
TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO

JORGE BARRERA

Aspirante a Profesor de Derecho Penal (UM)
Posgraduado en Derecho Penal Empresarial (Universidad Austral)

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. DISVALOR DE ACCIÓN. III. PARTICULARISMOS DEL DISVALOR DE RESULTADO.
IV. PARTICULARISMOS DEL ALCANCE DEL TIPO. V. A MODO DE CONCLUSIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Tal como señalara en otra ocasión de analizar este tema¹, la teoría de la imputación objetiva del resultado viene a tratar sobre uno de los temas que más problemáticas suscita dentro de la Teoría del delito: la relación que debe de determinarse (sea ésta empírica, normativa, o bien de ambas especies) entre un resultado típico y una acción típica. Lo que la Teoría de marras viene a tratar de regular es cuándo podemos decir que determinado resultado que irrumpe en el mundo fenomenológico *es* producto directo de una determinado curso causal producido éste por una determinada voluntad final -esto es: una conducta humana-².

De hecho, se puede decir que el fenómeno que describiéramos anteriormente se encuentra ya en el propio nacimiento de la dogmática jurídico penal.

Desde el planteo positivista de VON LISZT, para quien la dogmática se distinguía de la Política Criminal, fundándose únicamente en la existencia de un dato empírico (un hecho natural) que no era otro más que la propia Ley Positiva, más concretamente: el Código Penal. Para este planteo Positivista Naturalista, el delito no es otra cosa más que una exteriorización de una causalidad lesiva, siendo la culpabilidad el aporte doloso o culposo del autor. Asimismo, siendo la realidad un hecho determinado, resultaba partidario de la causalidad (causalismo), lo que por otra parte, no podía ser de otra manera atendiendo a su afiliación a las Ciencias Naturales.

Dentro del esquema del Causalismo, la acción era descrita como todo movimiento corporal humano que causa un resultado; de allí que la configuración de éste último era necesario a los efectos de que pudiéramos señalar que estábamos frente a una acción típica.

Conforme tales parámetros, se desdibujaban los límites entre dos aspectos importantísimos dentro de la mentada Teoría: por un lado la determinación de la existencia de una acción típica; y por el otro lado la relación de causalidad entre la conducta típica y el resultado acaecido. Esto ya que al considerase la acción como todo movimiento corporal voluntario que causa un resultado, de por sí implica que la averiguación de cuándo se ha causado un resultado constituya un requisito indispensable para determinar cuándo se está en presencia de una acción típica.³

Por todo lo expuesto es que la relación de causalidad resultaba examinada sistemáticamente previamente al tipo penal, ya que aquella era parte de la teoría de la acción, y a su vez, guardaba una naturaleza prejurídica (como concepto de causa).⁴

1. BARRERA, JORGE y otros: "Responsabilidad penal y accidentes de tránsito. Aportes de la Teoría de la imputación objetiva.", editorial AME, 1ª edición, 2006.
2. Op cit., pág. 65.-
3. Conforme LARRAURI, ELENA. En "La imputación objetiva", edit. Temis, Colombia, 1998; pág. 42 -43.
4. Conforme RODRÍGUEZ MOURULLO, "Derecho Penal. Parte General". Madrid, 1978, pág. 290.

Véase que entonces, el determinar la existencia de la relación causal, era a su vez, determinar la presencia de una acción típica; lo que generaba que se tuviera configurada en tal ejercicio, además de los extremos señalados, al propio juicio de tipicidad que quedaba reducido a la descripción de un mero proceso causal.⁵

Posteriormente, surgió el movimiento NeoKantiano, encabezado por MEZGER y por Max Ernst MAYER, quienes, siguiendo los postulados de la filosofía Kantiana, entendieron que el Derecho Penal no debía ser analizado dentro de la óptica de las Ciencias Naturales, sino de las Ciencias Sociales o culturales. Así, por ejemplo, en el ámbito de la Culpabilidad, ya no será suficiente verificar ese nexo psicológico entre el actor y el evento, consistente el mismo en la verificación del dolo o de la culpa. Por el contrario, comenzaran a aparecer -al lado del dolo o la culpa- ciertos extremos de corte normativo/valorativo tales como las “circunstancias concomitantes” de FRANK, hasta llegar al propio concepto de capacidad conocimiento de la antijuridicidad, así como el de la exigibilidad de verificar un comportamiento acorde con tal conocimiento de la antijuridicidad (propios de la obra de FREUDENTHAL).

Lo mismo ocurrió en el tema que nos convoca, esto es, acorde con esta concepción valorativa que se acopla a la concepción puramente natural del positivismo causal, emergen ciertos correctivos de corte normativo respecto de la teoría de la *condictio sine qua non*, como ser la prohibición de regreso (THYREN); hasta llegar a la llamada Teoría de la causalidad adecuada, según la cual, será causa del resultado no cualquiera que integre -desde un punto naturalista- la línea causal que desemboca en el mentado resultado, sino sólo aquellas (acciones u omisiones) que conforme a datos estadísticos o por considerarse así social-culturalmente, sean pasibles (ex ante) de causar dichos resultados (lo que se verifica en la aparición de ciertos conceptos como ser el de “previsibilidad”). de tal manera es que dijéramos en anterior oportunidad: “Pues bien, véase que dentro del esquema causalista, y tal como ya manifestáramos, la determinación acerca de la tipicidad de una determinada conducta se agota en el estudio de la causalidad.”⁶

Tal como manifestara sobre la especie GIMBERNAT ORDEIG: “Dicho de otro modo: si llamamos A a la acción típica, R al resultado y U a la unión material entre ambos, tendremos que las teorías de la causalidad persiguen un doble objetivo: determinar A -primera cuestión- y comprobar la existencia de U -segunda cuestión. (...) De las dos cuestiones atribuidas a la causalidad, solo la segunda -la constatación de la existencia de U- ha de ser decidida en el marco del problema causal (...) hay que elegir de algún modo, una acción, y entonces -cuando ello se consiga- habrá que examinar (aquí empieza la causalidad a jugar un papel) si esta acción ha producido el resultado o no.”

Como se desprende de las apreciaciones de GIMBERNAT, es claro que la determinación de la relación de causalidad dentro de la teoría causalista, pasa a tener un alcance extensísimo, alcanzando así también a la determinación de la acción típica a la que solamente se atiende en caso de determinarse anteriormente, sobre la causalidad de las acciones (de conformidad con la teoría de la equivalencia de las condiciones o la de la causalidad adecuada).⁶

Ahora bien, sin perjuicio de lo manifestado anteriormente, sin lugar a dudas que lo más grave consiste, de conformidad con dicho esquema, y tal como pusiera de manifiesto LARRAURI, el que se relega la determinación de la acción típica a ciencias extrajurídicas, que con sus diversas teorías de la causalidad debían de establecer la presencia o no de una acción típica, aspecto este que solo al Derecho correspondía.⁹

Con posterioridad, y de la mano de Hans WELZEL emerge la Teoría Final de la acción, que diere nacimiento al sistema dogmático que se diera en llamar Finalismo. Dicho sistema se funda en la consideración de que la naturaleza humana es portadora (intrínsecamente) de sentido, esto es, de finalidad. Conforme a la teoría de la acción final, que reconoce su origen en la filosofía Aristotélica, nunca puede ser presupuesto del delito un hecho que no tenga presente los datos de sentido referidos al autor. Conforme este criterio, es que el dolo y la culpa se importa por la Teoría del Tipo de la Teoría de la Culpabilidad, dejando como único contenido de la misma criterios o institutos normativos (imputabilidad, capacidad de conocer la antijuridicidad del comportamiento, y exigibilidad de un comportamiento acorde con lo preceptuado por la norma).

Conforme esta nueva dogmática, cuya matriz empirista y naturalista es incuestionable, sólo será el autor de la conducta responsable penalmente por un resultado típico, en la medida que el mismo haya sido el producto de una conducta dirigida al mismo (tanto por dolo, como por culpa) y respecto a cuyo curso causal, observe su dominio el referido agente.

5. BARRERA, JORGE: Op cit., pág. 67.

6. Cfe. LARRAURI, ELENA, op. cit., pág. 40.

7. extraído de GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, en “La causalidad en Derecho Penal”, ADP, año 1962, pág. 544 y 547.

8. BARRERA, JORGE: Op Cit., págs. 70-72.

9. LARRAURI, ELENA, op. cit., pág. 41.

Ahora bien, no pasó mucho tiempo sin que se tardase en advertir que esta concepción empirista no era suficiente para resolver ciertos casos como por ejemplo el clásico del sobrino quien, para heredar a su tío rico, le convence de que salga a observar desde lo alto de la torre de una fortaleza en ruinas el espectáculo de una tormenta eléctrica, y todo ello a sabiendas que suelen caer rayos en dicho lugar; cosa; ésta última que viene a ocurrir, privándole al tío de su vida.

En el caso expuesto, no cabe dudas de que el sobrino tuvo dolo (conocimiento y voluntad) respecto del curso causal que acabó quitando la vida a su tío. Asimismo, tuvo en su poder la posibilidad de fomentar tal curso, o bien evitarlo (advirtiéndole por ejemplo a su tío de lo que podía llegar a ocurrir). Ahora bien, los autores finalistas entendían que el dolo no podía entenderse configurado en tales circunstancias y ello ya que el dominio sobre el curso de una tormenta eléctrica se halla fuera del ámbito de previsión, así como de dominabilidad propia de cualquier ser humano.¹⁰

Pero desde tal momento se verifica que, tanto el concepto de previsibilidad/previsión, así como el de dominio, adquieren una sustancia esencialmente normativa o valorativa; y ni qué hablar ello dentro del ámbito de los tipos culposos en donde emerge el concepto de violación del deber de cuidado.¹¹

Dentro de este panorama sistemático que pretendía ser empírico, pero que sin embargo convivía con un sinfín de extremos valorativos normativos a los efectos de limitar su alcance; es que emerge la sistemática creada por el catedrático de Munich, Claus ROXIN.

ROXIN se propone retornar a los extremos valorativos representados por los neokantianos; sin desmerecer por ello los aportes del Finalismo respecto de la acción final, de la teoría del error, del tipo subjetivo, así como del concepto de culpabilidad enteramente normativizado o valorativo -habiendo el dolo y la culpa emigrado al Tipo Subjetivo.

Para ello propone vincular la dogmática penal con la Política Criminal: los conceptos de la dogmática jurídico penal requieren de cierta normativización, consistiendo esto último en tomar un dato de la naturaleza y aplicarlo conforme a una norma y su finalidad (siendo ésta política criminal). De allí que la culpabilidad pase a ser en el esquema ROXINIANO, Responsabilidad, ya que a la categoría culpabilidad -idéntica a la del finalismo- le agrega la categoría "necesidad de pena" que medirá el quantum (siempre dentro del techo que determine la culpabilidad propiamente dicha) atendiendo a las razones de prevención general negativa y especial negativa y positiva.

Ahora bien, en lo que hace al tema de este trabajo, ROXIN comprende que no cabe un análisis positivista ni empírico a los efectos de determinar si cabe imputar un determinado resultado -penalmente relevante- a una determinada conducta. Para ello se requiere determinar tales extremos desde una óptica normativista, atendiendo a la finalidad de la norma penal. Veamos esto con un claro ejemplo que aporta el Maestro mejicano Enrique DÍAZ-ARANDA:

"(...) existen conductas que objetivamente son exactamente las descritas en el texto de la ley y algo nos dice que no deben ser consideradas como prohibidas porque al hacerlo contravendría el principio de justicia material; tal es el caso del arquitecto que recibe en Mexicali un cheque del Banco Banamex por la cantidad de cuarenta mil dólares americanos para iniciar la construcción de un centro comercial en Tijuana y, momentos después, sale del territorio nacional para hacer compras de productos básicos en Calexico (EE.UU.), sin declararlo en la aduana ni a la salida ni a la entrada al país el mismo día. Dicha conducta se encuadra perfectamente en el texto del artículo 105, fracción XIII, párrafo 2º del Código Fiscal de la Federación que establece:

Artículo 105- Será sancionado con las mismas penas del contrabando, quien:
XIII...

La persona que no declare en la aduana a la entrada al país o a la salida del mismo, que lleva consigo cantidades en efectivo o en cheques, o una combinación de ambas, superiores al equivalente en la moneda o monedas de que se trate a treinta mil dólares de los Estados Unidos de América se le sancionará con pena de prisión de tres meses a seis años. En caso de que se dicte sentencia condenatoria por autoridad competente respecto de la comisión del delito a que se refiere este párrafo, el excedente de la cantidad antes mencionada pasará a ser propiedad del fisco federal, excepto que la persona de que se trate demuestre el origen lícito de dichos recursos.

10. Sobre este tema y su crítica respecto del tratamiento del finalismo ortodoxo, véase: ROBLES PLANAS, Ricardo en: "Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho Penal". Ed. Atelier, Barcelona, 2004; así como en la más novel edición de editorial BdeF, año 2006. Asimismo en prólogo de la obra "Imputación Objetiva" de DAMÁSIO DE JESÚS, realizado por CERVINI, ADRIASOLA y PEREIRA GARMENDÍA.

11. Así lo ha puesto claramente de manifiesto MIGUEL LANGÓN al analizar los arts. 3 y 4 de nuestro Código Penal, en su "Curso de Derecho Penal y Procesal Penal", pág. 219 y ss., editorial Del Foro, Montevideo, 2003.

Por ello, es necesario determinar cuáles son las conductas que pretende prevenir y sancionar el legislador penal y ello sólo se consigue a través de una interpretación teleológica del tipo que nos ayude a establecer el sentido y los alcances de la prohibición; dicha tarea se realiza atendiendo a los elementos valorativos implícitos en la conducta típica, los cuales son una serie de criterios normativos que se agrupan en lo que he denominado como “teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta” o, como la llama la reciente doctrina mayoritaria, teoría de la imputación objetiva del resultado.”¹²

Para verificar esto, debe entenderse que en el esquema de ROXIN, lo que se castiga en el tipo del Homicidio (nuestro art. 310 del CP), no es el causar la muerte por la conducta del agente; sino el aumento por parte de ésta, del riesgo de muerte de la víctima más allá de lo jurídicamente tolerado. Con ROXIN no hablamos de una relación causal basada en datos ontológicos o naturales, sino por el contrario, de datos valorativos y jurídicos, concretamente: el aumento de un riesgo más allá de lo admitido por parte del orden normativo y ello con referencia siempre a un bien jurídico penalmente tutelado.¹³

Ubicada la Teoría de la imputación objetiva del resultado dentro de una concepción funcionalista, es que se procede a invertir la relación entre acción, finalidad y tipo; no considerándose correcto que una estructura de la acción de carácter prejurídico y vinculante para el legislador sea la que determine el contenido de la finalidad y del tipo, sino que, bien por el contrario, es un tipo nacido de consideraciones valorativas jurídicas y orientado a los contenidos sociales de significado, el que determina qué conducta es final en sentido jurídico y qué circunstancias hay que incluir en el tipo subjetivo.¹⁴ Tal como sostiene BERNARDO FEIJÓO: “Frente a las concepciones ontológicas del tipo, como el causalismo y el finalismo, la “teoría de la imputación objetiva” otorga al tipo un contenido claramente valorativo. Ello tiene dos consecuencias: una es que ni la causalidad ni la finalidad del sujeto nos dicen si una persona ha realizado un tipo penal. Es precisa una valoración desde el punto de vista de la norma. Una conducta se ve así seleccionada como típica de acuerdo con el fin y sentido de los tipos de la parte especial interpretados teleológicamente. La otra consecuencia tiene mayor importancia práctica: a pesar de que una conducta se pueda subsumir formalmente en un tipo penal, sólo se puede desvalorar dicha conducta de acuerdo con el “fin de protección de la norma penal”. Ni todo proceso causal que mate o lesione, ni toda intención de matar o lesionar son relevantes para el derecho penal. El tipo objetivo pasa a cobrar una especial relevancia dentro de la teoría del tipo, desplazando la importancia que había tenido para el finalismo la finalidad del sujeto. La relevancia que para el finalismo tenía la perspectiva ex ante pasa a ser compensada mediante una perspectiva objetiva ex post (vaticinatio post eventum) complementaria. Todo proceso de imputación supone un juicio retrospectivo por parte del Juzgador. No nos olvidemos que la doctrina mayoritaria es partidaria de un injusto dualista que tenga en cuenta tanto una perspectiva ex ante como una perspectiva ex post. Lo decisivo para el derecho Penal no es únicamente el sentido que el autor quería darle a su conducta, sino también el ámbito de protección de cada tipo penal. Pero la imputación de resultados ya no se entiende cómo la mera constatación de un proceso causal, sino que es fruto de una interpretación teleológico-funcional de los distintos tipos de la parte especial y del fin de protección de cada norma penal.”¹⁵

Esta teoría de ROXIN, tal como sostuviéramos oportunamente,¹⁶ parte de cuatro postulados que necesariamente han de verificarse en el caso analizado a los efectos de poder imputar un determinado resultado que acontece en el mundo fenoménico como -justamente, el resultado de- una conducta típica. Dichos postulados son:

1º) Relación de causalidad entre una persona y el resultado.

2º) Disvalor de acción: consistente en la existencia de un riesgo jurídicamente relevante, y que el mismo haya sido creado o aumentado por la conducta (activa u omisiva) del agente.

3º) Disvalor de resultado: consistente en que sea efectivamente tal riesgo creado o aumentado por la conducta del agente y a su vez, jurídicamente relevante, el que se materialice, se realice, en el resultado típico.

12. DÍAZ ARANDA, Enrique. “Imputación normativa del resultado a la conducta.” en “La imputación normativa del resultado a la conducta” AA.VV., editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004.

13. Señala al respecto LARRAURI: “(...) nadie duda en la actualidad, tras largos años de discusión de diversas teorías causales, que las teorías causales son incapaces de delimitar qué actividades deben considerarse típicas. En efecto, este es un juicio eminentemente normativo; por consiguiente, una teoría causal que utilizara criterios valorativos dejaría por ello de ser causal, y una teoría puramente causal no estaría en condiciones -como analizaremos más adelante- de producir limitación alguna respecto del número de acciones que deben tomarse en consideración.”

14. Cfe. ROXIN, CLAUS. DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. T. 1º; Ediciones Civitas, Madrid, 1993.

15. BERNARDO FEIJÓO, en “Resultado lesivo e imprudencia”; J.M. Bosch editor y Universidad Externado de Colombia ediciones; año 2003; Bogotá, Colombia. Pág. 174 y 175.-

16. BARRERA JORGE, et AL., Op cit., pág. 73 y ss.

4º) Alcance del tipo o fin de protección del tipo: consistente en que el fin de protección de la norma típica, abarque resultados de la clase de los producidos o realizados por el disvalor de acción. En otras palabras: verificar si el tipo penal en análisis está destinado -o no- a impedir tales sucesos.

II. DISVALOR DE ACCIÓN

Dentro de la Teoría de la imputación objetiva de ROXIN en lo que refiere al disvalor de acción, hallamos ciertos "particularismos"¹⁷ que requieren de un análisis pormenorizado, siendo ellos:

- a) La exclusión de la imputación cuando se disminuye un riesgo.
- b) La exclusión de la imputación cuando falta la creación de un peligro; o en los casos de riesgos permitidos.
- c) La creación de peligro y los cursos causales hipotéticos.

A) Exclusión de la imputación cuando se disminuye un riesgo:

"Quien ve cómo una piedra vuela peligrosamente hacia la cabeza de otro y, aunque no la puede neutralizar, sí logra desviarla a una parte del cuerpo para la que es menos peligrosa, a pesar de su causalidad no comete unas lesiones, al igual que tampoco las comete el médico que con sus medidas sólo puede aplazar la inevitable muerte del paciente." Este es el ejemplo que emplea ROXIN a los efectos de explicar qué es lo que él entiende cómo contenido de la disminución del riesgo.

Se trata de los casos en que el agente de la conducta actúa sobre un curso causal preexistente, y lo modifica de forma tal que, o bien aminora, o bien disminuye el peligro que dicho curso primigenio le generaba al bien jurídico del sujeto pasivo. De allí que se pueda decir que lo caracteriza estos casos es que la participación del agente de la conducta mejora la situación del bien jurídico mediante la disminución de un riesgo o peligro preexistente.

Véase lo trascendente que resulta este criterio de imputación de ROXIN respecto de nuestro ordenamiento jurídico penal, en donde la doctrina y jurisprudencia vernácula mayoritariamente (salvo quizás -dentro de quienes han escrito sobre el tema- Miguel LANGÓN) sostienen como teoría explicativa del nexo de causalidad a la teoría de la causalidad adecuada. Dentro de tal esquema, tendríamos forzosamente que concluir respecto del ejemplo de marras, que el resultado le es imputable al agente de la conducta (siendo responsable penalmente por un delito consumado doloso de lesiones) y ello ya que:

1º) tal resultado era previsible y fue efectivamente previsto por tal agente, y; 2º) tuvo la intención de causar el susodicho resultado (por más que lo pretendiese para evitar un mal mayor).

Es que justamente, fue en virtud de situaciones como las analizadas, que la doctrina clásica echó manos a la causal de justificación Estado de Necesidad (art. 27 CPU). Pero esto significaría considerar la aminoración del riesgo como una lesión al bien jurídico típica de un delito, y ello es lo que en la subespecie falta. Esto es: cualquiera de las soluciones de las que se sirve la doctrina clásica, así como la finalista, no deja de resultar, a todas luces en casos como el expuesto, manifiestamente injustas, y por ende, inadmisibles para un Derecho Penal que atienda a una dogmática inspirada en valores de política criminal.

Ahora bien, ROXIN pone una limitación respecto de la aplicabilidad de este criterio de imputación: la situación es distinta -para él- en caso de que alguien no debilite un peligro existente, sino que lo sustituya por otro, aún cuando su realización sea menos dañosa para el bien jurídico que lo que le hubiere resultado el riesgo o peligro inicial. El ejemplo que brinda al respecto es el siguiente: "A tira a un niño por la ventana de una casa que sufre un incendio y con ello le causa considerables lesiones, pero de esa manera le salva de la muerte entre las llamas".

Ahora bien, ya en otra ocasión, he sostenido que sería conveniente desatender la negativa de ROXIN de considerar en la subespecie a los casos de *sustitución*; ello ya que de esa forma el campo de aplicabilidad de este instituto sería enorme; y condice plenamente con las valoraciones normativas propias de la dogmática propuesta por ROXIN. Ello ya que, en nuestro derecho, de conformidad con la regulación que tiene la causal de justificación de estado de necesidad, se llegarían a soluciones diametralmente opuestas a las que se arriba

17. Así los denominamos en pormenorizado análisis que hicieramos de estos extremos, en BARRERA, JORGE et Al., "Responsabilidad penal y accidentes de tránsito. Aportes de la Teoría de la Imputación Objetiva.", editorial AMF, Montevideo, 2006.

en el Derecho Penal Alemán. Por tal motivo es que, dentro del esquema de ROXIN, atendiendo al Derecho alemán, no resulte contradictoria con los principios funcionales de su sistema el sostener -como él hace- que la sustitución de un curso causal lesivo por otro menos lesivo, da mérito a una imputación normativa.

Pero, como dijéramos UT supra, véase que en nuestro derecho desde el momento en que el Estado de Necesidad respecto de terceros no está contemplado como causal de justificación sino como atenuante (art. 46 nal. 2° del C.P.U.), de considerar correcta la observación de ROXIN, los casos no de intervención aminorante en un curso causal lesivo; sino de sustitución de un riesgo por otro de menor lesividad, constituirían un delito consumado únicamente pasible de una alteratoria de atenuación de la pena. Para ser gráficos: en el caso de A al tirar al niño por la ventana, estaría para el Derecho Penal Vernáculo cometiendo un delito de lesiones (leves, graves o gravísimas) atenuado.¹⁸

Amén de las razones fundadas en la regulación de los institutos de justificación en nuestro país, y tal como dijéramos, sustancialmente en lo que al bien jurídico tutelado respecta, no hay diferencias de entidad entre la conducta de quien actúa sobre un curso causal ya existente disminuyendo el grado de lesividad del mismo, y quien crea un curso causal que se superpone al preexistente obteniendo un resultado menos lesivo que el que produciría el riesgo que conllevaba el anterior.¹⁹

Decíamos en oportunidad de analizar este tema:

“Piénsese en el siguiente ejemplo referente a la casuística que nos convoca:

A observa como B viene conduciendo su vehículo de manera errática -propia de quien se encuentra en estado de ebriedad-, pasándose los semáforos en rojo, conduciendo en zig-zag, así como aproximándose peligrosamente al cordón de la vereda. Asimismo, se percata que se acerca de un peligroso cruce (piénsese en una transitada avenida, o en el paso ferroviario); razón por la cuál decide encerrar a B con su vehículo haciendo que éste choque contra el cordón de la vereda, rompiendo el eje delantero de su vehículo y causándole por ello algunas lesiones de menor entidad a las que hubiese sufrido de no haberse detenido antes del mentado cruce.

En este caso, acreditándose todos los extremos fácticos por la Sede Penal, debería de aplicarse la tesis de ROXIN condenarse a A por un delito consumado doloso de lesiones leves o graves, atenuado por la causal alteratoria del art. 46 nal. 2°.

De seguirse la posición aquí sostenida, la conducta de A claramente disminuyó el riesgo que B se estaba generando asimismo y a demás transeúntes y conductores; por lo que no puede imputarse el resultado lesiones a su conducta, puesto que tal conducta no creó o aumentó un riesgo más allá de lo jurídicamente tolerado, sino que, bien por el contrario, lo disminuyó.”²⁰

De forma idéntica parece opinar sobre la subespecie Enrique DÍAZ-ARANDA, quien señala: “En estos supuestos existe un proceso generador de riesgo para el bien jurídico tutelado proveniente de una causa externa ajena al sujeto activo, quien interviene para disminuir la lesión del bien.” véase que el autor mejicano, para nada exige que se trate siempre de una acción que no sustituya un curso causal por otro (aunque menos lesivo). Ello queda patentado en un ejemplo que nos aporta:

“Por ejemplo, el sujeto activo que observa a un peatón que despreocupadamente cruza la calle sin percibir la proximidad de un auto conducido a gran velocidad, ante lo cual empuja al peatón, quien al caer se lesiona. Cierto es que causalmente el sujeto activo ha provocado la lesión y ha querido empujarlo, con lo cual también se puede sostener que pudo aceptar su lesión (dolo), pero también lo es que con ello ha evitado que el peatón hubiese sido arrollado sufriendo lesiones de mayor gravedad o incluso la muerte. En estos supuestos no se puede considerar como típica la conducta dado que no estamos ante un supuesto que el legislador quisiera sancionar con la figura típica de lesiones.”

Pero resulta a mi juicio muy clarificante (sobre todo para calibrar la importancia práctica de este instituto) el ejemplo real que el gran profesor de la Universidad Autónoma de México señala:

“La señora Sonia Domínguez Pérez, quien tiene cinco meses de embarazo, tropieza y cae por las escaleras de un centro comercial, por lo cual tiene que ser trasladada al hospital de emergencia, toda vez que a consecuencia de la caída presenta un fuerte dolor abdominal, así como un sangrado en zona pélvica, y esto lleva a que pierda el sentido, por lo que es atendida de urgencia por el doctor Enrique Herrera, y por los síntomas presentados, y sin que nadie otorgue el consentimiento, decide practicarle de inmediato un aborto, toda vez que muestra un riesgo latente la vida de la madre, por lo que una vez que la señora recobra el conocimiento decide denunciar al doctor por el delito de aborto ante el Ministerio Público, el

18. Cuando para el Derecho Penal Alemán sería una acción típica pero justificada.

19. BARRERA, Jorge et Al., Op Cit., pág. 76.

20. BARRERA, Jorge, et Al., Op cit, pág. 76-77.

cual no ejercita acción penal en contra del doctor, en virtud de que existe una causa de justificación de estado de necesidad.

En el suceso anterior, si consideráramos que el médico Enrique Herrera realizó una conducta típica de aborto sin consentimiento (arts. 330 y 331 del Cód. Penal), estaríamos sosteniendo que realizó una conducta prohibida y que sólo se justifica por el estado de necesidad. Pero con esa solución, también, estaríamos sosteniendo que la conducta de evitar la muerte de la mujer embarazada es la que quiso prohibir el legislador con la figura del aborto sin consentimiento y eso es insostenible, pues las conductas que el legislador ha querido captar son aquellas en que no existe este conflicto entre bienes.²¹

B) Exclusión de la imputación si falta la creación de un peligro; o en los casos de riesgos permitidos

El peligro de lesión de bienes jurídicos que generan ciertas conductas desde una perspectiva ex ante facto sirve como parámetro o criterio a utilizar a los efectos de excluir determinadas conductas que, pese a ser las causantes de resultados, no se pueden imputar al tipo objetivo debido a que no representaban previamente dicho peligro de lesión.²²

Agrega ROXIN que hay que rechazar toda imputación al tipo objetivo, siempre que el autor, si bien no ha disminuido un riesgo para el bien jurídico penalmente tutelado, tampoco lo ha aumentado de manera jurídicamente relevante. “Incluso aunque tales conductas en situaciones excepcionales puedan dar lugar a un accidente, el Derecho no toma en cuenta los mínimos riesgos socialmente adecuados que van unidos a ellas, por lo que de entrada no es imputable una causación del resultado producida por las mismas.”

Es así por ejemplo, que -tal como ejemplifica DAMASIO E. DE JESUS-: “En el Barrio de Zähringen, en Friburgo I.Br., Alemania, en una pequeña fortaleza edificada en la parte más alta del bosque, hay una placa en homenaje a un teutón que, a mediados de la década del sesenta murió fulminado por un rayo durante una tormenta. Dice su texto: “Hans Joachim..., teutón de Friburgo alcanzado por un rayo el 1° de agosto de 1965, en las ruinas de la fortaleza de Zähringen.” Al lado de la placa, un mensaje reza: “El acceso a la torre corre por cuenta de su propio riesgo. En caso de aproximarse una tempestad, debe abandonarse la parte alta del bosque.” Es que tal lugar es muy conocido por una especial razón: dadas las características del suelo, durante las tempestades es alcanzado por un gran número de rayos. Tal detalle llevó a la doctrina a formular un ejemplo clásico, el que a continuación veremos:

Fue siempre un problema para la teoría de la relación de causalidad objetiva (antigua imputatio facti) la cuestión referente al riesgo causado a bienes jurídicos de terceros por determinados terceros por determinada conducta en virtud de conocimientos particulares por parte del autor. Supóngase que, en el caso del bosque de Zähringen siempre reseñado por la doctrina, el hijo, conector del fenómeno causado por las tormentas, con la finalidad de hacerse de la herencia de su padre, induce a éste a visitar la fortaleza en el mismo momento en que se avecina una tormenta, y éste muere a causa de la descarga que produce un rayo. Si aplicásemos la teoría causal de la *condictio sine qua non*, el hijo respondería por el resultado: si eliminásemos la inducción, la víctima no habría ido a la fortaleza, no encontrando de tal modo su muerte (principio de eliminación hipotética). Estarían presentes, en el hecho típico, el comportamiento doloso, el resultado (muerte del padre), el nexo de causalidad (entre la inducción y el evento) y la tipicidad. Y, estando ausente toda causa excluyente de antijuridicidad, siendo el hijo imputable, respondería por un delito de homicidio doloso consumado, una vez le sea exigible una conducta diversa, y sea evidente el conocimiento potencial de la ilicitud. (...) esa conclusión sin embargo no es correcta (...) la muerte del padre ocurre por efecto de fuerzas naturales no controlables por el hijo, quien no tenía dominio sobre el hecho, no pudiendo -por tanto- ser considerado “autor” en materia penal. De manera que, tal como veremos, en virtud de la teoría de la imputación objetiva, esos agentes -en las hipótesis narradas supra, no son responsables por los resultados fatales acaecidos. Son casos que quedan comprendidos dentro de la falta de un riesgo prohibido.”²³

En definitiva, el recomendar a un pariente a que visite una fortaleza en plena tormenta eléctrica (aún con la expectativa de que caiga allí un rayo y le mate -cosa que viene a suceder-); el pasear por el centro de una ciudad, el subir por las escaleras de un edificio, el tomar una ducha, escalar una montaña, etc., todo ello; no conforman riesgos relevantes sino que refieren a conductas socialmente normales y -generalmente- no peligrosas; no pudiendo considerárseles como creaciones o aumentos de riesgos más allá de lo jurídicamente tolerado o permitido.

Tal como sostuviéramos en otra ocasión al tratar del tema: desde el momento en que señalamos que lo que caracteriza al funcionalismo es el de determinar que el tipo objetivo refiere a una valoración (o mejor

21. DÍAZ-ARANDA, Enrique, Op cit, pág. 63 y ss..

22. ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general. Editorial civitas, Madrid, 1999; págs. 366-7.

23. DAMASIO E. DE JESUS, “Teoría de la imputación objetiva”, editorial B de F, Buenos Aires, 2006, pág. 38 y ss..

dicho: una desvaloración) de conductas de corte normativo; no es de extrañar que la actuación de una persona que se inscriba plenamente en una conducta socialmente normal y, por ende, generalmente no peligrosa, no puede considerarse prohibida, aún cuando, excepcionalmente tal actuación cause una lesión a un bien jurídico penalmente tutelado. Habrá en tal caso una muerte, o una lesión; pero faltará una acción típica de homicidio o una acción típica de lesiones (leves, graves o gravísimas).

Veamos a los efectos de clarificar lo expuesto, un caso real brindado por Enrique DÍAZ-ARANDA: "Otro supuesto de acuerdo con la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal: en el año 2002, en la Unidad CTM "El Risco", operan bandas organizadas, las que se dedican a asaltar y muchas veces terminan matando a las personas que se niegan a entregar sus pertenencias. Maritza Olivares es empleada del C. Carlos Burgos García, a quien le tiene un gran odio debido a que éste siempre la acosa y le hace proposiciones obscenas, quien siempre se la pasa amenazándola de que si no accede a sus proposiciones la despedirá o bien, si ella acepta, le subirá su nivel salarial. Por lo que Maritza, quien vive en dicha Unidad, y cansada de esa situación, planea acceder a sus proposiciones invitando a su jefe a cenar a su casa y estando ahí mandarlo a comprar unas botellas, ya que como éste es muy ostentoso para vestir y siempre anda muy alhajado, espera que en el trayecto lo asalten y lo maten. Es el caso que llega el día esperado por Maritza y Carlos acepta su invitación, por lo que ya estando en casa de Maritza, ésta le comenta que le gustaría mucho tomarse un trago con él, pero que en su casa no hay alcohol, por lo que le pide que vaya a comprar una botella a la esquina, petición a la que Carlos accede, y efectivamente en el trayecto es abordado por unos sujetos, quienes le piden sus pertenencias, éste se opone y sus agresores le disparan con arma de fuego, privándolo de la vida." "(...) En resumen, aunque en todos los supuestos anteriores la finalidad del sujeto activo era la de provocar el resultado típico, ello no basta para imputarle normativamente el resultado y ello es así porque la conducta no aparece ex ante como peligrosa para el bien jurídico tutelado, y por ende no se puede considerar como una conducta prohibida."²⁴

Ahora bien, fuera de los casos como los reseñados de subir una escalera, o visitar una fortaleza durante una tormenta eléctrica, situaciones éstas que -estadísticamente- no conllevan la generación de peligro relevante alguno, siendo jurídica- valorativamente irrelevantes, y por ende atípicas en caso de suscitarse un resultado lesivo; consideremos los casos referidos a las instalaciones industriales, a los deportes riesgosos, a las intervenciones médicas curativas; y; particularmente el tráfico viario. Y estas conductas como v.gr. el tránsito vial generen riesgos jurídicamente relevantes, es algo -tristemente- de notoriedad; bastando para comprobar ello observar la estadística anual de muertes o lesiones causadas en accidentes de tránsito.

Más, no obstante su relevancia jurídica, tales riesgos son, sin embargo, permitidos por el orden normativo.

Tal como ha señalado ROXIN, por "riesgo permitido" se entiende aquella conducta humana que genera un riesgo relevante para los bienes jurídicos penalmente tutelados, pero que de modo general -independientemente de los casos concretos- se encuentra permitida, y, por ello se excluye su imputación al tipo objetivo.

Así, señalamos en anterior oportunidad: dice ROXIN "el concepto de riesgo permitido se utiliza en múltiples contextos, pero sobre su significación y posición sistemática reina la más absoluta falta de claridad", y no parece escapar ROXIN a tal crítica desde el momento en que señala que son riesgos permitidos por el ordenamiento jurídico, cuando debería decir que son permitidos en realidad por el orden normativo; ya que -y tal como admite el mismo ROXIN- no se trata en la subespecie de causales de justificación, sino de conductas riesgosas que son fomentadas por el Ordenamiento Normativo, no alcanzando por ende, jamás la desvaloración de la norma legal penal a tales acciones.²⁵

Ejemplificando lo dicho: mientras un conductor se comporte de conformidad con el orden normativo, cumpliendo con todas las normas referentes al tránsito vehicular; su conducta será atípica aún en los casos en que se produzca causalmente un resultado lesivo.

Siguiendo al maestro alemán, podemos entonces decir que "riesgo permitido" tratase de una conducta humana que genera un riesgo relevante para los bienes jurídicos penalmente tutelados, pero que de modo *general* (esto es: independientemente de los casos concretos) está permitida y por ende, excluye la imputación al tipo objetivo. "Prototipo de riesgo permitido es la conducción automovilística observando todas las reglas del tráfico viario. No se puede negar que el tráfico viario constituye un riesgo relevante para la vida, salud, bienes materiales, cosa que se prueba irrefutablemente la estadística de accidentes. No obstante el legislador permite el tráfico viario (en el marco de determinadas reglas de cuidado) porque lo exigen intere-

24. DÍAZ-ARANDA, Enrique, Op cit, pág. 74/5.-

25. Cfe. CERVINI, Raúl, ADRIASOLA, Gabriel, y PEREIRA GARMENDÍA, Mario, en Prólogo al libro de DAMASIO E. DE JESUS: "Imputación Objetiva", editorial B de F, Buenos Aires, 2006.

ses preponderantes del bien común. Pero a diferencia de la causa de justificación de estado de necesidad, aquí no se precisa una ponderación de intereses en el caso concreto que pueda llevar a diversos resultados según el peso de los intereses en conflicto, la proximidad del peligro, etc.

Por el contrario, la autorización de la conducción automovilística se basa en una ponderación global, que (si se respetan todas las normas de tránsito) ya no deja surgir el tipo delictivo.

Es decir, que la conducción de un automóvil está permitida aunque en el caso individual no persiga intereses superiores (así por ejemplo se realiza por mero aburrimiento) o incluso aunque sirva a intereses reprobables (v.gr. la preparación de un delito), de tal manera que una ponderación según los principios de justificación tendría que resultar contraria a la autorización de tal conducta.

Por tanto como el mantenimiento dentro del riesgo permitido impide la imputación al tipo objetivo, la causación de una lesión de un bien jurídico que se produzca pese a observar todas las reglas del tráfico no es una acción típica.”²⁶

C) Creación de peligro y cursos causales hipotéticos

En este punto se analiza cómo deben de ser considerados (a los efectos de una imputación normativa de resultados al tipo objetivo) los cursos causales hipotéticos en el mentado juicio sobre la creación o aumento de un riesgo -jurídicamente relevante-.

Sobre esto, hay que distinguir dos variables:

i. Casos de causas sustitutivas humanas: en este punto, ROXIN se plantea si la imputación de una conducta antijurídica puede ser excluida en aquellos casos en que se demuestre que estuviera dispuesto un tercero (autor sustituto) a asumir el hecho, y ello en caso de fallar el agente.

Aclaremos ello mediante un ejemplo que brinda ROXIN: “(...) debe condenarse por homicidio al que (estando en vigor la pena de muerte), actuando como persona privada, echa a un lado por la fuerza al verdugo y acciona en su lugar el funcionamiento de la silla eléctrica. Pues si el legislador sólo le permite una acción típica a determinadas personas o funcionarios, esa restricción sólo se puede imponer eficazmente si la prohibición se mantiene incólume frente a los demás. Sería algo que conduciría a situaciones intolerables el que, contra las reglas legales de competencia, cada cual ya pudiera “detener” impunemente a otros por el hecho de que la policía tenga la facultad de hacerlo en virtud de una orden judicial de arresto.”

Ahora bien, conforme a lo expuesto, ROXIN sostiene que en estos casos, de ninguna manera puede la imputación de la realización del tipo a la acción verse enervada. Sostiene que no se puede negar en tales casos la existencia de un aumento o creación de un riesgo, y ello bajo el argumento que el objeto de protección típico en cualquier caso estaría perdido, y por tanto no era susceptible de ser puesto en peligro por el autor.

Un crudo ejemplo de estas situaciones, nos lo aporta el Profesor mejicano DÍAZ-ARANDA: “En la ciudad de Moroleón, Guanajuato, en fecha 18 de abril del año 2002, acontece el homicidio del niño Raúl Cadenas Zavala, quien en esa fecha contaba 5 años de edad y padecía parálisis cerebral desde la edad de 2 años, y se consigna a la madre del niño, C. María Guadalupe Zavala Jiménez, como presunta responsable del crimen. Al rendir su declaración preparatoria, esta mujer argumenta que en efecto ella privó de la vida a su hijo, pero que lo hizo por el hecho de que su esposo, quien siempre sintió vergüenza de tener un hijo con parálisis cerebral, no obstante que fue él quien le causó dicha enfermedad, ya que a la edad de 2 años, enojado porque su hijo se orinó en la cama, lo golpeó y con las mismas sábanas orinadas le tapó la cara, impidiendo que éste respirara, lo que lo sumió en un estado de coma profundo, y al volver del mismo (coma) presentó la incapacidad referida por la falta de oxigenación al cerebro, aproximadamente diez días antes del evento criminal le dijo: “un día de estos voy a matar a ese estorbo, ni siquiera pueden venir mis amigos a esta casa porque me da vergüenza que lo vean”; refiere además que no obstante el estado de salud del niño, su progenitor continuamente lo lanzaba de la cama en donde tenía que estar postrado, al suelo, provocándole diversas lesiones.” Esta claro que la salvajada a la que fue expuesta dicha criatura (por su madre) no puede más que imputarse al quehacer de dicha madre, y ello, aún ante la argumentación que tal triste deceso ocurriría de todas formas, pero a manos del padre de la víctima (ello claro está, sin perjuicio del reproche jurídico penal que le cabe a éste por violencia doméstica y lesiones).

ii. Casos de causas sustitutivas naturales: a diferencia de los casos anteriores, ROXIN sostiene que la imputación sí se ve excluida cuando el autor de la conducta únicamente modifica una causalidad natural, siempre que no empeore con ello la situación de la víctima en su conjunto.

Aclaremos esto con un ejemplo (también de la factoría de ROXIN): “F circula con su locomotora por un tramo de dos vías que está bloqueado por un desprendimiento de la montaña de tal modo que F ya no puede

26. ROXIN, Claus. Op cit.

frenar a tiempo y se va a estrellar contra las rocas. X cambia las agujas, de manera que la locomotora es desviada desde la vía izquierda a la derecha, que está igualmente bloqueada por el mismo desprendimiento, y F muere en ese lugar.”

Ahora bien, tal como expresáramos, ROXIN en estos casos, reconoce un límite: el llamado Principio de Intensificación. Dicho principio básicamente consiste en que sí será imputable un resultado a una conducta (pese a la existencia de una causa sustitutiva natural) siempre que mediante la misma, se aumente o se anticipe en el tiempo el daño; esto es: siempre que se intensifique el daño.

III. PARTICULARISMOS DEL DISVALOR DE RESULTADO

Así como hemos analizado, siguiendo los postulados de ROXIN, los particularismos que presenta el disvalor de acción; asimismo, debemos proceder a analizar los “particularismos” que presenta la categoría del disvalor de resultado; siendo ellos:

- a) La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro.
- b) La exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido- el fin de protección de la norma de cuidado-
- c) Conducta alternativa conforme a derecho: Teoría del incremento del riesgo.-

A) La exclusión de la imputación si falta la realización del peligro

ROXIN propone como ejemplo (multi citado por la doctrina) para estos extremos el caso de una persona que -con intención de matar a su enemigo- dispara contra éste, pero sin lograr matarle. Conducida la víctima a un hospital para su atención médica, muere allí a causa de un incendio que se desata en la habitación en que se hallaba internada. Dice el maestro alemán: “Aquí se cuentan sobre todo los casos en que un delito doloso en un primer momento se queda en fase de tentativa, pero después acaba provocando el resultado como consecuencia de un curso causal imprevisible; un ejemplo de ello nos lo da el caso demostrativo en que la víctima de una tentativa de homicidio no muere en el propio atentado, sino en un incendio en el hospital.

Para determinar si efectivamente fue el riesgo no permitido el que se realizó en el resultado típico, propone el mentado autor, realizar dos juicios de peligrosidad: el primer examen de la realización del peligro ex ante, el segundo examen de la realización del peligro ex post facto. De modo que al curso de los hechos realmente producidos, una vez concluida la acción del autor, también se le efectúa un examen de peligrosidad.

(...) Como no se le puede imputar ese resultado porque éste no supone la realización del peligro creado, sólo habrá cometido una acción homicida intentada, y no consumada. Y esto no es, como cree la doctrina tradicional, un problema de dolo, sino una cuestión de realización del tipo objetivo.”

Aplicando los dos juicios que menciona ROXIN en la transcripción ut supra, dice respecto de este caso: “Es decir que, en el caso del ejemplo hay que preguntar si el disparo efectuado por el autor ha aumentado el peligro de una muerte en un incendio de modo jurídicamente mensurable y a tal efecto hay que aplicar el mismo criterio que en el primer juicio de peligro. Pues bien, como la cuestión ha de contestarse negativamente -una estancia en el hospital no fundamenta un peligro relevante de ser víctima de un incendio accidental en el mismo-, hay que negar la realización del peligro y la imputación del resultado.”²⁷

Veamos esto con otro ejemplo: “A, quiere matar a B con un hacha, pero éste no muere de los hachazos, sino por una infección de las heridas provocada por aquéllos. En la muerte por infección también se realiza un peligro creado por los hachazos, y por tanto el resultado es obra del asesino”

Como podrá apreciarse, este tipo de construcciones dogmáticas sirve (también) respecto de los delitos culposos (eliminándose en la subespecie, como es obvio, el marco de una tentativa como conducta “base”); véase:

A conduciendo su vehículo imprudentemente a exceso de velocidad, arrolla en un cruce peatonal a B; quien, al ser conducido al hospital en ambulancia, la misma protagoniza un accidente, a raíz del cual B sufre lesiones mortales. ¿Es, en tal caso A responsable de la muerte de B? Entiendo que no, y ello debido a que el peligro que generó la conducta de A respecto de la vida e integridad física de B (bienes jurídicos tutelados) se agotó en las heridas padecidas por la víctima tras el arrollamiento (debiendo responder A por un delito de lesiones culposas). El que muriese B en un accidente sufrido en una ambulancia que lo transportaba al

27. ROXIN, op. cit.

hospital, claramente refiere a un peligro que generó el conductor de dicho vehículo (o, eventualmente, el otro conductor participante de la colisión). Ex ante, no cierra un juicio de peligrosidad que exceda lo que significa un riesgo para la vida o integridad física de un peatón a causa de un arrollamiento. Ex post, se verifica que el peligro de muerte para B que se realizó en dicho resultado muerte, no fue el generado por las lesiones que le causara A (como sí lo sería si B hubiese muerto por alteración grave del funcionamiento de sus órganos internos, o por infecciones adquiridas en las heridas en el momento de accidentarse); sino que, por el contrario, fue el riesgo suscitado por el conductor de la ambulancia por conducir de modo imprudente (supongamos para el ejemplo: sin prender la sirena, y sin respetar las señales de tránsito).²⁸

B) Exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido. Resultados no cubiertos por el fin de protección de la norma de cuidado

Cabe advertir, que en todos los supuestos que serán analizados en este literal; estamos ante sujetos que mediante su conducta generan (crean o aumentan) un riesgo jurídico-penalmente relevante; pero que; sin embargo, no es tal riesgo el que se realizara en el resultado típico. Dentro de tal constelación de casos, podemos advertir dos grandes sub grupos:

a) La primera se refiere a los casos en que la superación del riesgo permitido sencillamente no repercute sobre el resultado -en su concreta configuración-.

ROXIN da como ejemplo de ello: A, debido a su comportamiento imprudente, no se percató que los frenos de su automóvil se hallan en mal funcionamiento. Conduciendo su vehículo, es sorprendido por un menor en bicicleta que -literalmente- se arroja en frente de su auto, no pudiendo detener la marcha antes de embestirle, y causándole la muerte. Sin perjuicio del estado de sus frenos; una pericia de Policía técnica prueba fehacientemente que, aunque dichos frenos estuviesen perfectamente bien, dada la manera en que el menor se cruzó, y la velocidad del coche (que venía dentro del máximo permitido de 75 Kms por hora) hubiese resultado imposible detener plenamente la marcha y evitar arrollarle; así como; por otra parte, no hubiese el embestir a una menor velocidad evitado el desenlace fatal de la criatura.

Pasando la cuestión en limpio: la conducta imprudente de A consistió en conducir su coche sin tener sus frenos en forma debida. Más sin embargo, no fue tal conducta (pese a haber sido creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado) la que se concretara en el resultado muerte del menor. Por el contrario, fue el comportamiento de éste último el que generara un riesgo que se efectivizó en el resultado muerte.

Si se responsabilizara en el ejemplo, a A por la muerte del menor (y ello por el sólo hecho de tener sus frenos en mal estado, cuando se prueba fehacientemente que tal riesgo nada tuvo que ver con la causación del resultado típico del art. 314 CPU); se estaría penando por la mera violación de la norma de cuidado, sin ninguna otra consecuencia del punto de vista normativo (tal como planteara respecto de la valoración normativa de ROXIN: A mató -causalmente- al menor, pero no "dio muerte" al menor en el sentido de los tipos penales que tratan del homicidio).

b) el otro grupo de casos que se aglutinan en la especie son aquellos que se refieren a la creación o al aumento de un riesgo jurídicamente relevante, siendo tal riesgo causal para el resultado; pero; no obstante en el caso concreto, tal riesgo de producción del resultado no se ve aumentado por dicha superación o exceso. Veamos:

A rebasa la velocidad máxima autorizada en la avenida que transita, más sin embargo, tras conducir de tal modo unas cinco cuadras, disminuye su velocidad, retomando así la velocidad máxima permitida. Momentos después atropella a un menor que se cruza súbitamente por delante del coche; resultando tal accidente, objetivamente inevitable para dicho conductor.²⁹

Como señala ROXIN sobre el ejemplo citado: en constelaciones como ésta el accidente ha sido causado no sólo por la (permitida) conducción del automóvil en sí misma, sino precisamente también por rebasar la velocidad máxima; pues sin ella el vehículo no hubiera estado en ese lugar y sitio preciso al cruzarse el menor en bicicleta; por lo que entonces, nada hubiera sucedido.

Tal como dice ROXIN sobre el ejemplo citado, la prohibición de exceso de velocidad "no quiere impedir que los automóviles pasen en un determinado momento por un determinado lugar. Por tanto, el haber corrido el riesgo prohibido sólo por casualidad ha dado lugar al accidente, de modo que se excluye la imputación al resultado; y para ello no es precisa una clase especial de comprobación de la causalidad."³⁰ Se

28. Cfe. BARRERA, Jorge; et Al., Op cit.

29. Ejemplo extraído de ROXIN, CLAUS. Op. cit. (con modificaciones).

30. ROXIN, CLAUS. Op cit pág.

advierte, por tanto, que en estos casos, no se realiza el peligro que quería prevenir el precepto de cuidado violado, de allí que fracase la imputación del resultado: el estar en determinado momento y lugar no es una de las consecuencias a cuya evitación tiende el fin de protección del deber de cuidado (de no conducir a exceso de velocidad).

Veamos otro ejemplo “clásico” de ROXIN: “Dos ciclistas de noche uno tras otro sin alumbrado en las bicicletas. El ciclista que va delante, debido a la falta de iluminación, choca con otro ciclista que venía de frente. El accidente se podría haber evitado sólo con que el ciclista de atrás hubiera llevado su vehículo con iluminación.”³¹

En este caso, no tiene sentido la imputación del resultado ya que el fin del precepto violado (que impone la iluminación) consiste en evitar accidentes que procedan directamente de la propia bicicleta, y no en que se ilumine a otras bicicletas a los efectos de evitar de tal manera eventuales colisiones de terceros (para eso está el alumbrado público).

Véase los siguientes ejemplos (casos verdaderos) que sobre la subespecie aporta DÍAZ-ARANDA:

“En el puerto de Acapulco, Guerrero, un turista paga para abordar junto con un grupo de personas una balsa inflable en forma de banana, que es remolcada por una lancha; el encargado de la prestación del servicio de la banana tiene por funciones poner un chaleco salvavidas de acuerdo al peso corporal de cada una de las personas que abordan y vigilar que éste se encuentre perfectamente abrochado. A Froilán, un turista excedido de peso, deprimido y que no sabe nadar, al prepararse para abordar, le ponen un chaleco salvavidas de una talla inferior para sostener su cuerpo a flote en el agua, ya que el encargado confía en su experiencia de que nunca se ha ahogado nadie bajo esas condiciones. Por lo que inician la excursión en el mar, donde Froilán por su depresión decide quitarse el chaleco; posteriormente una ola impacta a la banana haciendo caer a varios turistas, entre ellos Froilán, quien no hace ningún intento por salvar su vida y se ahoga.

En este supuesto el encargado de la banana desobedeció el deber de cuidado, consistente en que Froilán contara con un chaleco de acuerdo a su peso para sostenerlo a flote por cualquier percance que sucediera, y elevó el riesgo de que se ahogara, e incluso se podría demostrar que si Froilán hubiera traído puesto el chaleco, de todas formas habría muerto dado que el chaleco era de talla inferior e insuficiente para mantenerlo a flote. Pese a todo lo anterior, el fin de la norma que impone el deber de que todos los tripulantes de la banana cuenten con un chaleco salvavidas de acuerdo a su peso es precisamente proteger a los turistas de no morir ahogados, no para proteger a suicidas que se quiten dicho chaleco para después ahogarse, por lo que o se puede imputar la muerte de Froilán a la omisión del lanchero.”

“Un conductor que labora de noche tiene por camino habitual el circular por una zona escolar, en la cual hay señalamientos que indican que la velocidad máxima permitida es de 20 Km./h, incluso hay varios discos con la impresión de niños escolares cruzando. Cierta día, conduce su vehículo por dicha zona escolar a una velocidad de 40 Km./h, a las 22 hs y, precisamente, al salir de una curva aparece repentinamente un adulto que cruzó por la mitad de la calle y no por la zona de cebrá, creada para tal fin, atropellándolo y causándole lesiones. En este supuesto, el conductor desobedeció el deber de cuidado de conducir a una velocidad máxima de 20 Km./h en zona escolar y por tanto se puede decir que elevó el riesgo de provocar lesiones a quien cruzara por el paso de cebrá, e incluso se podría demostrar que en caso de haber conducido sólo a 20 Km./h hubiese podido frenar a tiempo y evitar atropellar al peatón. Pese a todo lo anterior, el fin de la norma que impone el deber de llevar esa velocidad tan baja en zona escolar es proteger a los escolares en horario de clase, no para evitar accidentes con peatones que de forma despreocupada cruzan la calle de noche. A mayor abundamiento, se debe tomar en cuenta que la velocidad de 40 Km./h está permitida para circular en general, por lo que el límite de 20 Km./h sólo es válido para zonas escolares durante el tiempo de funcionamiento del centro educativo.”³²

C) Conducta alternativa conforme a derecho: la Teoría del incremento del riesgo

Tal como señalara anteriormente, se excluye la imputación de un determinado resultado, en todos aquellos casos en que, pese a que el agente de la conducta crea o aumenta un riesgo jurídico-penalmente, se demuestre fehacientemente que de haberse comportado conforme a derecho (observando el deber de cuidado), tal resultado se hubiese producido de todas maneras. Dice ROXIN: “en tales casos no se ha realizado la superación del riesgo permitido en el curso real del acontecimiento.”

Atendamos al siguiente ejemplo: “El conductor de un camión quiere adelantar a un ciclista, pero al hacerlo no guarda la distancia de separación lateral requerida, por acercarse a unos 75 CMS. del mismo.

31. ejemplo extraído de ROXIN, op. cit.; extraído de un fallo del Tribunal Supremo Alemán.

32. DÍAZ-ARANDA, Enrique, Op cit, pág. 93-4.

Durante el adelantamiento, el ciclista, que iba fuertemente bebido, gira la bicicleta a la izquierda por una reacción de cortocircuito provocada por el alcohol y cae bajo las ruedas traseras del remolque. Se comprueba que probablemente (variante: posiblemente) el accidente también se habría producido aunque se hubiera guardado una distancia de separación lateral suficiente según las normas de tráfico.”

Manifiesta el citado autor sobre esto: “(...) la superación del riesgo permitido por no guardar la distancia de separación lateral ha incrementado de modo jurídicamente relevante la posibilidad de un accidente mortal. Agrega que, si a pesar de guardar la distancia requerida el ciclista hubiera muerto, también se habría realizado en ese curso del hecho un riesgo como el que siempre existe en los adelantamientos; pero de ese riesgo le hubiera liberado el legislador al autorizarlo, por lo que el resultado no sería imputable. Si por el contrario, el autor rebasa el riesgo autorizado (permitido) y se produce entonces el resultado como consecuencia del peligro existente en el adelantamiento, el mismo es imputable como realización de un peligro prohibido.”³³

De tales extremos emerge que (sic ROXIN) no existen razones valederas desde un punto de vista normativo para que se vea excluida en la subespecie la imputación del resultado típico a la conducta del agente. Ello ya que el límite máximo del riesgo tolerable lo traza (en el ejemplo) la distancia legal de separación lateral; de allí que todo incremento de tal riesgo haga recaer las consecuencias sobre el autor.³⁴

Agrega ROXIN: “El legislador tiene que insistir también en el cumplimiento de la norma de cuidado precisamente allí donde su observancia ciertamente aumenta claramente la posibilidad de salvaguarda del bien jurídico, pero no la garantiza con absoluta seguridad.”³⁵

Como se puede observar, de lo reseñado hasta aquí, es claro que para ROXIN, hay que distinguir entre lo que refiere a situaciones en donde no cabe duda alguna que, de haberse comportado el agente de la manera exigida por el ordenamiento normativo (esto es: dentro del riesgo permitido), de todas maneras el resultado típico hubiese acaecido; de aquellas otras situaciones en que, existe una duda acerca de lo que hubiese acaecido en caso de haberse ajustado dicha conducta al riesgo permitido.

Dentro de la constelación de estas últimas situaciones, a ROXIN no le cabe ninguna duda, de que debe de procederse a imputar tal resultado típico a la acción (violatoria del riesgo permitido). Concretamente, el método que propone ROXIN para resolver tales situaciones, consistiría (conforme lo expone BERNARDO FEIJÓO) en tomar una conducta que observe el riesgo permitido y compararla con la conducta realmente efectuada por el agente (conducta que a la vez viola el riesgo permitido). Si dicha conducta aumenta la probabilidad de lesión con respecto a la hipotéticamente permitida, tal lesión del debido cuidado encaja en el tipo penal, por lo que estaremos ante un tipo penal consumado. Por el contrario, si dicho riesgo no se ve incrementado, en tal caso no se puede imputar el resultado. Es decir, en caso de duda sobre si el riesgo no permitido se ha realizado en el resultado éste se imputa si se constata que el autor ha creado un riesgo no permitido. El autor carga con la duda si no se puede probar que el resultado es realización de otro riesgo que sea irrelevante para el tipo.³⁶

Esta teoría, en consecuencia, se ha hecho pasible de cuatro críticas fundamentales:³⁷

1º) en primer lugar resulta claramente violatorio del principio de legalidad. Ello ya que convierte en típicas, acciones que solamente son pasibles de un disvalor de acción, pero jamás de resultado. No se desvalora la producción típica (mediante un riesgo típico) de un resultado, sino generar riesgos determinados estadísticamente, pero que, en el caso concreto, no se determina si se han realizado en el resultado.

2º) Se trata de una verdadera reminiscencia de la criticable teoría del *versari in re ilícita*, ya que se niega a diferenciar dentro de una conducta desempeñada por un agente, una parte permitida de otra no permitida o prohibida por el orden normativo. Véase: por el sólo hecho de sobrepasar el agente mediante su conducta el riesgo permitido por el orden normativo, se le atribuye todas las consecuencias respecto del curso causal que él puso en marcha; sin entrar a valorar en la especie, si dicho resultado típico se ha causado por el riesgo antinormativo, o por otro riesgo -éste sí- jurídicamente permitido e integrante, asimismo, de la mentada conducta en análisis.

3º) Esta Teoría resulta a mi juicio, violatoria de la Constitución desde que ésta exige -para que se considere una conducta como penalmente relevante- no solamente el que sea violatoria del orden normativo, sino

33. ROXIN, CLAUS. Op. cit.

34. ROXIN, CLAUS. Op. cit.

35. ROXIN, CLAUS. Op. cit.

36. Cfe. BARRERA, JORGE; et Al.; Op cit.; y CASTALDO, Andrea; “La imputación objetiva”, editorial B de F; Buenos Aires, 2002.

37. De conformidad con lo expresado en oportunidad de analizar este tema en relación con los accidentes de tránsito. Vide: BARRERA, Jorge, et Al, Op cit.

también que exista una efectiva lesividad para con el bien jurídico penalmente relevante. Resultando tal lesividad una consecuencia de la señalada conducta antinormativa. Además, de procederse en casos de sospecha de que así sea, a imputar tal resultado a dicha conducta desvalorada; estaríamos violando otro principio constitucional, cual es el *In dubio pro reo*.

4º) Resulta absolutamente incompatible la teoría de marras para con el presupuesto señalado anteriormente del “Fin de protección de la norma”. Esto ya que se parten en ambas posiciones de posturas absolutamente opuestas, que no son pasibles de ser ubicadas dentro de una misma sistemática. Veamos: el criterio del fin de protección de la norma parte del principio de que en supuestos de concurrencia de riesgos típicos y permitidos es preciso constatar que el resultado es la realización de un riesgo típico. Su ratio es que dicha norma de cuidado sólo está referida a determinados riesgos, no teniendo que evitarse la realización de riesgos permitidos.

La teoría del incremento del riesgo, por su parte, considera que en ciertos supuestos no se crea mediante una conducta varios riesgos, sino un riesgo único o conglobante, y que por tal motivo no es pasible de “partirse” en una parte permitida y en otra desvalorada.

Esta última concepción incurre en un error grosero ya que al autor se le reprocha el crear o aumentar un riesgo (para un bien jurídico) mayor al permitido por el orden normativo; pero en la subespecie, no se puede determinar en su caso cuál -efectivamente- el riesgo permitido, y el prohibido.

Por lo expuesto, es que debe de procederse a rechazar dentro de la Teoría de la Imputación Objetiva a la denominada Teoría del incremento del riesgo; y considerarse a los efectos del disvalor de resultado, únicamente al criterio del fin de protección de la norma. Debiéndose, en casos de duda, esto es: cuando no se pueda determinar con plena certidumbre, que el resultado típico ha sido provocado por un riesgo creado por la conducta -y que fuere tal riesgo de la especie que la norma de cuidado tiene por finalidad evitar-; optar por la no imputación de tal resultado típico a la conducta en análisis.³⁸

IV. PARTICULARISMOS DEL ALCANCE DEL TIPO

Como claramente expresa ROXIN, el que hayamos determinado en nuestro análisis de un caso concreto que estamos ante una conducta, consistente la misma en la creación o aumento de un riesgo -para con un bien jurídico-. Siendo tal riesgo jurídicamente intolerable, esto es, prohibido; así como también, habiéndose constatado que dicho riesgo se concretó en el resultado típico (especialmente considerando a tales efectos que dicho resultado esté cubierto por el fin de protección de la norma de cuidado). Todo ello, aún no es suficiente -en varios casos concretos- para que le podamos imputar tal resultado a la referida conducta. Esto se debe a que en algunos casos concretos, puede fracasar dicha imputación siempre que el alcance del tipo (esto es: el fin de protección de la norma típica; como ser el no matar, el no lesionar, el no prestar asistencia, etc.) no resulte comprensivo de la clase de resultados como el causado (en análisis).

Encontramos dentro de esta categoría de análisis:

- a) La cooperación en una auto puesta en peligro dolosa.
- b) La puesta en peligro de un tercero consentida por éste.
- c) La imputación del resultado a un ámbito de responsabilidad ajena.

A) Cooperación en una auto puesta en peligro dolosa

Dentro de esta subcategoría, ubica ROXIN a todos aquellos casos de incitación o cooperación en acciones de otro, guardando tales acciones una superación a la media normal de peligro; y consistiendo la referida subcategoría en no responsabilizar a quien incita o coopera, respecto de cualquier resultado lesivo derivado de tales conductas (siendo único responsable de los mismos, la propia víctima).

Veamos el siguiente ejemplo que propone ROXIN: “A y B llevaron a cabo una competición con motos, estando ambos bebidos, pero aún en estado de plena imputabilidad. Durante la carrera B sufrió un accidente mortal por su propia culpa.”

El Tribunal Supremo Federal Alemán condenó en dicho caso a A por delito de homicidio imprudente por “haber causado al infringir el deber de cuidado un resultado previsible y evitable.”

Analiza ROXIN: “En esa argumentación es totalmente correcto que ya la participación en una carrera irracional, en la que “por una ronda de cervezas se pusieran en juego dos vidas humanas”, creó un peligro que rebasa claramente el riesgo general del tráfico, peligro que también se realizó en el posterior curso de los

38. Cfe. BARRERA, Jorge. Op cit, pág. 95 y ss.

hechos. Pero como se dio una cooperación en una auto puesta en peligro dolosa, de cuyo riesgo era suficientemente consciente B, dada la plena imputabilidad que aún tenía, pese a concurrir la realización del riesgo el resultado no cae dentro del ámbito de protección de la norma y no puede ser imputado. Cuando el Tribunal Supremo Federal hace depender la “infracción del deber” y con ello la punibilidad en la cooperación en auto puestas en peligro “de las circunstancias del caso”, de ese modo ya no se determina la punibilidad según el criterio de la valoración legal, sino según el de una decisión judicial para el caso concreto, y eso es inadmisiblemente. Dado que A no ha realizado ya el tipo objetivo de los par. 222 y 212, quedaría igualmente impune aunque de antemano hubiera aceptado un accidente mortal de su oponente; ese “dolo” tampoco podrá fundamentar punibilidad alguna, porque estaría dirigido a una conducta atípica.”

El fundamento normativo para todo esto lo encuentran los alemanes en la impunidad (conforme a tal ordenamiento penal) de la participación en un suicidio; así como en una autolesión. De allí que concluyan que quien puede provocar impunemente lo más (la auto lesión), con mayor derecho puede provocar (también impunemente) lo menos (la auto puesta en peligro).

Ahora bien, tal tipo de fundamentación dogmática resulta difícil de “importar” a nuestro derecho desde el momento en que el artículo 315 del CPU tipifica la determinación y ayuda (material) al suicidio (salvo que se fundamente la inconstitucionalidad del mismo). Asimismo, se han presentado reparos a esta fundamentación en el Reino de España, por parte de autores de la talla de CERESO MIR, y todo ello por los mismos fundamentos que manifestara anteriormente.

Sin embargo, merece ser considerada como una correcta lectura de la dogmática jurídico penal acorde con el orden jurídico todo (especialmente el Constitucional), lo señalado por SANTIAGO MIR PUIG:

“En cualquier caso, la ineficacia eximente del consentimiento en la conducta voluntaria de matar no implica lógicamente que deba ser igualmente ineficaz el consentimiento en la conducta que pone en peligro imprudentemente la vida. Es éste un comportamiento socialmente mucho más tolerable que el primero. Toda la vida social está impregnada de actividades peligrosas que se estiman lícitas por la ampliación que suponen de la esfera de posibilidades del individuo en orden a configurar su vida. No se trata aquí de que pueda estimarse positivo que el hombre renuncie a su vida, porque no es eso lo que se piensa cuando se valora positivamente el riesgo, sino que dicho riesgo abre posibilidades de vida. Ante la incerteza de la muerte, puede apostarse por su no producción. La situación es distinta ante una acción voluntaria de matar (...) El planteamiento expuesto conduce, pues, a considerar que para una sociedad basada en la libertad resulte positivo y obligado incluso constitucionalmente no obstaculizar la posibilidad de elegir libremente poner en peligro la propia vida, aunque sea exponiéndose a una conducta imprudente de otra persona...”³⁹

Siguiendo lo expresado por MIR PUIG, para que se configure tal delito del art. 315 C.P.U. se exige dolo (tanto respecto de la acción, como respecto de la lesión al bien jurídico vida); y ello ya como manifestara SILVA SÁNCHEZ, en las situaciones de puesta en peligro dolosa, no estamos ante una muerte voluntaria: el que acepta la acción peligrosa no tiene voluntad de morir. Asimismo, en lo referente a la subjetividad del autor de la conducta, tanto en el caso de lesiones dolosas como en la determinación o ayuda al suicidio, la “pretensión de respeto” de la vida se ve afectada de un modo directo y básico, cosa que no se puede afirmar respecto de los “ataques” imprudentes a la vida.⁴⁰ Por otra parte, entiendo que nuestro Derecho debe de recibirse este instituto de la *cooperación en una auto puesta en peligro dolosa*, también porque el fin de protección de la prohibición del homicidio (art. 310, 311, 312, 314 C.P.U.), así como de la determinación o ayuda al suicidio (art. 315 C.P.U.), no abarcan estos casos. En palabras de ROXIN: no se extiende a tales resultados el fin de protección del tipo.

Concuerda ROXIN con la constante jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal Alemán en la que ha mantenido que solamente debe no imputarse la cooperación en una auto puesta en peligro responsable solamente si el sujeto que se pone en peligro a sí mismo es consciente del riesgo en la misma medida que el cooperador. Si el incitador o promotor “se da cuenta de que la víctima no es consciente plenamente del alcance de su decisión”, crea un riesgo que ya no está cubierto por la voluntad de la víctima y cuya realización debe imputársele por tanto al cooperador.⁴¹

39. MIR PUIG, SANTIAGO. ADPCP, 1991, págs. 266 y ss.

40. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; ADPCP, 1987, pág. 456.

41. La exclusión de la imputación en la cooperación en una auto puesta en peligro ajena dolosa abarca un sector importante del grupo de casos en el que la antigua teoría de la “prohibición de regreso” quería rechazar ya en la causalidad del primer causante. El problema que sufría esta postura es que el tema no era de causalidad, sino que la problemática refiere a un tema estrictamente de imputación.

B) La puesta en peligro de un tercero aceptada por éste

Encuentran su lugar sistémico aquí, todos aquellos casos en los que alguien -a diferencia de la auto puesta en peligro- no se coloca dolosamente en peligro a sí mismo; sino que permite se le coloque en peligro por otra persona y siempre que sea plenamente consciente de ello.

Veamos un ejemplo que aporta ROXIN: "Un automovilista que ya no estaba en condiciones de conducir por el consumo de alcohol admite que le acompañe en su coche otro de los asistentes a la fiesta a petición expresa de éste. El acompañante resulta muerto en un accidente causado por el estado alcohólico del conductor."

Si bien tradicionalmente estos casos se resuelven dentro de la esfera de la "Teoría del consentimiento"; en un enfoque más correcto, y dogmáticamente más certero, ROXIN los ubica dentro de la Teoría de la Imputación Objetiva (concretamente dentro del alcance del tipo): "La forma correcta de plantear la cuestión también debe orientarse en este caso a saber hasta qué punto el tipo conforme a su fin de protección abraza la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste. Según las valoraciones en que se basa la ley, ese no es el caso cuando la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste equivale en todos sus aspectos relevantes a una auto puesta en peligro."⁴²

Claro que -y tal como expresara en anterior oportunidad-, la equiparación entre los casos de auto puesta en peligro dolosa y el de puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, no puede ser llevada hasta el extremo de exigirse una identidad plena. Y ello ya que, en este último caso, quien se deja poner en peligro, no tiene el mismo dominio sobre el peligro que cuando es él mismo quien se (auto) pone en peligro: esto es, en el primer caso siempre se ubica el quehacer de un tercero que actúa sobre el curso causal generando o aumentando dicho riesgo.

De allí que debamos exigir tres condiciones para poder equiparar estas situaciones con las vistas en el apartado anterior:⁴³

a) que el daño sea consecuencia del riesgo generado o aumentado por el tercero interviniente con la aceptación de la víctima; y no sea producto de otros riesgos concomitantes.

b) que el sujeto puesto en peligro -"víctima"- tenga la misma responsabilidad por la **actuación común** que quien la pone en peligro.

c) que la víctima sea plenamente consciente del riesgo generado o aumentado por el tercero (ello a los efectos de su correcta aceptación),

Dice ROXIN: "(...) estaría excluida la imputación del resultado en la medida en que el "pasajero" conocía el riesgo en toda su extensión y lo ha provocado conscientemente; en cambio; debería tener lugar la imputación si el conductor persuade al pasajero que vacila con buenos motivos, o si le hubiera ocultado o minimizado los riesgos o si el accidente se debió a fallos en la conducción independientes del riesgo aceptado."⁴⁴

C) La atribución a la esfera de responsabilidad ajena

Dentro de esta subcategoría nos encontramos con situaciones en las que se determina que el fin de tutela del tipo penal no comprende a los resultados cuya evitación cae dentro de la esfera de responsabilidad de otro.

Tal como expresáramos⁴⁵, dicha concepción encuentra sus fundamentos (aunque ROXIN minimice tal influencia) en la "Teoría de las esferas o ámbitos de responsabilidad" que establece (si bien matizado según el autor que se siga) que ciertas profesiones observan, dentro del ámbito de su competencia (o rol) consistente en la eliminación y/o vigilancia de ciertas fuentes de peligro, una suerte de monopolio en el ejercicio de tal (competencia), lo que excluye de tales roles a aquellas personas que no guarden tal calidad.

Dice ROXIN: "La ratio de la exclusión de la imputación en estos casos estriba en que determinados profesionales, dentro del marco de su competencia respecto de la eliminación y vigilancia de fuentes de peligro, son competentes de tal modo que los extraños no tienen que entrometerse."⁴⁶

Entonces, véase que, si tales personas guardan (por causa de la profesión que desempeñan, sea policía, bomberos, etc.) una competencia monopólica respecto de la prevención y/o eliminación de fuentes de peligro, la consecuencia de ello -desde un punto de vista político-criminal [SIC ROXIN] -debe ser forzosamente

42. ROXIN, CLAUS. Op cit., pág. 395.

43. Cfe. BARRERA, Jorge el Al., pág. 103 y ss.

44. ROXIN, CLAUS. Op. Cit., pág. 395. De más está decir que, en los citados ejemplos, debe de imputarse aquí sí al autor, del incremento o creación de un riesgo jurídicamente prohibido en la medida que se realice en la lesión o muerte causada a algún tercero (independiente del "pasajero" de los casos analizados).

45. BARRERA, Jorge; et Al.; Op. Cit.

46. ROXIN, CLAUS. OP. CIT., pág. 399.

el exonerar al primer causante de las consecuencias que sean provocadas por una conducta dañosa del profesional.

Véase lo expuesto en el siguiente ejemplo: (sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán, 4, 360); “A conduce en la oscuridad un camión cuya parte trasera va sin alumbrado, y es detenido por una patrulla de policía, que le denuncia para que se le imponga la correspondiente multa. A efectos de seguridad frente a otros vehículos que pudieran llegar, uno de los policías coloca una linterna con luz roja en la calzada. La policía le ordena a A que prosiga la marcha hasta la próxima gasolinera, para lo que el coche patrulla marchará detrás para seguridad del camión sin alumbrado trasero. Pero antes de que A arrancara, el policía vuelve a quitar la linterna de la calzada; y a continuación el camión sin alumbrado es embestido por otro camión, cuyo copiloto resulta lesionado mortalmente.”

Si bien A en los hechos resultó condenado; enmarcada la subespecie dentro de un normativismo, dicho caso encuentra ubicación dentro de este criterio de atribución a la esfera de responsabilidad ajena -aún en los casos en que según el standard de la experiencia de vida, se pueda sostener que es previsible que los policías cometen errores del tipo del ejemplo y ello ya que lo que realmente importa es el determinar que el ciudadano común/el habitante del art. 7º Constitución, no tiene la obligación de vigilar los actos policíacos.

Tal como manifiesta ROXIN, una vez que la policía asume la seguridad del tráfico, todo suceso ulterior entra dentro de su esfera de responsabilidad, y ya por esa razón no se le puede imputar el resultado del ejemplo a A: es que el alcance del tipo ya no abarca el suceso posterior.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

La teoría del Imputación Objetiva del resultado, es un tema que dista mucho de haber alcanzado unanimidades. Sólo una cosa es clara respecto de la misma; y ello es que ha venido para quedarse en el centro de la discusión de la dogmática jurídico penal.

Si bien es lícito decir que hay tantas “teorías de la imputación objetiva” como autores se han puesto a escribir sobre ella; lo cierto es que la pionera concepción sistemática de ROXIN (quien remozara aquellas primeras líneas directrices de HÖNIG y LARENZ) nos hace recordar aquella frase célebre de SIR Winston CHURCHILL sobre la democracia: “puede que sea el peor sistema de gobierno; pero es el mejor que hasta ahora ha existido...”. Esto es; puede que la Teoría de la imputación objetiva de ROXIN padezca errores e incoherencias sistémicas (de hecho hemos puesto -humildemente- en alerta acerca de uno, referido a la teoría del incremento del riesgo y su incompatibilidad con la finalidad de protección de la norma de cuidado); pero también es cierto que -hasta la fecha- resulta la compilación más exacta y ordenada de aquellos criterios normativos que -desorganizada y muchas veces incompatiblemente- empleaban los autores finalistas a los efectos de alcanzar no otra cosa que por lo mismo que nos motiva a todos seguir estudiando y criticando -en buen sentido- estas construcciones: la Justicia material en un marco de seguridad jurídica.