puedan tener en relación a ciertos casos que, como bien se dijo, son resistentes a una normal viabilidad.

Pues bien, teniendo en consideración estas líneas argumentativas que no reflejan sino el apetito justificante de solución respecto de aquella interrogante planteada, recurrimos a las ilustrativas palabras que Frisch deduce sobre lo realmente abarcado por los aludidos factores, pues ellos convergen específicamente “...en las constelaciones de casos en las que los resultados se habían producido de una forma bastante improbable, muchas veces realmente inesperada.”⁵⁰

En efecto, se trata del único y reducido marco de casos sobre los cuales pueden actuar dichos factores, es decir, que sólo cuando la determinación del conflicto en cuestión resulta espacio-temporalmente de difícil viabilidad jurídica, les serán aplicables los aludidos factores. No optar por una decisión como ésta, generaría, además de una indiscriminada utilización, una ilogicidad en la aplicación respecto de casos que pueden ser resueltos bajo el sentido común; así si se quiere imputar responsabilidad a quien dispara a boca de jarro sobre la corporeidad de una persona, sólo bastará con delimitar el desarrollo típico –objetivo o subjetivo- que acredite que el resultado le es, efectivamente, imputable, pues de lo contrario devendría, a decir de Abanto Vázquez “en una exageración de su importancia aplicativa.”⁵¹

Esto corrobora que la recurrencia –propia de la corriente finalista- a la parte típica para “terminar” de imputar el resultado delictivo no se pretende desterrar, más si restringir a aquellos casos que llevan implícitos el grito más famoso que en su momento irónicamente propagara Struensee “regresemos al tipo objetivo”. Al respecto, no se ha

⁵⁰ Ibid. Pág. 95.

⁵¹ Ibid.

popularizado mejor ejemplo que el de la tormenta -traducido en la conducta que despliega A al enviar a B al bosque en una tarde de tormenta con la esperanza de que un rayo le de muerte- para reflejar la necesaria recurrencia a los elementos estructurales propios de la teoría de la imputación objetiva. Pues bien, sin desmerecer el sentido que, principalmente, le otorgara Larenz, fue Roxín quien se pronunció de manera concreta, pues éste recurría a factores estadísticos que formaban parte del conocimiento del sujeto y por ende, tornaba su conducta como delictuosa.

Esta interpretación resultó extraña, sobre todo, porque provenía de un autor adepto al llamado funcionalismo moderado, en la que lo imprescindible era la valoración de los juicios racionales que sólo una sociedad racional podía permitir, pues a decir Ferrante: “en un mundo desmitificado como el moderno, la producción voluntaria de consecuencias en la realidad sólo es posible con base en un juicio racional sobre la causalidad y éste presupone el correcto manejo de un cierto mínimo de información”⁵² y en el caso que nos ocupa la conducta desplegada no estuvo racionalmente dirigida a la producción del resultado muerte.

La necesaria racionalidad de resolución, constituye otra de sus características destacables; puesto que ella resulta la mejor compañía –asociada tanto al finalismo como al normativismo- práctica que da lugar a una cómoda posición jurídica y, por consiguiente a una legítima aceptación social, pues será a partir de ésta que el empleo de dichos factores resulte, no sólo, congruente con las más exigentes sociedades modernas, sino también, productibles de una comunicabilidad relevante para efectos

⁵² Ibid. Pág. 95

penales. En resumen, esta línea argumentativa ha permitido una segunda respuesta respecto de una segunda expectativa que constantemente rodea a una introducción como la que se viene desarrollando, pues se ha proclamado su utilización mesurada que, desde su delimitación espacio-temporal y racional, requiere todo conflicto penal.

5.2. La prueba de atribución de intenciones en un hecho o acto delictivo

Alimentados de las ideas preliminares, que en su conjunto nos muestra la verdadera esfera demarcatoria sobre la cual actúan los criterios normativos de imputación, corresponde, por consiguiente, dilucidar –en base a la descripción detallada de cada uno de ellos- si a las distintas conductas sometidas a evaluación jurídica les puede ser objetivamente imputable la producción de un determinado resultado. Menester será entonces, optar por una búsqueda que permita determinar ya no la mera causa de una consecuencia, sino por el contrario, la verificación de que la conducta desplegada por el agente ha sobrepasado los filtros normativos que hoy son materia de análisis por quien propone esta introducción.

Sólo a través de la delimitación material de las cuatro pautas rectoras, que especificáramos a inicios de esta exposición, será posible arribar a la idea de que una determinada imputación de naturaleza penal debe verse desde una perspectiva restringida y ello sólo será factible si no se descuida el constante análisis de los factores internos y externos que puedan presentar las distintas conductas sometidas a valoración jurídica.

Por ello, sí debemos padecer de la mayor miopía intervencionista al pretender subsumir conductas bajo figuras penales elaboradas para su efectiva canalización; empero no para acoger la concurrencia de diversos elementos, que por sus peculiaridades – intrínsecos y extrínsecos- generarían de plano su inmotivado sometimiento jurídico. Queda claro entonces, que el compromiso narrativo de este apartado pretende destacar las bases normativas sobre las cuales se edifica la teoría de la imputación objetiva, especificando su capacidad explicativa de soluciones para casos en los cuales aún no se ha cubierto el vacío objetivo que años atrás intentaron enfundar las teorías causalistas y finalistas, pues sólo a partir de su minucioso desarrollo comprobaremos si efectivamente se dio un paso trascendental en la llamada primera escala analítica del delito.

5.2.1. La formulación previa de un juicio causal como parte integrante de la imputación objetiva

Las relaciones de causa-efecto que pueden generarse mediante el actuar humano nos permiten visualizar, sin duda alguna, el sinnúmero de posibilidades modificativas del mundo exterior, y a las que jurídicamente podemos agruparlas bajo el nombre de simples causalidades, en las que su esencia misma viene determinada por la concepción de que un suceso proviene de otro. Efectivamente, se trata de la mera relación formal existente entre una conducta y varios resultados o viceversa, pero que en el fondo no sólo constituyen una gama abierta de modificaciones externas, sino también una vinculación lejana del marco jurídico exigible. Por el contrario, la causalidad requerida como paso previo al respectivo análisis normativo de una

determinada conducta, precisa de una legitimidad sustancial que se evidencia en la evaluación que de esas conductas efectúa el juzgador, como único órgano facultado por ley, y que en palabras de De La Cuesta Aguado “consiste en la aplicación a la aparición de un resultado de principios explicativos lógicos que excluyen aquellos supuestos que no son en ningún caso consecuencia de un actuar humano.”⁵³

Se trata entonces, de la realización de un juicio de causalidad que denota el razonamiento jurídico del operador del derecho a efectos de lograr una explicación lógica de cuando un resultado es consecuencia de una acción; empero ¿cómo se constata la relación de causalidad requerida?, específicamente mediante la recurrencia a dos fórmulas: la teoría de la equivalencia y la teoría de la condición legal, “de esta forma, unos describen el nexo causal de tal modo que debe existir un nexo de legalidad entre el comportamiento del autor y el resultado producido; mientras que otros, preguntan si la conducta representa una condición necesaria para la producción del resultado.”⁵⁴ Al margen de dilucidar cuál de las dos fórmulas propuestas –a las que por cierto se les ha dedicado un particular tratamiento en líneas precedentes- es la que mejor se condice con la relación de causalidad exigida, parece sensato rescatar el lado positivo que ésta nos muestra y que no es otra cosa que la delimitación material sobre la que ha de versar el juicio normativo.

Pues bien, la propia determinación –a través del juicio de causalidad aludido- del nexo causal que todo comportamiento humano genera respecto de un resultado, nos muestra

⁵³ Ibid. Pág. 96.

⁵⁴ Ibid.

la exclusiva función que implícitamente conlleva y que se reduce a la designación del “referente terminológico para designar el primer paso en el proceso de selección de conductas”⁵⁵, y que a la postre servirá para excluir de plano aquellos antecedentes innecesariamente desprovistos de un posible análisis jurídico.

No se trata entonces, de una recurrencia antojadiza a la que haya que acudir sólo cuando se presentan diversas acciones que desde sus distintas perspectivas puedan dar lugar a este tipo de vinculación, sino que por el contrario, su vigencia a nivel doctrinal se debe específicamente al carácter imprescindible que ella mantiene dentro de la teoría de la imputación objetiva y que por ende le ha valido una consideración especial dentro del ámbito típico cuya fundamentación lógica la enaltece como el presupuesto previo delimitante al posterior juicio normativo de imputación, pues a decir de Puppe “sólo quien contempla el curso causal real que conduce al resultado esto es, la cadena de causas que median entre acción y resultado, descubrirá si en el caso concreto se plantea, en general, un problema de imputación objetiva.”⁵⁶

Por consiguiente, será a partir de esta primera comprobación causal que cobrará fuerza la fórmula general sintetizadora del verdadero sentido de la teoría de la imputación objetiva: un resultado sólo será objetivamente imputable cuando la acción causante del mismo ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se ha realizado en un resultado típico perteneciente al ámbito o fin de protección de la norma.

⁵⁵ Ibid. Pág. 96.

⁵⁶ Ibid. Pág. 97.

5.2.2. La creación de un peligro jurídicamente desaprobado para el bien jurídico protegido

Constituye este requisito, no sólo, la primera manifestación en el juicio normativo que se efectúa sobre una determinada conducta, sino también la más elemental característica respecto de los delitos dolosos y culposos. En efecto, catalogar a las conductas humanas desde ambas perspectiva, como riesgosas, implica a decir de Joachim “la violación de normas de conducta que tiene por objeto la protección de bienes jurídicos, siendo necesario para ello valorar las normas administrativas de control de la actividad, si es que existen, así como las normas técnicas, escritas o consuetudinarias, deontológicas o de la experiencia que rigen la actividad”⁵⁷ y, por supuesto, las penales.

Pues bien, si tales conductas contravienen las distintas disposiciones regulativas de la propia sociedad, alterarían, además de su orden social, el campo jurídico que unánimemente se ha impuesto como método regulador, generando una desaprobación de la misma naturaleza, es decir, en el sentido del tipo penal respectivo. Ahora bien, la determinación del verdadero significado que encierra este presupuesto, únicamente será factible mediante la observancia de dos criterios, en los que, a pesar de mantener una estrecha vinculación, resulta imposible pregonar –con respecto al injusto doloso- su unánime aceptación:

a. **Previsibilidad objetiva del resultado:** Esta primera exigencia de concreción, se materializa en la existencia de un juicio de peligrosidad derivado del propio accionar

⁵⁷ Ibid. Pág. 97.

humano y que se constituye en la más antípoda característica que ella puede presentar en comparación a los riesgos que no sobrepasan la valla permisiva. Empero, al igual que en la determinación del curso causal, el juicio de peligro tiene que ser efectuado por quien legítimamente está obligado, de tal modo que ante eventuales circunstancias, sea éste quien les otorgue, desde los distintos ángulos existentes, la solución más adecuada que signifique, además de la respuesta firme frente a una criminalidad pasada, la más efectiva protección de los bienes jurídicos concebidos y aceptados socialmente.

En base a las líneas esbozadas, nos parece sensato remarcar las ilustrativas frases que Rueda Martín vierte en relación a este primer criterio, al que califica como “un juicio ex ante y realizado por una persona inteligente (el juez) colocada en la posición del autor, en el momento del comienzo de la acción y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente, más las conocidas por el autor (saber ontológico) y la experiencia común de la época sobre los cursos causales (saber nomológico).”⁵⁸

No en vano citamos tan ilustrativas frases, puesto que si le otorgamos una correcta interpretación, sin alterar su real contenido, será posible enunciar –para efectos de su formulación- dos momentos determinantes: a) la formación de sus bases, constituidas por la suma evaluativa de todas las circunstancias cognoscibles por el profano razonable y por el agente del delito, más la experiencia común de la época sobre los cursos causales, y b) el grado de tendencia de la acción, referente a la determinación

⁵⁸ Ibid. Pág. 97.

de la posibilidad o probabilidad de producción de resultados, y que a decir del citado autor, es producto “de una valoración de un sustrato material configurado unitariamente por elementos objetivos y subjetivos”.⁵⁹

Constituyen así, tales elementos, las líneas directrices determinantes en la evaluación de conductas tendentes a la producción de un resultado, es decir, en su calificación ex ante de peligrosidad como factor común a los delitos dolosos e imprudentes, y como elemento excluyente para aquellos resultados procedentes de acciones cuya característica principal no permite un pronóstico de causación de un resultado típico.

2. La observancia del cuidado objetivo exigido por el derecho: Que un comportamiento sea inadecuado en el sentido de no portar la peligrosidad requerida, no es un problema que aqueje al ámbito de actuación de la teoría de la imputación objetiva. El problema surge cuando al efectuar el procedimiento analítico que permita atribuirle dicha calidad, se comprueba que efectivamente tal característica ha sido verificable, pues sólo a partir de la aludida comprobación será posible pasar a este segundo plano a efectos de determinar si la conducta vulneradora de bienes jurídicos, sobrepasó la valla que impone el riesgo permitido. Se trata entonces, del último criterio de concreción que viene calando con mucha mayor aceptación en la esfera analítica de los delitos dolosos y que en la actualidad ha permitido el fundado atrevimiento de establecer la identidad de la estructura básica con el tipo objetivo de los delitos imprudentes.

⁵⁹ Ibid.

La introducción del criterio del riesgo permitido dentro del rubro objetivo del tipo –doloso e imprudente- permite concebirlo como el juicio normativo que invade legítimamente dicho ámbito y “mediante el cual se pretende encontrar un límite a los tipos de lo injusto y delimitar los tipos penales entendidos de forma excesivamente amplia a consecuencia del dogma causal”⁶⁰. Es pues bajo esta expresión que se agrupan a decir de Cancio Meliá “dos grandes grupos de casos : por un lado aquellos supuestos en los que una actividad generadora de riesgos es permitida en determinadas circunstancias, bien existiendo una reglamentación expresa (por ejemplo en el tráfico rodado, el funcionamiento de industrias, la realización de competiciones deportivas, etc.) o sin tal reglamentación (las normas de cuidado conocidas del delito imprudente: los supuestos de *lex artis* en la actividad médica, en la construcción, las precauciones en la educación de los hijos, etc.).”⁶¹ Por otro lado, aquellos supuestos en los que el elemento preponderante es la normalidad social de la conducta generadora de riesgo (por ejemplo en el supuesto del sobrino que envía a su tío a pasear bajo la tormenta) o en las que se congregan diría Rueda Martín “una serie de situaciones en las que puede producirse un resultado lesivo de un bien jurídico en la confluencia de circunstancias normales, y que pese a la producción del resultado no hay una responsabilidad jurídico penal”⁶² y cuya determinación se efectúa con total independencia del conocimiento del agente. Sin embargo, la incursión de este requisito a nivel de tipo objetivo, no es reciente, ya que fue el propio Welzel quien con su teoría de la adecuación social, nos da la primera pista, aunque desde una perspectiva más amplia; y que pese a la diferencia destacada por cierto sector doctrinal en relación al criterio del riesgo permitido, ambos

⁶⁰ Ibid. Pág. 98.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid. Pág. 99

convergen en un factor común: el impedimento intervencionista del Estado sobre afectaciones a determinados bienes jurídicos cuyo resultado no salía de la esfera regulativa de la vida social.

Ahora bien, no cabe duda, y en eso existe una opinión generalizada, que este criterio sólo será verificable a través de la llamada “ponderación de intereses” y bajo la observancia de dos niveles:

a) Utilidad social en sentido amplio, realizada por el legislador y que a decir de Rueda Martín se evidencia en la exclusión del tipo de “aquellos comportamientos que realiza un sujeto con conciencia y voluntad de afectar un determinado bien jurídico para alcanzar el fin de utilidad social perseguido aun a costa de la mencionada afectación a ese bien jurídico involucrado en la ponderación”⁶³. La actividad más ejemplificadora la encontramos en el tráfico vehicular, como un interés predominante en el desarrollo de la sociedad, pues ella lleva implícita el carácter perturbador para determinados bienes jurídicos los cuales han de someterse para dar paso a estos comportamientos, que desde el punto de vista social, son correctos. Si además de reducir el marco expresivo que nos ofrece la teoría de la imputación objetiva a la sola evaluación de la parte objetiva del tipo, tomamos en cuenta que este primer criterio responde a la criminalización primaria efectuada por el legislador, diremos que ya de antemano se excluyen muchas conductas cuyo contenido, desde luego, habrá de analizarse fuera del ámbito del injusto;

⁶³ Ibid.

b) | utilidad social en sentido estricto, realizada por el juez en base a las circunstancias concretas que rodean la ejecución de la acción cuya característica principal es su finalidad lesiva para el bien jurídico y que son paralizadas por la existencia de normas de cuidado, de tal forma que si se llegare a producir un resultado, aún con actuación dolosa del agente, ésta quedaría justificada. Un factor obligatorio de análisis: La constelación de casos en los que falta la creación del riesgo jurídicamente desaprobado.

Pese a que para determinados supuestos es posible, no sólo, una comprobación causal del resultado producido, sino también la concurrencia de su peligrosidad que infringe el deber de cuidado, existen –como excepción a la regla- una constelación de casos, en las cuales falta el requisito de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y que en base a la línea propuesta por Frish se reducen a la siguiente enumeración:

a) Reducción del peligro en la producción de resultados. Imaginemos el siguiente ejemplo: A, una persona físicamente sana y B, una persona con problemas cardiacos, salen a correr muy temprano por la calle, producto del trajín B sufre un paro cardiaco y al percatarse de esto A le brinda primeros auxilios ejerciendo con sus manos una presión fuerte sobre su torax, finalmente logra estabilizarlo pero pagando el precio, dada la fuerza ejercida, de una costilla rota. Pues bien, nótese en que en el ejemplo propuesto A no es el generador del mal que aqueja a B, pues éste ya viene determinado por causas naturales a la propia persona; por otro lado, una vez que se produce la intervención de A ésta logra amilanar el peligro, generando, sin embargo, un daño en proporción mínima a la evitada. En base a esta hipótesis y como reflejo del

concepto que queremos rescatar del caso propuesto, reproducimos en palabras de Frisch que “lo característico de estos supuestos es que el peligro de la producción de los resultados típicos amenaza ya debido a causalidades naturales o a consecuencia del comportamiento de terceros y que el autor (actuante diría yo) reduce, mediante su intervención, justamente este peligro (sin crear al mismo tiempo nuevos peligros...)”.⁶⁴

Si la conducta de A hubiese sido susceptible de valoración jurídica, además de los casos en el que se crea un peligro mayor que el evitado, cuando se espera del interviniente una evitación aún más considerable, aunque, sin duda alguna, esto nos llevaría al campo del deber de garante que ha de fundar una omisión.

b) Cursos causales improbables. Sobran los ejemplos que integran esta esfera excluyente de creación de peligros jurídicamente desaprobados; así, en el caso clásico de que alguien motiva a otro a efectuar un viaje en avión con la esperanza que éste muera. De manera generalizada se puede establecer, que para estos casos es innegable la calidad de la conducta causante del resultado; empero su reproche como conductas creadoras de un riesgo jurídicamente relevante, resulta inaceptable.

c) Comportamientos que exponen a terceros a riesgos residuales. Las actividades motoras constituyen un claro ejemplo de clase de conductas marginadas por su naturaleza. En ellas también es comprobable la causalidad, aunque su práctica sea justificada en base a lo que conocemos como el riesgo permitido.

⁶⁴ Ibid. Pág. 99.

d) Comportamiento de la víctima. La conducta de la víctima se determina, para efectos de negar la creación de riesgos desaprobados jurídicamente, desde dos ángulos: como un autoperjuicio, en el que la propia víctima induce al interviniente a causarle lesiones o en el que éste le presta auxilio para que ella misma se afecte, y como autopuesta en peligro, en los que de producirse algún resultado, con la concurrencia del obrar responsable y comprensible de los peligros por parte de la víctima, éste sólo le sería reprochable a la última, más no al autor.

e) Comportamiento de terceros que actúan bajo responsabilidad propia. Ilustrativo es el caso de la persona que mediante su comportamiento facilita la perpetración del delito por parte de terceros.

3. El resultado como realización de la creación del peligro jurídicamente Q

desaprobado. La obvia metodología en el marco de comprobación de resultados, exige la presencia de este tercer requisito, cuya esencia permite plasmar la siguiente idea: únicamente los resultados provenientes de la creación de un riesgo jurídicamente relevante serán objetivamente imputables. No basta, diría FRISCH "...que alguien haya provocado los resultados típicos de modo causal y que haya creado, mediante su conducta, un riesgo desaprobado de producción de tales resultados. Es necesario, más bien, que estos resultados se configuren como la realización de un riesgo desaprobado creado por el autor". Se revela de esta forma el nexo normativo que necesariamente debe existir con el factor previo de creación de riesgos y sobre el cual han de girar los delitos de lesión; pues será a partir de su verificación, que la calidad de consumado o intentado cobre vigencia.

Este requisito mantiene el presupuesto de provocación causal de determinados resultados unido al de creación de un peligro en dirección a esos mismos resultados, pues de lo contrario, su concurrencia quedaría, jurídicamente, marginada. Estas son las dos condiciones a las que alude Frisch y cuyo incumplimiento nos remitirían a situaciones como las siguientes: En primer lugar, respecto de aquellos casos en que el resultado es producto de un causa distinta y posterior a la creó el peligro (Ej. disparo de muerte sobre la víctima, aunque ésta muere a causa de la volcadura de la ambulancia que la transportaba al hospital). Es innegable la atribuibilidad de una tentativa de homicidio, aunque el resultado se haya producido en base a una circunstancia distinta – la misma a la que, por cierto, estamos constantemente expuestos- que de no haberse desatado, hubiese generado una imputación por consumación.

En segundo lugar, aquellas acciones relacionadas con las llamadas conductas alternativas conforme a derecho, y que suele presentarse con mayor frecuencia en la configuración de delitos imprudentes. Bajo esta denominación se agrupan a una serie de casos en los que lo característico viene determinado por la inevitable producción del resultado aún habiendo satisfecho las exigencias impuestas, generalmente, por normas de cuidado; así el médico no observa, durante una operación, determinadas medidas de precaución, más la muerte no se hubiera evitado, a causa de una disposición del paciente reconocible solamente mediante la autopsia, aún en el caso de un comportamiento conforme a *lex artis*.

Sin ánimo de efectuar una crítica radical de lo hasta ahora expuesto, resulta innegable la inexistencia de una perfección en la solución de estos casos, razón que ha valido, no

solamente por parte de los precursores de la corriente finalista, una severa crítica, la misma que va desde la reprochabilidad por su insignificante relevancia en los delitos dolosos, hasta la incriminación por la falta de precisión en su contenido, y cuya extensión merecía, sin duda alguna, un apartado distinto.

4. La esfera de protección de la norma: “De acuerdo con el fin de protección de la norma únicamente cabe imputar el resultado producido y condenar, por lo tanto, por delito consumado, si aquél pertenece a la clase de resultados que pretenden ser evitados por la norma infringida por el autor.”⁶⁵ Efectivamente, bajo este criterio, destacado no precisamente por su unanimidad, se han enfocado ejemplos como el de la persona que al poner en conocimiento a la esposa de su mejor amigo del deceso de éste último, aquella muere de un paro cardíaco.

Se trata entonces, de un criterio jurídicamente indesligable de los anteriores, cuya determinación concreta gira en torno a la precisión imprudente o dolosa que se haga de los distintos supuestos; de tal forma que faltará la verificación típica del hecho imprudente si el resultado producido no pertenece a los que la norma de cuidado pretende evitar; mientras que para el delito doloso, conforme lo manifiesta Rueda Martín se opta por su proclamada invalidez. Por consiguiente, únicamente serán susceptibles de evaluación bajo este criterio aquellos resultados que aparecen como consecuencia de la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, es decir, por una norma específica. Así entonces, la conducta ha de llevar implícita, además de la idoneidad para producir el resultado, la propiedad otorgada por la norma, para que finalmente y

⁶⁵ Ibid. Pág. 99.

como consecuencia de su operatividad, ambas se vean reflejadas en el resultado concreto.

5.3. La aplicación de la relación causal en el ánimo de un agresor que comete un hecho o acto delictivo

No existe causal oculta en nuestra historia que impida visualizar el constante cambio que a través de los años han experimentado las más reputadas sociedades, y es que en realidad se trata de procesos que van más allá de la simple modificación interna o de la pura metamorfosis intrínseca carente de expresión, pues lo que ella manifestaba se evidenciaba de la mano con los avances científicos y tecnológicos de los cuales no podía mantenerse al margen y que hoy por hoy constituye la verdadera imagen a la que, por cierto, hemos empezado a vislumbrar de manera tardía. En efecto, la particular brusquedad evidenciada en cada una de sus manifestaciones sociales terminó no sólo con la concepción pacifista que se tenía de la sociedad, sino que también generó el distanciamiento jurídico de control respecto de los acontecimientos sociales de carácter delictuoso producto, por supuesto, de dichos cambios. Se dio paso de esta forma, a la llamada sociedad de riesgo, en la que lo característico aparece, a decir de Silva Sánchez por la presencia de “un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos sin parangón en toda la historia de la humanidad”⁶⁶, y en la que la inseguridad de las nuevas realidades iban de la mano con el desproporcional incremento criminal.

⁶⁶ Ibid. Pág. 99.

Se hacía imperiosa, entonces, la necesidad de regular aquel nuevo surgimiento exterior, canalizando, a través del Derecho Penal, las normas adecuadas que signifiquen, además de su beneficiosa utilización, el impedimento de costos fatales para los integrantes de aquella sociedad. Efectivamente, había que buscar una manera rápida de combatir el mal aprovechamiento de los factores modernos que nos ofrecía esta nueva sociedad, pues se trataba de una exigencia que el propio sistema de convivencia requería y que después de muchos intentos culminó en una expansión desmesurada de tipos penales, caracterizados en su totalidad por la evidente afectación a determinados principios político criminales erigidos en el marco de un derecho penal liberal “ceñido a la protección de los bienes altamente personales y del patrimonio, con estricta vinculación por los principios de garantía.”⁶⁷

Por consiguiente, si se ha optado por relativizar para ciertos delitos los principios político-criminales cimentados en las más tradicionales sociedades, cabe preguntarse lo siguiente ¿cómo adaptamos las más rigurosas reglas de imputación a esta nueva concepción? o para ser más específicos ¿cuál es el funcionamiento que las reglas de imputación objetiva tienen frente a esta expandida flexibilización?. La única y más actualizada respuesta nos la proporciona Silva Sanchez para quien “no habría ninguna dificultad para admitir este modelo de menor intensidad garantista dentro del derecho penal, siempre y cuando las sanciones previstas para los ilícitos correspondientes no fueran de prisión.”⁶⁸ Estas líneas que el referido autor plasmara en su más prestigiosa obra, conducen a dos conclusiones que por su importancia se encuentran hoy en día

⁶⁷ Ibid. Pág. 101.

⁶⁸ Ibid.

gozando de cierta unanimidad: a) la imposibilidad de voltear la mirada regulativa al derecho penal liberal y b) la cada vez más creciente tendencia a la recurrencia de penas alternativas a la prisión efectiva.

Pues bien, pese a que los factores aludidos otorgan mayor validez al plausible razonamiento que el autor español gratamente nos otorga, su rechazo formal puede proclamarse de plano, pues ya de por sí, nuestra norma penal consagra penas privativas de libertad – y por cierto muy elevadas- para delitos en los que la flexibilización de principios resulta su más radical característica. Queda claro entonces, que al margen de tratarse de una propuesta sumamente razonable, la misma ha sido concebida en un determinado momento histórico y para una sociedad en la que su estructura y organización permiten optar por sanciones alternativas distantes al clásico encarcelamiento efectivo, pues es en base a este aforismo que se deriva su rechazo material, dado que en sociedades como la nuestra, en la que por ejemplo la prestación de servicios a la comunidad resulta inviable, no es posible optar por imponer sanciones que a la postre resultarían totalmente simbólicas.

Sin embargo, a efectos de lograr la tan ansiada gradualidad que debe imperar entre las reglas de imputación objetiva y la actual expansión flexibilizadora de principios - traducida en su mayoría en tipos penales abstractos- como indicadores que permita su convivencia justificativa, y sin perjuicio de alentar por una mejora sobre el modelo propuesto por el autor Español, sugerimos un mejor acercamiento interpretativo-vinculante con la el principio de ofensividad, en el cual se establece que: “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados

por ley.”⁶⁹ En efecto, una mirada minuciosa a lo que esta norma pregona, nos conduce a establecer que cuando se afecte un bien jurídico será necesario verificar la concurrencia de los dos únicos modos en que ésta puede ocurrir: la lesión o su puesta en peligro.

Respecto de la primera hipótesis no se presenta mayor inconveniente, pues en ella siempre se verifica la producción de un resultado, es decir, la concurrencia de un disvalor de acción y un disvalor de resultado, que a decir de Zielinsky “se deriva de la relación de fundamentación entre el juicio de valor sobre la situación de hecho de resultado a evitar (lesión del bien jurídico) y el juicio de valor sobre la acción que tiende a esta situación de hecho de resultado”⁷⁰, y en los que las diversas reglas de imputación se armonizan con el modelo liberal respetuoso de principios y garantías político criminales. Sin embargo, los problemas surgen cuando únicamente se comprueba la existencia del disvalor de acción, mediante el cual sólo se pone en peligro determinados bienes jurídicos, característica a la que la mayoría de legislaciones apelaron a efectos de contrarrestar la enorme constelación de conductas infractoras de bienes jurídicos en su mayoría supraindividuales.

A partir de esta concepción, las conductas humanas se convirtieron –al margen del acercamiento al menos potencial de lesión del bien jurídico- en el principal centro del análisis jurídico merecedor de punición y que, con el pasar del tiempo, generó una desmesurada expansión en las diversas legislaciones de las cuales la nuestra no

⁶⁹ Ibid. Pág. 101.

⁷⁰ Ibid. Pág. 103.

estuvo exenta. Empero, la falta de atención sobre la potencialidad de lesión evidenciada en la normativización de conductas y la incomprensión del real contenido material del bien jurídico –cuyo parámetros obedecen a criterios de merecimiento y necesidad de pena- se han constituido en los factores determinantes de la falta de gradualidad que hoy aqueja a muchos de éstos delitos. La clave radica entonces, en proferir una revisión legislativa que permita un mejor acercamiento con los aludidos factores y esto se logrará únicamente concretizando cada vez más las conductas que en su momento dieran lugar a una nueva reacción jurídico penal, en la que, seguramente, no encontraremos mayor inconveniente jurisprudencial.

CONCLUSIONES

1. Los jueces de sentencia penal se enfrentan casos frecuentes en los que un sindicado tuvo la intención de producir cierto daño a una persona que no resultó ser al final lo que pudo haber planificado él mismo en sus inicios, la problemática radica en determinar si éste realizó las acciones por las cuales se les juzga, de forma intencional, y si los medios que buscó para concretar sus fines fueron los adecuados para que se le pueda perseguir penalmente por los mismos.
2. Es labor del Ministerio Público, indagar y buscar medios que respalden que el sindicado tenía la intención de ocasionar el daño producido o uno mayor del cual únicamente obtuvo el resultado por el cual está siendo juzgado; sin embargo buscar medios que prueben una intención, por ser un hecho meramente subjetivo, es una tarea complicada.
3. Una de las dificultades más grandes de los investigadores es que las intenciones no son hechos observables. Si la prueba de los hechos externos ya entraña en ocasiones un alto nivel de dificultad, la prueba de los hechos internos o psicológicos parece añadir la complicación de que se trata de hechos que no pueden ser conocidos directamente por observación y respecto de los cuales sólo el sindicado que los tuvo, puede acceder a ellos.
4. Con la teoría de la imputación objetiva solo son imputables objetivamente los resultados que aparecen como realización de un riesgo no permitido implícito en

la propia acción; en consecuencia, la verificación de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar este resultado al autor de la acción, sin embargo se da mucho esta problemática en los diversos juzgados penales, sin que se interesen en conocer si el imputado tuvo o no la intención de ocasionar el daño producido.

5. El sindicado que ha cometido una acción objetivamente imprudente, o realizada sin la diligencia debida; incrementa de forma ilegítima el peligro de que un resultado dañoso se produzca, por lo tanto, ésta es junto con la relación de causalidad, la base y fundamento de la imputación objetiva del resultado, de manera que siempre tuvo que observarse el entorno del imputado para entender el resultado.

RECOMENDACIONES

1. Deben los jueces de sentencia, precisar un nexo causal o una relación de causalidad entre el acto humano y el resultado producido, ya que delito es en primer término una conducta, un acto humano, que comprende de una parte, la acción ejecutada, la acción esperada y de otra el resultado sobrevenido siendo exigible para
2. Debe el Ministerio Público auxiliarse de cualquier medio de prueba que considere pertinente y adecuado, que le permita crear un nexo causal entre el sindicado, el hecho delictivo cometido, el cuál es el resultado, pero también tiene la obligación de conocer más elementos que le lleven a concluir si e el daño ocasionado por sindicado estaba prevenido por el mismo o no lo tenía advertido, en en el caso de un hecho culposo.
3. Deben los investigadores aplicar desde el punto de partida que para establecer la relevancia o no, de una conducta imputada al inculpado que esto radica en el análisis de la imputación objetiva, porque es en éste ámbito donde se determina si la conducta supera o no el riesgo permitido, siendo decisiva la interpretación del contexto social donde se desarrolló la acción, conforme a los deberes inherentes al rol del sindicado, indagando si el acto fue hecho mediante acción u omisión, y también muy al margen de los datos psíquicos y la causalidad natural acontecida.

4. Debe ser la imputación objetiva dentro de la aplicación del derecho penal en los juzgados penales ser un primer elemento de la teoría del delito, conociendo que desde su análisis, precede a la imputación subjetiva, no resultando válido decir que ella se aplica tan sólo a los delitos culposos, siendo viable también para los dolosos y en tentativas, de manera que esta teoría debe ser el punto de partida para encuadrar conductas reprochables en los tipos penales.

5. Deben los jueces penales evaluar la imputación objetiva de la acción que se atribuye al sindicado, puesto que su desarrollo ha de llevar implícita, además de la idoneidad para producir el resultado, la propiedad otorgada por la norma, para que finalmente y como consecuencia de su operatividad, ambas se vean reflejadas en el resultado concreto que es el ilícito penal por el cual se le persigue.

BIBLIOGRAFÍA

CEREZO MIR, José. **Curso de derecho penal español**, Parte general. 2t.; Ed. Tecnos: Madrid, España, 1996.

FERRAJOLI, Luigi, **Derecho y razón. Teoría del galantismo penal**. Ed. Trotta: Barcelona, España, 1967.

GASCÓN, Marina. **Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba**, Ed. Marcial Pons: Madrid, España; 1991.

GONZÁLEZ LAGIER, Daniel. **Las paradojas de la acción (acción humana, filosofía y derecho)**, Publicaciones Universidad de Alicante, (s.e.); España; 2002.

Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (I), en Jueces para la democracia. Publicaciones Universidad de Alicante, (s.e.) España; 2002.

Hechos y argumentos. Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal (II), en Jueces para la democracia. Publicaciones Universidad de Alicante, (s.e.) España; 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho penal, parte general**; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España; 2002.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general, fundamentos: la estructura de la teoría del delito**; 1t; Ed. Civitas: Madrid, España; 1997.

STOUTLAND, Frederick. **La teoría causal de la acción. Ensayos sobre explicación y comprensión**, Ed. Alianza Editorial: Madrid, España; 2000.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**, Ed. Trotta: Madrid, España: 2001.

Universidad de Alicante. **Buenas razones, malas intenciones, sobre la atribución de intenciones**, Publicaciones Universidad de Alicante, (s.e.); España. 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; **Derecho penal: parte general**; Ed. Porrúa: México; 2001.

LEGISLACIÓN:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente. 1985.

Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89. Congreso de la República de Guatemala, 1989.

Código Penal y sus reformas. Decreto 17-73. Congreso de la República de Guatemala, 1973.

Código Procesal Penal y sus reformas. Decreto 51-92. Congreso de la República de Guatemala, 1992.