

LA NORMATIVIZACIÓN DEL TIPO Y LOS MODELOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

Shikara Vásquez Shimajuko

1.- Introducción.- En el marco del estadio actual de la dogmática del Derecho penal, caracterizado por el predominio de la orientación teleológica, y, en consecuencia, por una tendencia hacia la normativización en la elaboración de los conceptos jurídico-penales¹, la forma de comprender el tipo ha sufrido importantes modificaciones. El «dogma causal», según el cual el tipo se reduce a una mera relación de causalidad entre la realización de comportamiento del autor y el resultado producido, ha dado paso, no sin resistencia², a lo que hoy se conoce como «teoría de la imputación objetiva». En términos generales, se puede afirmar que la teoría de la imputación objetiva tiene como finalidad determinar, en el plano objetivo y teniendo en cuenta la realización de ciertos fines relevantes para el Derecho penal, si el hecho realizado por un sujeto posee significación jurídico-penal de cara a la realización de un tipo penal determinado.

En la doctrina se pueden apreciar dos líneas de desarrollo de la teoría de la imputación objetiva: por un lado, se le entiende como un conjunto de criterios normativos –y no puramente causales– destinados a determinar cuándo es posible verificar la existencia de una relación entre autor y resultado en los delitos de resultado, es decir, cuándo el resultado producido es imputable a la conducta de un sujeto; y, por otro lado, se le concibe como una serie de pautas valorativas que distinguen dos niveles de imputación y que permiten afirmar cuándo estamos frente a un comportamiento jurídico-penalmente desaprobado y a un resultado típico: se diferencia, entonces, entre imputación del comportamiento e imputación del resultado. La primera perspectiva es la propuesta por ROXIN, quien elabora los criterios de imputación de manera inductiva sobre la base de la solución de determinados supuestos problemáticos. La segunda es la línea seguida por FRISCH y JAKOBS, quienes, en sentido inverso a ROXIN, parten de la pretensión de dotar al tipo de una teoría de la responsabilidad, para luego, deductivamente, proponer los criterios concretos de imputación. Por ello, se ha dicho que mientras que la propuesta de ROXIN sólo supone una «reformulación parcial del

· Abreviaturas = GA: *Goldtdammer's Archiv für Strafrecht*; JZ: *Juristenzeitung*; RDPC: *Revista de Derecho penal y Criminología*; ZStW: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*.

¹ Para más detalles *vid.* SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, pp. 62 ss. y 67 ss.

² En Alemania se han mostrado críticos con la teoría de la imputación objetiva, KAUFMANN, “«Objektive Zurechnung» beim Vorsatzdelikt?”, pp. 251 ss.; STRUENSEE, *JZ*, 1987, pp. 53 ss.; EL MISMO, *GA*, 1987, pp. 97 ss.; HIRSCH, “Zur Lehre von der objektiven Zurechnung”, pp. 119 ss. En la doctrina española, se pueden contar, en esta línea, a CUELLO CONTRERAS, *Culpabilidad e imprudencia*, pp. 180 ss.; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Teoría del delito imprudente*, pp. 87 ss.; GRACIA MARTÍN/DÍEZ RIPOLLÉS, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, pp. 44. Recientemente, KINDHÄUSER, *GA*, 2007, pp. 447 ss.

concepto de disvalor de acción», los segundos autores pretenden una reformulación global de la tipicidad mediante la teoría de la imputación objetiva³.

En las líneas que siguen, procederé a describir, de manera superficial, las principales características de cada uno de los modelos de imputación mencionados. El objetivo del presente trabajo no pasa por analizar críticamente cada una de las propuestas descritas, sino que con él se pretende brindar al lector las notas fundamentales de las formulaciones de ROXIN, FRISCH y JAKOBS, que han convertido a las mismas en los modelos de imputación objetiva más difundidos en la dogmática jurídico-penal.

2.- La teoría de la imputación objetiva y el principio del incremento del riesgo.- La primera manifestación de la teoría de la imputación objetiva de ROXIN se encuentra en su artículo *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*⁴. En este trabajo, ROXIN presenta su propuesta de solución para un concreto grupo de casos –los denominados «comportamientos alternativos conforme a Derecho»⁵– mediante el recurso al principio del incremento del riesgo, de manera que no puede considerarse que se tratara ya de una teoría articulada, sino sólo de un primer esbozo que perfeccionaría en posteriores trabajos.

En *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, parte ROXIN del análisis de las tesis que habían utilizado doctrina y jurisprudencia para dar solución a los supuestos de «comportamientos alternativos conforme a Derecho»⁶, llegando a la conclusión de que el núcleo de la cuestión no se corresponde estrictamente con un problema causal. Así, señala este autor que si bien en los ya conocidos casos del ciclista ebrio, del farmacéutico, del «pelo de cabra» y de la novocaína, no puede negarse la relación de causalidad en términos de la teoría de la equivalencia de las condiciones entre las acciones realizadas y el resultado lesivo, dicha relación no es suficiente: el verdadero problema es de naturaleza valorativa⁷.

Alejándose del recurso a cursos causales hipotéticos⁸ –denominador común de las posiciones criticadas–, ROXIN propone la siguiente fórmula comparativa: «[E]xamínese qué conducta no se le hubiera podido imputar al autor según los principios del riesgo permitido como infracción del deber; *compárese* con ella la forma de actuar del procesado, y *compruébese entonces si en la configuración concreta de los hechos a enjuiciar la conducta incorrecta del autor ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido*. Si éste es el caso, habrá una lesión del deber que encajará en el tipo y habrá que castigar por delito imprudente. Si no hay aumento del riesgo no se le puede cargar el resultado al agente que, en consecuencia, debe ser absuelto»⁹.

³ Cfr. CANCIO MELIÁ/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudio preliminar* a Jakobs, La imputación objetiva en Derecho penal, pp. 47-52.

⁴ ROXIN, *ZStW*, 1962, pp. 411 ss.

⁵ Fue GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, pp. 140 ss., quien propuso, por primera vez, la solución de estos supuestos a través del «fin de protección de la norma», criterio éste aplicable, según su opinión, tanto a delitos dolosos como imprudentes.

⁶ Concretamente, la solución de la omisión, la teoría del nexo y la tesis de las causas hipotéticas del daño; *vid.* ROXIN, *ZStW*, 1962, pp. 413-430.

⁷ ROXIN, *ZStW*, 1962, pp. 412-413.

⁸ Sin embargo, ROXIN, *ZStW*, 1962, pp. 441, le otorga valor heurístico a los cursos causales hipotéticos, indicando que si alguien se comporta incorrectamente y el resultado no se hubiera producido mediante una actuación correcta, existe, entonces, una probabilidad de haber superado el riesgo permitido.

⁹ ROXIN, *ZStW*, 1962, pp. 431-432 (las cursivas son mías).

La comparación a la que alude ROXIN tiene, pues, como referencia el riesgo permitido: si una conducta con su actuar no supera el riesgo permitido, entonces ya no se puede sostener que exista una infracción al deber de cuidado (en los delitos imprudentes). Por contra, sólo cuando se haya producido un incremento del riesgo con respecto al riesgo permitido, es posible afirmar dicha infracción. Así, aplicando su fórmula comparativa, el autor alemán señala que, en el «caso del ciclista», si se pudiera demostrar que algunos ciclistas cuando van bebidos reaccionan violentamente lanzándose contra los camiones, careciendo de relevancia si el conductor observa o no la distancia reglamentaria en un adelantamiento, entonces no podría afirmarse una superación del riesgo permitido y, en consecuencia, tampoco una infracción del deber de cuidado del conductor del camión¹⁰. Respalda la corrección de esta solución en el *principio de igualdad*, pues, a juicio de ROXIN, condenar al conductor del camión, en estos supuestos, implicaría castigar una conducta que no rebasa el riesgo permitido y que, en esa medida, es idéntica a una conducta que no está prohibida¹¹.

Poco años más tarde, en el *FS-HONIG*, y tomando como base lo aportado por este autor¹², ROXIN insiste que, en materia de responsabilidad penal, lo determinante no es la constatación de un nexo de causalidad entre acción y resultado, sino que lo fundamental es establecer criterios que permitan imputar determinados resultados a una persona. Para lograr ello, procede a reemplazar la «posibilidad objetiva de pretender» de HONIG («*objektive Bezweckbarkeit*») por la creación o no de un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico. En su opinión, esta reconducción hacia el principio del riesgo podría sentar las bases de una teoría general de la imputación para los delitos de resultado liberada del dogma causal. Disminución del riesgo, creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante, aumento o falta de aumento del riesgo permitido y ámbito de protección de la norma, son los criterios de imputación de resultados que propuso este autor a inicios de los años setenta¹³.

¹⁰ A mi juicio, ROXIN parte de considerar tácita e hipotéticamente, en este ejemplo en concreto, que el peligro de que algunos ciclistas reaccionen de ese modo al ser adelantados por otros vehículos forma parte del conjunto de riesgos que el legislador admite como riesgo permitido en el tránsito, pues, de lo contrario, estaría prohibida toda conducción de vehículos. Sólo así es posible utilizar correctamente su fórmula comparativa y evitar contradicciones con otras de sus afirmaciones; en concreto, cuando se muestra contrario a declarar impune al conductor imprudente que atropella a quien ya estaba dispuesto a suicidarse, lanzándose contra el vehículo. En estos dos casos, el resultado se iba a producir necesariamente aun cuando el sujeto actuara conforme a deber, pero, en el primero, defiende la absolución, y, en el segundo, la condena. Sólo es posible llegar a esta conclusión diferenciadora en estos dos supuestos estableciendo diferencias entre ambos: en el primer caso, la reacción de los ciclistas forma parte del riesgo permitido; en el segundo, la acción del suicida, no. Ya que las reacciones de los ciclistas serían (hipotéticamente) parte del riesgo permitido, la muerte de uno de ellos no superaría dicho peligro.

Para la solución del «caso del pelo de cabra», ROXIN parte, también, de la hipotética situación de que existen bacterias no desinfectables y afirma que si se quisiera evitar todo peligro, debería prohibirse el comercio de pelos de animal; sin embargo, el legislador admite dichos peligros como riesgos que deben tolerarse.

¹¹ ROXIN, *ZStW*, 1962, pp. 432.

¹² En su trabajo “Kausalität und objektive Zurechnung”, pp. 188, HONIG afirma que «la conducta humana causante del resultado sólo es relevante jurídicamente si se la puede concebir como dispuesta finalmente con respecto a la producción o evitación del resultado. En consecuencia, sólo con la finalidad objetiva («*objektiven Zweckhaftigkeit*») que se debe añadir a la causalidad hay base suficiente para considerar significativa jurídicamente a la conducta humana». Mediante el criterio de la finalidad objetiva, este autor excluye a los procesos causales irregulares y no dominables de la posibilidad de ser imputados, sin que sea relevante para tal exclusión que dichos procesos causales acontezcan conforme a lo querido por el sujeto.

¹³ *Vid.* ROXIN, “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, pp. 136-145.

Así, mediante el criterio de la disminución del riesgo, ROXIN soluciona los casos en los que un sujeto desvía un curso causal peligroso hacia otras partes no vitales del cuerpo de la víctima. Aquí, pese a existir relación de causalidad, no puede entenderse dicha atenuación del peligro como dispuesta finalmente hacia una lesión física. Por su parte, la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante es determinada, según el autor, conforme a la teoría de la adecuación y permite llegar a conclusiones satisfactorias en los supuestos de desviaciones de cursos causales y en casos como el del sobrino que envía al tío al bosque durante una tormenta. Coherentemente con su trabajo anterior, *Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes*, mediante el incremento (o no) del riesgo permitido resuelve los supuestos de comportamientos alternativos a Derecho. Y, finalmente, en virtud del criterio del ámbito de protección de la norma, ROXIN pretende solventar los casos no cubiertos por las anteriores pautas de imputación. Se trata de un grupo de supuestos en los que, no obstante haberse creado un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica, el legislador considera que no es necesario responsabilizar al sujeto por ello¹⁴.

El criterio del ámbito de protección de la norma escapa, como puede apreciarse, a la lógica de la «posibilidad objetiva de pretender», pues con la creación del riesgo se denotaría ya una finalidad objetiva con respecto al resultado¹⁵. Aquí las razones de exclusión de la imputación vendrían fundamentadas en consideraciones de carácter político-criminal¹⁶. Inicialmente, ROXIN limita este criterio para la solución de los casos de consecuencias secundarias de una infracción de una prohibición y de favorecimientos de autopuestas en peligro¹⁷, pero poco tiempo después, en el *FS-GALLAS*, amplía su radio de acción, considerando abarcados a los supuestos de favorecimientos de autopuestas en peligro –que incluyen situaciones de provocaciones imprudentes de suicidios, de cooperación en autopuestas en peligro dolosas y de resultados que caen en esferas de responsabilidad ajenas–, puestas en peligro de terceros aceptadas por éstos, daños sobrevenidos posteriormente y casos en que se producen segundos daños¹⁸.

En su *Strafrecht*, ROXIN presenta un conjunto de pautas de imputación de resultados cuyo primer cometido es, a su juicio, indicar las circunstancias que hacen de una causación una acción típicamente relevante, y señala, en la línea de la doctrina dominante, que la imputación objetiva requiere de «la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo»¹⁹. El riesgo jurídicamente

¹⁴ Puede advertirse que, en este ámbito, ROXIN es consecuente con su Programa formulado en *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, e intenta llenar al «ámbito de protección de la norma» de un contenido político-criminal.

¹⁵ ROXIN, “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, pp. 144: «con el concepto “ámbito de protección de la norma” se designa un criterio que va más allá que el criterio de HONIG de la posibilidad objetiva de pretender (...) no es, por tanto, la falta de la posibilidad objetiva de pretender lo que conduce a la delimitación del ámbito de protección de la norma».

¹⁶ ROXIN, “Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten”, pp. 247-248: «[L]o único que se debe mostrar es que la idea del fin de la norma ofrece posibilidades de delimitación de la responsabilidad en base a motivos político-criminales, que de otro modo no se pueden integrar dogmáticamente».

¹⁷ ROXIN, “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, pp. 140-145.

¹⁸ ROXIN, “Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten”, pp. 243-258. Los «casos en que se producen segundos daños» es la denominación que utiliza ROXIN en este período para designar a un grupo de supuestos que abarca, por un lado, lo que, en el *FS-HONIG*, denominó «consecuencias secundarias de una infracción de una prohibición» y, por otro, lo que, actualmente, se conocen como «daños consecuenciales».

¹⁹ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4.ª ed., 11/49. La idea de que el riesgo se realice en el resultado puede apreciarse ya en *ZStW*, 1962, pp. 176 [“También la teoría de Engisch de la realización del peligro se puede compaginar con la concepción aquí defendida. Es cierto que en todos nuestros ejemplos, y también en los

relevante es determinado, en su opinión, a través de una prognosis objetivo-posterior (juicio *ex ante*), en el que debe partirse de la perspectiva del observador inteligente situado en el momento anterior al hecho, teniendo en cuenta siempre los conocimientos especiales del autor, coincidiendo, de esa manera, según ROXIN, este principio de imputación –pero sólo en lo sustancial– con la teoría de la adecuación y el criterio de la «posibilidad objetiva de pretender» formulado, en su momento, por HONIG²⁰.

Por otra parte, añade el autor, para comprobar la realización del riesgo en el resultado se hace necesaria la realización de un juicio *ex post*, en el que se deberán tener presente todas las circunstancias que se conozcan con posterioridad. Aquí hallan solución, entre otros, los casos de comportamientos alternativos conforme a Derecho y los supuestos en los que el resultado no está abarcado por el fin de protección de la norma de cuidado. Y, finalmente, el criterio del alcance del tipo, cuya mayor relevancia, en opinión de este autor, se da en los delitos imprudentes, opera en los delitos dolosos, excluyendo la imputación del resultado, fundamentalmente, en los casos de cooperación en autopuesta en peligro dolosa, de puesta en peligro de un tercero consentida y de atribución del resultado a un ámbito de responsabilidad ajeno²¹.

Una modificación importante en esta etapa es la distinción expresa que realiza entre fin de protección de la norma y alcance del tipo, distinción que sólo se aprecia tácitamente en el *FS-GALLAS*. En este sentido, en el primer criterio, se trata 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», mientras que, mediante el segundo, se excluye la imputación de resultados que la norma típica no abarca²². En suma, los criterios que actualmente emplea ROXIN para la imputación de un resultado son a) la creación de un riesgo jurídicamente relevante, b) la realización de dicho riesgo y c) el alcance del tipo.

3.- Conducta típica e imputación de resultados.- El planteamiento de FRISCH tiene como punto de partida su denuncia contra la incorrecta forma de proceder de la doctrina al momento de determinar los criterios de concreción de la teoría de la imputación objetiva. Según el autor alemán, si bien es cierto que la manera de entender la imputación objetiva por parte de la doctrina mayoritaria como una teoría de atribución de resultados puede explicarse

casos de impunidad, se ha realizado un peligro; pero si se concibiera la idea de tal modo que se hubiera de tratarse de la realización de un peligro que supera el riesgo permitido, se podría aprobar tal idea”], y no, como señala CANCIO MELIÁ/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudio preliminar a Jakobs, La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 35, nota 51, en el *FS-Honig*.

²⁰ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4.ª ed., 11/56, poniendo de relieve la coincidencia, en lo sustancial, con la teoría de la adecuación y con el criterio de la posibilidad objetiva de pretender de HONIG; EL MISMO, “Finalität und objektive Zurechnung”, pp. 242. En contra del adjetivo «objetivo-posterior» del pronóstico, JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 7/32 y nota 52, para quien éste no es ni objetivo, pues se tienen en cuenta los conocimientos especiales de autor, ni posterior, ya que, en tanto juicio ideal, existe intemporalmente. Adoptan la fórmula de la adecuación para la determinación del riesgo jurídicamente relevante, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 108, 114 y 118; ANARTE BORRALLÓ, *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 207.

²¹ ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4.ª ed., 11/106 ss.

²² ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4.ª ed., 11/87. Si bien ROXIN ha señalado, en su *Strafrecht*, que dicha distinción la realizó ya en el *FS-Gallas* (pp. 379 nota 103), aquí dicha distinción todavía no es expresa. En su contribución al *FS-HONIG*, al parecer ROXIN examinaba, dentro de la realización del riesgo, el caso de la segunda bicicleta que marcha sin alumbrado. Lo que hace ROXIN, en el *FS-GALLAS*, simplemente es excluir el mencionado supuesto del grupo de casos analizados en el alcance del tipo, pero sin indicar nada sobre la distinción a la que ahora alude. El caso de la segunda bicicleta sin alumbrado es, actualmente, analizado expresamente en el nivel de la realización del riesgo, en el fin de protección de la norma.

satisfactoriamente desde una visión del injusto centrada en el desvalor del resultado, en la actualidad, la dominante concepción personal del injusto, con su acento en el desvalor de la acción, no casa bien con dicha forma de comprender la imputación objetiva²³. La concepción del injusto personal tendría como lógica consecuencia una mayor atención de los elementos que otorgan el sustrato material necesario al injusto del comportamiento.

FRISCH pone de relieve que, sin embargo, esta necesaria consecuencia sistemática se echa de menos en el panorama doctrinal. Así, a diferencia de los delitos imprudentes, en los que se encuentra alguna vaga y general correspondencia con la concepción personal del injusto a través de la infracción del deber de cuidado, dicha falta de paralelismo se muestra con mayor evidencia, según el autor, en los delitos dolosos, en los que el injusto de la acción viene justificado, fundamentalmente, por datos subjetivos y no, como sería correcto, por exigencias objetivas que denoten el carácter desaprobado de la conducta²⁴. Esta clara falta de preocupación por precisar los contornos de la conducta típica habría traído consigo una inflación de la teoría de la imputación objetiva que habría acabado convirtiéndola en una «supercategoría», en la que se incluirían ya verdaderos elementos definitorios del desvalor de la acción²⁵.

Sobre esta base, entiende que lo correcto es distinguir entre conducta típica e imputación del resultado, y, partiendo de esta diferenciación, dotar, en primer lugar, de contenido material al injusto del comportamiento a través de la creación de un riesgo desaprobado (*ex ante*) como figura central del mismo –y no sólo para las conductas de autoría, sino también para las constitutivas de participación²⁶–, para luego, en un segundo momento, ocuparse de la imputación del resultado. Con respecto al primer ámbito, FRISCH pone de relieve que, en la desaprobación de conductas, se trata de decidir un conflicto existente entre el afán de mayor libertad posible, por un lado, y el interés en la protección efectiva de bienes jurídico, por otro, y, por tanto, de la necesidad de apelar a criterios constitucionales de legitimación. En la resolución de ese conflicto, según FRISCH, se debe proceder a realizar un juicio en dos fases: en primer lugar, se trata de determinar si la restricción de libertad que trae aparejada la desaprobación de una concreta conducta constituye un medio idóneo, necesario y adecuado para la protección de determinados bienes; y, en segundo lugar, si la pena constituye también, para estos casos, un medio de reacción idóneo, necesario y adecuado, otorgándole esta segunda fase de valoración un definitivo carácter jurídico-penal a la desaprobación realizada en el primer estadio valorativo²⁷.

Así, en el primer nivel de análisis, la limitación de la libertad de actuación es *idónea* si la omisión de las conductas peligrosas, vía la interposición de prohibiciones, es una estrategia útil para la evitación de lesiones a bienes jurídicos²⁸. Por su parte, dicha limitación es *necesaria* cuando los riesgos prohibidos son aquellos a los que uno no suele razonablemente

²³ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 23-26; EL MISMO, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 92-93.

²⁴ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 26-28.

²⁵ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 31-33; EL MISMO, “Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs”, pp. 231-232.

²⁶ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 41 nota 157, y 59-62; EL MISMO, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 95.

²⁷ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 70 ss.; EL MISMO, “Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs”, pp. 222-223.

²⁸ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 126.

exponerse, lo que se negará en aquellos supuestos en los que el sujeto no genera un incremento ostensible del riesgo o sólo crea un riesgo insignificante de lesión²⁹. Y es *adecuada* cuando la restricción de libertad está referida a determinados peligros que la persona sobre quien se ciernen no está obligada a asumir, no corriendo a cargo de ésta la puesta en acción de medidas de prevención, como sucede en los casos de amenaza a bienes fundamentales³⁰.

En el segundo nivel valorativo, no plantean mayores problemas de explicación los criterios de *idoneidad* y *adecuación*, pues a éstos, según el autor alemán, es preciso darle una respuesta afirmativa, a fin de no poner en tela de juicio la función del Derecho penal. Sólo la necesidad de la desvaloración penal podría cuestionarse en caso de contarse con medios idóneos menos lesivos de reacción frente a las conductas previamente valoradas como riesgosas. En resumen: mientras que, en el primer nivel, se procede a concretar la *desaprobación pre-penal* del comportamiento, es en el segundo momento, en el que se materializa la *desaprobación jurídico-penal* del mismo.

En su modelo de imputación, FRISCH no duda en otorgar relevancia a los conocimientos especiales del autor de cara a la determinación del comportamiento típico. En efecto, este autor considera que, en algunas ocasiones, es preciso anticipar la valoración de dichos conocimientos especiales, a fin de determinar correctamente el riesgo desaprobado de una conducta³¹. Dicha valoración anticipada confirmaría o ratificaría la existencia de elementos objetivos fundadores del riesgo desaprobado³² (los conocimientos especiales del sujeto que golpea a un hemofílico no «fabrican» el peligro de muerte, sino tan sólo demuestran que este riesgo existe real e independientemente de dichos conocimientos del autor), que sólo el portador de tales conocimientos puede apreciar y que le es personalmente exigible evitar³³. Y le es personalmente exigible evitar porque, en coherencia con las líneas de un injusto personal, la desaprobación de un comportamiento descansa en la creación *personal* de un riesgo no permitido³⁴. Esto no sería más que una consecuencia de la idea de que, para la configuración del injusto, las normas están individualmente recortadas, esto es, dirigidas a un concreto destinatario. Así las cosas, el conocimiento especial, que, como se indica, ratifica la presencia objetiva y real de un riesgo, no constituye el único punto de referencia de la valoración, sino que se trata sólo un criterio de selección de determinados sectores de la realidad que dan pie a la existencia del peligro relevante³⁵. El hecho de conocer un dato

²⁹ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 127-129.

³⁰ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 129-130, resaltando que no se trata, en este ámbito, del problema jurídico-penal de la competencia de la víctima, sino de una cuestión previa a esta problemática.

³¹ FRISCH, “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, pp. 57.

³² FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 82; EL MISMO, “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, pp. 57; EL MISMO, *Delito y sistema de delito*, pp. 248; EL MISMO, “Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs”, pp. 230. En esta línea, ROBLES PLANAS, “Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal”, pp. 96-97.

³³ FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 84 y 100-102, indicando que lo decisivo es que «el agente sea competente en orden a mantener su acción desprovista de riesgos»; EL MISMO, “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, pp. 56.

³⁴ FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 84.

³⁵ FRISCH, *Delito y sistema de delito*, pp. 248.

concreto no es por sí mismo suficiente para un juicio de desvalor. La relevancia de los conocimientos especiales consiste, pues, en la construcción de la norma del caso³⁶.

El segundo momento, el de la imputación de resultados –verdadero ámbito de la imputación objetiva para este autor–, supone la realización de dos exámenes: por un lado, la constatación de si entre la ejecución de la conducta y la producción del resultado existe un nexo de causalidad que las vincule, y, por otro, la verificación de si el resultado acaecido constituye la realización de uno de los cursos causales que fundamentan la peligrosidad de la acción y su desaprobación. Se trata, por tanto, de la comprobación de una relación causal y de una relación de realización desde una perspectiva *ex post*³⁷.

Con respecto a la necesidad de verificación de una relación causal, FRISCH ha señalado que «si la acción ni siquiera puede considerarse en su dimensión fáctica como condición (conforme a ley causal) para la producción del resultado, a cuya aclaración en realidad nada aporta, y no ha contribuido a ésta en el sentido de un entendimiento de la causalidad ciertamente esquemático, simplificado, pero difícil de rechazar desde el punto de vista psicológico-social, no es sólo que el resultado no sirve para demostrar de modo evidente su carácter disvalioso. Como en tales casos no solemos ver relación alguna entre acción y resultado, ya no se nos pasa por la cabeza (sólo cuando están claras las correspondientes circunstancias fácticas) cargar el resultado al autor, por lo que la producción del resultado en tales casos no es idónea para generar aquellas perturbaciones cualificadas de la paz jurídica (...)»³⁸. Para ello aconseja rescatar las ventajas de la teoría de la condición conforme a ley y de la fórmula de la «*conditio sine quanon*» y combinarlas³⁹.

Por su parte, la relación de realización, al tratarse de la comprobación de si el resultado acaecido constituye o no la realización de uno de los cursos causales que fundamentan la desaprobación del comportamiento, constituye una cuestión dilucidable ya en el ámbito de la conducta típica, en la que se hace necesario delimitar los dimensiones de riesgo de dicho

³⁶ FRISCH, *Delito y sistema de delito*, pp. 258. De manera similar, ANARTE BORRALLO, *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 208, quien considera que los conocimientos especiales cumplen la función instrumental de delinear los márgenes del riesgo permitido.

³⁷ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 51-57 y 518-529. El recurso a la perspectiva *ex post* se deriva de la postura de FRISCH de legitimar la imputación de resultados no sobre la base de la norma de conducta –lo que sí ocurre con la conducta típica–, sino en la norma de sanción: «que la esencia y el fin de la norma de conducta debe ser la línea directriz primordial para la delimitación de la doctrina de la imputación objetiva (en sentido estricto) no es, en principio, evidente sin más, puesto que el requisito de un resultado imputable al comportamiento se halla ostensiblemente fuera de las normas de conducta: éste constituye un requisito autónomo de la norma sancionatoria que se añade a la infracción de la norma de conducta» (pp. 510).

³⁸ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 520. La alusión a las «perturbaciones cualificadas de la paz jurídica» en este contexto obedece a que FRISCH, en pp. 516, considera que para fijar correctamente los requisitos de la imputación de resultados es preciso resolver previamente el problema de la pertenencia del resultado en el injusto y de esa manera elaborar una «doctrina funcional de la imputación objetiva del resultado». Esta pertenencia al injusto encuentra su justificación, en su opinión, en primer lugar, en las mayores necesidades preventivas que genera la realización de comportamientos con consecuencias lesivas, pues una conducta de esta naturaleza hace más evidente la infracción de la norma, lo cual trae consigo a su vez una perturbación más intensa de la paz jurídica. Pero, por otro lado, la mayor pena aplicable en estos casos hallaría su fundamento, según FRISCH, en la pretensión de reforzar la lealtad a la norma, en desplegar efectos de pedagogía social (pp. 518). Estos argumentos, en clave teleológica, darían contenido a los criterios de imputación de resultados.

³⁹ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 521-522.

comportamiento⁴⁰. Así, en el ya clásico ejemplo del sujeto que dispara contra otro con ánimo de darle muerte, obligando, a consecuencia de la herida ocasionada, a que la víctima sea trasladada a un hospital, muriendo ésta en el trayecto a causa de un accidente de tránsito, el resultado muerte no puede ser imputado al autor de la primera lesión, por la razón de que este resultado no se corresponde con la dimensión del riesgo de la conducta de disparar un arma de fuego: la dimensión del riesgo de un disparo se relaciona con la muerte producto del impacto de bala y no con resultados fatales consecuencia de accidentes de tránsito. Por ello, al estar condicionada a la comprobación de la causalidad y a las dimensiones de riesgo, en la imputación del resultado «se precisará tan sólo observar si se ha realizado uno de estos cursos causales abarcados por el ámbito de protección de la norma o un curso ajeno a dicho ámbito»⁴¹, convirtiéndose la imputación del resultado, a juicio de FRISCH, en una cuestión en la que no se advierte problema normativo alguno, en un problema de prueba fáctica⁴², resultando innecesaria la búsqueda de fórmulas especiales para una doctrina autónoma de la realización del riesgo⁴³. La consecuencia de esta manera de comprender la imputación del resultado lleva al autor alemán a considerar que el criterio del ámbito de protección de la norma, como regla de determinación de las dimensiones del riesgo, constituye de un verdadero problema de la conducta típica⁴⁴.

En resumen, la pretensión de FRISCH es formular una teoría de la conducta típica coherente con la concepción personal del injusto que permita la incorporación de elementos personales y que proporcione las condiciones para un entendimiento con la doctrina finalista y sus críticas; algo que, a su juicio, no puede brindar la teoría de la imputación objetiva⁴⁵.

4.- Imputación objetiva y ámbitos de responsabilidad.- JAKOBS toma como base de su modelo de imputación la idea de que el Derecho no puede imponer a todos los ciudadanos la obligación de evitar todos los cursos causales lesivos; de hacerlo, ello traería como consecuencia la imposibilidad de la interacción social y la paralización de la vida social. Por esta razón, a su juicio, el Derecho sólo puede vincular la evitación de cursos causales dañinos a determinados sujetos que ocupan especiales posiciones en el entramado social, de tal forma que, por ejemplo, el panadero no está obligado a verificar qué hará el comprador con la barra de pan que le vende: si éste se lo come o tiene intención de envenenarlo para dárselo a otra persona, no es asunto del panadero. De la misma manera, el taxista que realiza un servicio de transporte no debe preocuparse por averiguar, antes de prestar dicho servicio,

⁴⁰ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 524-526; EL MISMO, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 109-110. Las dimensiones del riesgo responden a la pregunta acerca de en relación a qué riesgos está desvalorada una determinada conducta.

⁴¹ FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 110.

⁴² FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 110. En contra, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4.^a ed., 11/51; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2.^a ed., pp. 332 nota 352.

⁴³ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 527-529; EL MISMO, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 109, 110 y 112, rechazando la formulación de reglas especiales para la realización del riesgo, incluso como medios de ayuda para la delimitación de las dimensiones del riesgo del comportamiento típico.

⁴⁴ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 65-66, con acertadas críticas al criterio del ámbito de protección de la norma en pp. 80-85. Con opinión favorable, ANARTE BORRALLO, *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 247-248.

⁴⁵ FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 105-106, resaltando, además, en pp. 104-105, las repercusiones sistemáticas de una categoría autónoma de la conducta típica para el dolo, la tentativa, la infracción del deber de cuidado en los delitos imprudentes y la teoría social de la acción.

lo que hará el usuario al llegar a su destino. Si el panadero o al taxista tuviesen la obligación de indagar el comportamiento posterior de sus clientes, sería imposible ese contacto social. A ellos sólo les incumbe la venta del producto y la prestación del servicio, respectivamente.

De acuerdo con lo dicho, para JAKOBS, el criterio decisivo para la atribución de responsabilidad es el rol, entendido éste como «un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por sujetos intercambiables»⁴⁶. Sólo la defraudación de las expectativas referidas al rol que desempeña un sujeto concreto es imputable a éste, ya que, en una sociedad compleja, caracterizada por contactos total o parcialmente anónimos, sólo el recurso al rol puede hacer posible la orientación⁴⁷. Por dicha razón, el panadero responderá únicamente por los daños a la salud que ocasione con la venta de productos en mal estado y el taxista por las lesiones que ocasione al usuario con una conducción imprudente. La teoría de la imputación objetiva es, en ese sentido, un esquema de interpretación que tiene como finalidad el reparto de responsabilidades, la delimitación de ámbitos de responsabilidad⁴⁸.

De manera similar al planteamiento de FRISCH, JAKOBS distingue dos niveles de imputación: imputación objetiva del comportamiento e imputación objetiva del resultado. El primero está configurado, a su entender, por el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima.

En cuanto al riesgo permitido, JAKOBS no pone en duda que muchos de los riesgos tolerados sean producto de una ponderación de intereses⁴⁹. Sin embargo, considera que la mayor parte de ellos no pueden derivarse de un cálculo coste-beneficio, ni siquiera cuando se pudiese saber con certeza el resultado de dicho cálculo. Así, por ejemplo, en su opinión, aun cuando se pueda saber con una seguridad rayana a la certeza el número de accidentes de tránsito en un fin de semana, no por ello el conducir un coche resulta ser una actividad no permitida. Junto a los riesgos permitidos producto de una ponderación de intereses, se encuentran, a su juicio, los riesgos permitidos por legitimación histórica⁵⁰. La existencia de éstos se explica por el hecho de que la interacción social sólo es posible mediante una constante puesta en peligro de bienes. Sobre ello, JAKOBS ha afirmado lo siguiente: «[L]a forma de riesgo permitido mencionado en último lugar [se refiere al riesgo permitido por legitimación histórica] sólo es posible porque el Derecho penal no tiene que proteger un arsenal de bienes en reposo, ni tampoco maximizar los bienes, sino que tiene que estabilizar expectativas de determinados modos de comportamiento. Cuando una conducta ciertamente daña bienes,

⁴⁶ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 97.

⁴⁷ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 97.

⁴⁸ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 94. La primera formulación de la idea de imputación objetiva como delimitadora de ámbitos de responsabilidad se encuentra en JAKOBS, *ZStW*, 1977, pp. 15 y 35. En contra, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 152 nota 6: «los correspondientes ámbitos de responsabilidad son sólo el resultado de consideraciones más profundas acerca de la necesidad y adecuación de restringir la libertad de obrar en interés de la conservación de bienes»; ROBLES PLANAS, «Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal», pp. 101.

⁴⁹ También conciben el riesgo permitido como resultado de una ponderación de intereses, aunque incluyendo en dicha ponderación elementos adicionales distintos de la utilidad social y de la peligrosidad de la actividad, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 321-322; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 133-134, ANARTE BORRALLA, *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 224 y 235-236.

⁵⁰ JAKOBS, *El delito imprudente*, pp. 172-173 y 174; EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/35-7/36 y 7/36 nota 63; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 104 y 119-122; EL MISMO, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y el «principio de confianza»», pp. 212.

pero sin embargo no defrauda expectativas, porque su aceptación se ha convertido en costumbre, esto sólo constituirá una contradicción si la seguridad de los bienes se considera “policialmente”»⁵¹.

Los riesgos por legitimación histórica son, en ese sentido, la cristalización de la adecuación social⁵². Se tratan, por tanto, de riesgos tolerados que se han originado por decantación histórica, lo que no debe conducir a pensar que el carácter habitual de su realización sea el origen de dicha permisión⁵³. Por ello, a su parecer, es incorrecto identificar el desarrollo tecnológico con el riesgo permitido, pues su presencia en todos los sectores de la vida ha sido una constante en el desarrollo histórico⁵⁴. Y ya que estos riesgos obtienen su legitimación por aceptación histórica, el papel del Derecho, en este ámbito, es meramente auxiliar, encargándose de perfilar y definir el riesgo socialmente adecuado, pero no de crearlo, pues su origen precede al Derecho⁵⁵.

El riesgo permitido no es, para JAKOBS, una causa de justificación. Su ubicación sistemática se halla en el tipo objetivo, en donde desempeña una función fundamentadora del desvalor de acción tanto para el injusto de los delitos de simple actividad como para el injusto de los delitos de resultado⁵⁶. Su determinación se realiza, por consiguiente, desde una perspectiva *ex ante*⁵⁷. En su opinión, a diferencia de FRISCH, quien considera a la normativa sectorial sólo como un indicio de la creación de un riesgo desaprobado⁵⁸, las reglamentaciones jurídicas

⁵¹ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/37; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 103: «[Y] es que la sociedad no es un mecanismo cuyo fin sea ofrecer la máxima protección a los bienes jurídicos, sino que está destinada a posibilitar interacciones», y 119: «la sociedad –cuyo estado normal es el aquí interesa– no es un mecanismo para obtener la protección de bienes, sino un contexto de interacción».

⁵² JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 119. Este es uno de los puntos en los que JAKOBS enlaza su obra con la de su maestro WELZEL.

⁵³ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 104.

⁵⁴ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 104-105.

⁵⁵ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 121-122.

⁵⁶ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/39 y 7/40 nota 68a. En este punto, JAKOBS admite que la presencia de ponderaciones también en el campo de las causas de justificación puede traer dificultades al momento de distinguir entre el estado de necesidad y el riesgo permitido por ponderación de intereses, pues, en el ámbito de la justificación, también se trata de permitir la realización de determinados comportamientos. La diferente, a su juicio, radica en que mientras que, en el estado de necesidad, lo determinante es la realización de una conducta a favor de un interés, en el riesgo permitido por ponderación de intereses, lo es la libertad de acción; *vid.* JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/41; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 124.

⁵⁷ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/47.

⁵⁸ FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 91. Las diferencias con FRISCH se aprecian, también, en el tema de las compensaciones del riesgo. JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 128-130, rechaza la posibilidad de que, una vez infringida la norma que prohíbe puestas en peligro, el hecho de que se dispongan medidas idóneas para compensar dicho peligro pueda mantener la conducta en el marco del riesgo permitido; sin embargo, lo acepta en aquellos sectores en los que no existe regulación jurídica, con el argumento de que cuando se renuncia a ésta se hace, precisamente, para posibilitar variaciones en la conducta: se puede construir una pared con un grosor menor que el habitual, con la condición de que se utilice un material más resistente que el utilizado comúnmente. FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 93, por su parte, acepta la compensación, en supuestos de infracción normativa, siempre que se adopten precauciones especiales. También admiten el carácter indiciario de las normas sectoriales, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 136; ANARTE BORRALLÓ, *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 243; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, pp. 297 ss., con respecto a las «normas extrapenales de seguridad».

sectoriales constituyen un criterio definitivo de exclusión del riesgo permitido⁵⁹, mientras que, en los sectores en los que se carece de la mencionada reglamentación, pero lo prohibido viene precisado por regulaciones extra-jurídicas (reglas de arte, normas técnicas, prescripciones, directrices, recomendaciones, etc.), éstas sí constituyen un mero indicio de un riesgo no tolerado⁶⁰. En ausencia de estas normas, a su entender, debe recurrirse al criterio del «administrador diligente» o del «cuidadoso padre de familia»⁶¹.

Por su parte, el principio de confianza opera, según JAKOBS, en aquellos ámbitos en los que interviene una pluralidad de sujetos y en los que la ejecución de una actividad arriesgada hace necesario precisar cuándo es posible confiar en que los demás intervinientes adaptarán su comportamiento a lo considerado adecuado en dicho sector, de tal manera que dicha confianza haga decaer la responsabilidad de quien confía en el supuesto de la producción de un daño; o, en todo caso, cuándo esta confianza es insuficiente y fundamenta la imputación de responsabilidad por el resultado lesivo derivado de dicha actividad riesgosa. Una confianza que, por cierto, no se entiende en términos psicológicos, sino como un «*estar permitido* confiar»⁶². En palabras del propio JAKOBS: «se trata de casos en los que alguien, a diferencia de en la prohibición de regreso, es garante de la evitación de un curso de daño, pero dicho curso no se tornará nocivo si todos los intervinientes se comportan o se han comportado correctamente»⁶³. En este sentido, el principio de confianza hace posible la división del trabajo sobre la base de la confianza en que los demás intervinientes se comportarán correctamente. Y ello es así, porque, según JAKOBS, si, en un contexto de división de trabajo, todos los participantes debieran velar por el comportamiento correcto, sería imposible el desarrollo de la actividad. Es más, ello sería contraproducente, toda vez que la atención prestada en el proceder de los otros participantes podría generar un comportamiento propio deficiente. De esa manera, lo que queda es confiar en que los demás asumirán la parte que les corresponde de modo regular⁶⁴.

El tratamiento dogmático que se le ha brindado al principio de confianza no ha sido uniforme en el modelo de imputación objetiva de JAKOBS. Si bien, inicialmente, este autor ha referido

⁵⁹ JAKOBS, *El delito imprudente*, pp. 173; EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/43; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 124-125, afirmando que «lo más adecuado es comenzar con una determinación negativa, puesto que ésta es la que resulta más exacta: deja de estar permitido aquel comportamiento que el propio Derecho define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o de multa administrativa»; EL MISMO, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y el «principio de confianza»», pp. 213. Aunque no de manera expresa, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia*, pp. 287 ss., en relación a los riesgos en ámbitos con reglas jurídicas de cuidado. La posición de este último autor se puede deducir de la referencia a JAKOBS en pp. 287 nota 855.

⁶⁰ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/44. En este punto, coincidiendo con FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 108.

⁶¹ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 126-127; EL MISMO, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y el «principio de confianza»», pp. 213. De manera similar, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 138, recurriendo al baremo del «observador prudente».

⁶² JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/51 (cursivas en el original).

⁶³ JAKOBS, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y el «principio de confianza»», pp. 218.

⁶⁴ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/53; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 105.

que el principio de confianza no es más que una expresión del riesgo permitido⁶⁵, posteriormente, se ha decantado por la idea de que es un supuesto particular tanto del riesgo permitido como de la prohibición de regreso⁶⁶. El fundamento, por su parte, lo encuentra en el principio de autorresponsabilidad, pues, a su entender, en el principio de confianza, subyace la idea de que es posible confiar en el comportamiento adecuado de los demás en tanto que éstos son considerados sujetos responsables⁶⁷.

El principio de confianza puede presentarse, según JAKOBS, bajo dos modalidades: por un lado, en aquellos casos en los un sujeto realiza una conducta inocua siempre que quien actúa a continuación cumpla con sus deberes («alguien entrega a otra persona un reloj ajeno de gran valor, y esto no causará un daño sólo si quien recibe el reloj lo coge con cuidado»), y, por otro, en aquellos supuestos en los que se confía que una situación base desde la que se actúa ha sido generada correctamente y el potencial autor no producirá ningún daño si cumple con sus deberes («el cirujano confía en que el material que utiliza en la operación haya sido convenientemente esterilizado»)⁶⁸. En ese sentido, ha manifestado que no es preciso que el comportamiento irregular sea posterior a la intervención de quien confía⁶⁹.

Ahora bien, ante la pregunta acerca de cómo se determinan los deberes en esta clase de contexto, afirma que ello no puede hacerse de manera general, sino que la manera en que está distribuida la responsabilidad entre los distintos intervinientes depende de las reglas que regulan el sector a la que pertenece la actividad⁷⁰. No obstante, formula, en términos generales, los límites del principio de confianza. Así, en primer lugar, su aplicación quedaría excluida cuando la otra persona no tiene capacidad para ser responsable o está dispensada de su responsabilidad. La operatividad del principio de confianza está excluida, en segundo lugar, cuando uno de los intervinientes está obligado a compensar la conducta incorrecta de los otros, lo cual también puede suceder recíprocamente. Y, en tercer lugar, no es posible

⁶⁵ JAKOBS, *El delito imprudente*, pp. 176: «[E]l permiso de riesgo más importante probablemente en la práctica se otorga con base en las modalidades de varias personas vinculadas causal o finalmente (principio de confianza)». Consideran al principio de confianza como expresión del riesgo permitido, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente*, pp. 171 y 327; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 145; ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4.ª ed., 24/22; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2.ª ed., pp. 322 nota 303, 342 nota 311, y 326. En contra, FEIJÓO SÁNCHEZ, *RDPC*, 2000, pp. 108-109, señalando, en pp. 105, que la derivación del principio de confianza desde el riesgo permitido por parte de algunos autores se debe a que ambos criterios operan en contextos intensamente regulados. Afirma que se trata de un instrumento delimitador del riesgo permitido, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 137. Señala que el principio de confianza no es más que una «paráfrasis psicologizante» de lo que es realmente trascendente: la ponderación de intereses, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 191.

⁶⁶ JAKOBS, *ZStW*, 1977, pp. 13; EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., pp. 7/51. En esta línea, REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 145-146.

⁶⁷ JAKOBS, *ZStW*, 1977, pp. 29; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 105. Comparten esta idea, REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, pp. 145, FEIJÓO SÁNCHEZ, *RDPC*, 2000, pp. 105-107 y 106 nota 30, poniendo de relieve las variaciones que ha experimentado el pensamiento del autor en cuanto al fundamento del principio de confianza.

⁶⁸ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 105. Los ejemplos son de JAKOBS.

⁶⁹ JAKOBS, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y el «principio de confianza»”, pp. 219.

⁷⁰ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 7/55d; EL MISMO, “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y el «principio de confianza»”, pp. 219. De igual manera, FEIJÓO SÁNCHEZ, *RDPC*, 2000, pp. 116.

confiar lícitamente en caso de comportamientos de terceros que defrauda expectativas⁷¹. A esto es importante añadir la exigencia de que el comportamiento incorrecto se haya realizado efectivamente, no siendo suficiente que exista la posibilidad de una conducta inaceptable, pues, según JAKOBS, «en la medida en que aún existe de algún modo, para el que confía y para el autor, la posibilidad de evitar un curso causal dañoso, no hay motivo para gravar al que confía con la solución del problema»⁷².

La prohibición de regreso, en este modelo de imputación, no se corresponde con la concepción tradicional de la misma formulada por FRANK, según la cual no es posible afirmar la responsabilidad penal de quien imprudentemente favorece la comisión de un delito doloso. A través de la prohibición de regreso, JAKOBS pretende determinar, en supuestos de intervención de varios sujetos (comunidad), cuándo alguien se ha comportado de modo jurídico-penalmente relevante, distinguiendo los casos de mera causación irrelevante de lesión de aquellos en los que la conducta del autor posee significado delictivo⁷³. Al respecto, JAKOBS ha afirmado lo siguiente: «en una sociedad de división de trabajo con un intercambio altamente complejo de información y productos hay que distinguir estrictamente cuál es el sentido objetivo de un contacto social y qué es lo que las personas persiguen con ello. Sólo el sentido objetivo es el sentido socialmente válido del contacto»⁷⁴. La idea que se encuentra detrás de esta afirmación es que, en una sociedad de tales características, el Derecho penal no puede pretender prohibir toda actuación que posibilite causalmente el comportamiento delictivo de otros; de lo contrario, de pretender intervenir penalmente todo comportamiento favorecedor de un resultado delictivo, la interacción social se tornaría imposible⁷⁵.

Lo determinante es, entonces, precisar cuándo se está frente a una forma delictuosa de proceder, para lo cual JAKOBS parte de una particular forma de entender el principio de accesoriedad, que, en sus propias palabras, «no es ningún concepto revolucionario sino una – eso sí– nueva interpretación»⁷⁶. En su opinión, «*un comportamiento es accesorio cuando se adapta a la ejecución de un delito, de modo que constituye una razón para imputar el acto de ejecución que otro ha realizado; lo contrario de la imputación por accesoriedad es la prohibición de regreso*»⁷⁷. En estos casos de comunidad, dicha razón que permite imputar la

⁷¹ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/55c-a, indicando la posibilidad de una *garantía plural* en casos en los que la *garantía singular* no sea idónea para evitar resultados lesivos; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 106: «[E]l principio de confianza está destinado a hacer posible la división del trabajo; por consiguiente, concluye cuando el reparto de trabajo pierde su sentido, especialmente, cuando puede verse que la otra parte no hace, o no ha hecho, justicia a la confianza de que cumplimentará las exigencias de su rol»; EL MISMO, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», «la prohibición de regreso» y el «principio de confianza»», pp. 219-220.

⁷² JAKOBS, *El delito imprudente*, pp. 177-178, admitiendo la vigencia del principio de confianza aun frente a probabilidades estadísticas desfavorables; EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/55a.

⁷³ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 24/15: «se trata de en qué supuestos quien origina un curso causal dañoso ya no puede distanciarse de sus consecuencias».

⁷⁴ JAKOBS, *GA*, 1996, pp. 261.

⁷⁵ JAKOBS, *ZStW*, 1977, pp. 20.

⁷⁶ JAKOBS, *GA*, 1996, pp. 260; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 165 (cursivas en el original).

⁷⁷ JAKOBS, *GA*, 1996, pp. 265 (cursivas en el original). Partiendo de esta nueva interpretación de la accesoriedad, JAKOBS considera que el partícipe realiza su propio injusto, pues, en la participación, se da lo que se conoce como «división del trabajo», esto es, el reparto de actividades para el logro de **una obra única**. Como ejemplos, cita los logros de una empresa industrial, la música generada por una orquesta sinfónica o la ejecución de una obra teatral. En estos casos, nadie duda que el resultado final de esas actividades también es

ejecución que otro ha realizado se determina objetivamente⁷⁸, ya que la complejidad social aludida por el autor y la necesidad de orientación en el seno de ésta conlleva la renuncia a definir el comportamiento delictivo sobre la base de datos psicológicos, y exige que los contornos de éste sean precisados por datos objetivos que permitan obtener estándares de comportamiento necesarios para la orientación.

Inicialmente, JAKOBS propuso las siguientes pautas para decidir en sentido afirmativo el significado delictivo de una conducta que mediatamente causa un resultado lesivo —es decir, las conductas de participación—: a) «cuando el mismo sujeto que causa mediatamente tiene que definir su actuación como parte de un plan delictivo, esto es, *sólo puede motivarse por el plan delictivo*; b) «cuando quien causa de forma mediata *adapta su comportamiento al plan de otro*, siendo éste un plan que no puede estar motivado como plan no delictivo»; y c) «cuando quien causa de manera mediata conforme a los principios del delito impropio de omisión *es garante de que no se produzcan daños* derivados de comportamientos delictivos de comportamientos delictivos en el bien amenazado (protector) o de que no se produzcan partiendo de una fuente de peligro (control)»⁷⁹. La motivación en el plan delictivo, la adaptación al plan de otro y la posición de garante serían, en este esquema, los criterios definitorios de la participación criminal⁸⁰.

Posteriormente, y con la misma pretensión de estandarizar comportamientos, JAKOBS ha echado mano al criterio del rol para definir el comportamiento delictivo y señalado que sólo es posible admitir participación punible cuando el sujeto ha defraudado las expectativas propias del rol social que desempeña⁸¹. En este segundo momento, distingue cuatro grupos

producto del trabajo del gerente de la empresa, del director de la orquesta sinfónica o del director de la pieza teatral. A juicio de JAKOBS, el partícipe no interviene en el injusto de otro, sino que el hecho realizado es la obra conjunta de todos los intervinientes, por lo que él también realiza su propio injusto. Así, el aporte efectuado en la fase previa a la ejecución constituye un motivo para imputar la ejecución de otro, en la medida en que dicho aporte le otorga al hecho total un significado delictivo. JAKOBS rechaza, de esa manera, la identificación entre realización del propio injusto y ejecución de propia mano. Con todo, que el partícipe realice su propio injusto no implica que sea suficiente su aporte en fase previa aunque no concurra ejecución. La ejecución es necesaria, puesto que sólo una exteriorización puede tener relevancia penal; sobre esto, *vid.* el trabajo de JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, pp. 175-179.

⁷⁸ JAKOBS, *GA*, 1996, pp. 265: «[N]i en caso de aportes de autoría mediata ni de participación la accesoriedad tiene algo que ver con la actuación conjunta consciente y querida, con el favorecimiento doloso de hechos dolosos u otras internalizaciones»; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 169: «la accesoriedad es independiente del lado subjetivo del hecho».

⁷⁹ JAKOBS, *ZStW*, 1977, pp. 23 (las cursivas son mías).

⁸⁰ Es notoria, en esta primera fase de evolución, la introducción de elementos psicológicos al momento de precisar las reglas que definen la institución de la prohibición de regreso; concretamente, en las reglas a) y b). En relación a la primera, el componente subjetivo se hace patente a través del recurso a la «motivación en el plan delictivo»: la conducta del partícipe sólo se explica por el deseo de intervenir en un delito. Con respecto a la segunda, JAKOBS, *ZStW*, 1977, pp. 25, precisa: «[E]n los ejemplos mencionados [1-4] puede derivarse aún una responsabilidad específica de la comisión a partir del aspecto de la adaptación del propio comportamiento al plan delictivo de otro (fórmula b), esto es, *del hecho de tomar en cuenta planes ajenos* que sólo son susceptibles de ser motivados como planes delictivos» (las cursivas son mías). El «tomar en cuenta planes ajenos» indica la necesidad del conocimiento del plan del autor y, en consecuencia, evidencia la importancia que JAKOBS le otorga a los datos psíquicos.

⁸¹ En su primer trabajo sobre el tema, JAKOBS, *ZStW*, 1977, pp. 20, ya se había referido a la defraudación de expectativas, pero aún no recurre expresamente al concepto de rol: «[E]l Derecho penal no puede estabilizar como *expectativa* de comportamiento de otros que nadie le ofrezca a otro la posibilidad de desviar los efectos del comportamiento propio hacia un resultado delictivo (...) Sólo se puede tener la *expectativa* de que nadie complete (de manera evitable) las condiciones de un curso delictivo. Esto significa en principio (¡pero no

de casos. Así, en primer lugar, la responsabilidad es negada cuando «un autor anuda su actuar a cualquier comportamiento cotidiano de otra persona y desvía dicho comportamiento hacia lo delictivo»⁸². Este sería el caso del grupo terrorista que amenaza a un juez, que sigue un proceso penal contra uno de sus miembros, con matar al Ministro de Justicia si sigue con el trámite. Aquí no es posible imputar la muerte del Ministro al juez, en caso de que ello sucediera, pues éste no ha desbordado su rol de juez y, por tanto, el vínculo con el autor ha sido establecido arbitrariamente, de manera que no es posible afirmar la existencia de connotación delictiva en la conducta del sujeto⁸³.

En segundo lugar, también procede a negar la imputación cuando «entre el autor y la otra persona existe algo en común, pero lo que hay de común se limita a una prestación que puede obtenerse en cualquier lado, y que no entraña riesgo especial alguno, no obstante lo cual el autor hace uso precisamente de esta prestación para cometer un delito»⁸⁴. Éste es, según JAKOBS, el genuino ámbito de la prohibición de regreso, el de los «negocios usuales de la vida cotidiana»⁸⁵, en el que la ubicuidad de los bienes y servicios es el rasgo más distintivo, pero también el de los «negocios de favor sin obligatoriedad jurídica» y el de la transmisión de informaciones veraces⁸⁶.

Con todo, el profesor alemán considera que existen casos en los que, pese a presentarse las características señaladas, puede atribuirse responsabilidad penal al sujeto que obra mediatamente. Esto ocurrirá cuando éste ostente la calidad de garante con respecto a determinados bienes. De este modo, el panadero no debe vender panecillos a una persona de quien tiene conocimiento planea asesinar a sus menores hijos; si lo hace, el panadero responderá por la muerte de los niños⁸⁷. En estos supuestos, la responsabilidad que queda, en caso de mantenerse dentro de los límites del rol inocuo, es la omisión de socorro, por la infracción de un deber general de solidaridad⁸⁸. Esto es así, porque, para el profesor alemán, «no todo atañe a todos»⁸⁹.

En los dos restantes grupos de casos, JAKOBS sostiene que concurre responsabilidad. Esto sucedería, en primer lugar, cuando se realicen prestaciones por mismas peligrosas (entregar

solamente!) que en el delito de comisión aquel comportamiento que (de manera evitable) genera directamente el resultado produce una *defraudación*» (las cursivas son mías).

⁸² JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 156. También, EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 24/16.

⁸³ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/59 y 24/15; EL MISMO, *GA*, 1996, pp. 260; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 156.

⁸⁴ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 156. También, EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 24/17.

⁸⁵ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 157. También, EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 24/17.

⁸⁶ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 24/17.

⁸⁷ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/66 y 24/19; EL MISMO, *GA*, 1996, pp. 262-263; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 159, indicando que la posición de garante no elimina la figura de la prohibición de regreso, pues, quien ha obrado en el marco de su rol de ciudadano, no ha defraudado las expectativas de éste. Lo que sucede es que existe otro motivo para imputarle responsabilidad por el resultado: el rol especial.

⁸⁸ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/67; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 137.

⁸⁹ JAKOBS, *ZStW*, 1977, pp. 30. Acepta esta idea, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 152.

armas a personas que carecen de licencia para portarlas, proporcionar drogas no autorizadas, etc.), prestaciones que, por lo general, están prohibidas como puestas en peligro abstractas. Quien ha realizado una prestación de este tipo no puede distanciarse del hecho, puesto que con ella el sujeto ha configurado una comunidad delictiva con quien lo ejecuta de propia mano⁹⁰. Y, en segundo lugar, la responsabilidad penal está garantizada en los supuestos de instigación y complicidad. En estos casos, el fundamento de la imputación viene dado por el hecho de que el sujeto adapta su prestación al comportamiento del autor⁹¹. Esto, según JAKOBS, es fácil de advertir en prestaciones materializadas en el momento de la ejecución, pero puede presentar dificultades de delimitación cuando la actuación del partícipe se realiza en momentos anteriores al estadio de la ejecución. La forma de proceder para la solución de estas hipótesis va por tener en cuenta el contexto en que se desarrolla la prestación⁹².

En su opinión, un comportamiento realizado en fases anteriores a la ejecución sólo trae consigo responsabilidad cuando, teniendo en cuenta el contexto en que se desarrolla la conducta, dicho comportamiento se adapta a la actuación del autor de tal modo que posee el sentido de una continuación delictiva (el panadero elabora una panecillos especiales que favorezca el envenenamiento, el farmacéutico propone la compra de una sustancia ponzoñosa que pasa desapercibida cuando se mezcla con bebidas, el taxista toma un desvío para evitar un retén policial o espera a los ladrones en un lugar que haga más fácil la huída, etc.)⁹³.

Las propuestas en torno a la figura de la prohibición de regreso lo conducen a admitir la posibilidad de participación imprudente en hechos dolosos así como participación dolosa en delitos imprudentes, pues lo relevante, en una comunidad delictiva, es el sentido delictivo del comportamiento y éste, como ya se expuso, no está condicionado a datos psíquicos⁹⁴. La pretensión de JAKOBS es, como él mismo lo ha afirmado, conectar, mediante la prohibición de regreso, la teoría de la imputación objetiva con la teoría de la autoría y la participación⁹⁵.

En relación al cuarto criterio de imputación propuesta por JAKOBS, la competencia de la víctima, este autor ha afirmado lo siguiente: «puede que la configuración de un contacto social competa no sólo al autor, sino también a la víctima, incluso en un doble sentido: puede que el propio comportamiento de la víctima fundamente que se le impute la consecuencia lesiva, y puede que la víctima se encuentre en la desgraciada situación de hallarse en esa posición por obra del destino, por infortunio»⁹⁶.

También este ámbito se pueden apreciar algunos cambios. Así, en su *Strafrecht*, JAKOBS distingue entre acuerdo, consentimiento excluyente del tipo y obrar a propio riesgo

⁹⁰ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 24/18; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 160-161.

⁹¹ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 162.

⁹² JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 24/18; EL MISMO, *GA*, 1996, pp. 264; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 163-164.

⁹³ JAKOBS, *GA*, 1996, pp. 263; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 169; EL MISMO, “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, pp. 173. En España, adopta los criterios del «riesgo de continuación delictiva» y de la «adaptación al hecho», ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, pp. 291, 305 y 306.

⁹⁴ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/59 y 24/21; EL MISMO, *GA*, 1996, pp. 266-267; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 161, 164-169.

⁹⁵ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/59.

⁹⁶ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 109.

excluyente del tipo⁹⁷. En el primero se trata de adaptación del consentimiento y de sus reglas generales a las particularidades de descripción de algunos delitos⁹⁸, diferenciando entre acuerdo final y acuerdo no final: en aquel el sujeto persigue las consecuencias del acuerdo, mientras que, en el acuerdo no final, se acepta un comportamiento de cuya realización pueden derivarse previsiblemente consecuencias lesivas⁹⁹. En el consentimiento excluyente del tipo, distingue también, empleando los mismos criterios de distinción del acuerdo, entre consentimiento final y no final¹⁰⁰, limitando sus efectos al campo de los bienes disponibles¹⁰¹. Por su parte, mediante el obrar a propio riesgo es posible excluir la imputación en supuestos en los que el agente se introduce en un contexto peligroso, pues su actuación le hace responsable de las consecuencias dañosas previstas e, incluso, de las no previstas¹⁰². El punto común de todas las figuras expuestas en el campo de la competencia de la víctima no se halla en datos psicológicos, pues, por ejemplo, mientras que, en el consentimiento final, se da un elemento subjetivo paralelo al dolo, en el obrar a propio riesgo, basta la cognoscibilidad del peligro. El punto de confluencia es, por el contrario, la incumbencia de la víctima¹⁰³.

Posteriormente, al parecer, JAKOBS pretende unificar el tratamiento dogmático del consentimiento excluyente del tipo y el obrar a propio riesgo a través de lo que él denomina «competencia de la víctima»¹⁰⁴. Respecto al actuar a propio riesgo, nos dice este autor que el fundamento de la exclusión de la imputación viene dado por la infracción de los deberes de autoprotección de la «víctima»¹⁰⁵. En palabras de JAKOBS: «[E]n cuanto a la infracción de deberes de autoprotección, constituye el reverso de lo que en el lado del autor es un quebrantamiento no intencionado del rol, en especial de un quebrantamiento imprudente. Al igual que el autor no puede comportarse de modo arriesgado distanciándose, simultáneamente, de manera válida de las consecuencias de su comportamiento, tampoco la víctima puede asumir un contacto social arriesgado sin aceptar como fruto de su comportamiento las consecuencias que conforme a un pronóstico objetivo son previsibles»¹⁰⁶. Coherentemente con su modelo de imputación, persiste en la idea de que la

⁹⁷ Sobre el consentimiento justificante y el obrar a propio riesgo justificante, *vid.* JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 14/1 ss.

⁹⁸ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 7/104.

⁹⁹ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 7/109.

¹⁰⁰ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 7/125-7/126.

¹⁰¹ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 7/111.

¹⁰² JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 7/129, restringiéndolo, también, a bienes disponibles.

¹⁰³ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 7/129.

¹⁰⁴ JAKOBS, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y el «principio de confianza»», pp. 221; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 109 ss.

¹⁰⁵ JAKOBS, «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y el «principio de confianza»», pp. 221; EL MISMO, «La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte», pp. 400 y 401; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 110-111. En contra de la existencia de «deberes de autoprotección», CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2.ª ed., pp. 303-304; BONET ESTEVA, *La víctima del delito*, pp. 239-240; GARCÍA ALVÁREZ, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, pp. 81 y 85; TAMARIT SUMALLA, *La víctima en el Derecho penal*, pp. 55-56.

¹⁰⁶ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 111.

imputación a la víctima no puede descansar en datos psíquicos, sino que lo verdaderamente relevante es si ésta ha desempeñado el rol de víctima¹⁰⁷.

De la descripción de las instituciones que JAKOBS propone para la imputación del comportamiento y, en especial, de lo indicado con respecto a la prohibición de regreso, se puede deducir ya algunos rasgos acerca del tratamiento que este autor le otorga a los conocimientos especiales.

Para JAKOBS, los conocimientos especiales *per se* –esto es, en términos puramente psicológicos– carecen de relevancia al momento de determinar los niveles de riesgo permitido. Puesto que el criterio decisivo para la imputación en el primer nivel es el rol que desempeña una determinada persona, sólo los conocimientos especiales que se vinculan necesariamente a dicho rol poseen trascendencia jurídico-penal. Esto es así, porque éste, al suponer un haz de expectativas normativas, excluye todo conocimiento adicional que escape a la lógica de las expectativas de un rol concreto. De esa manera, no responderá por un delito de homicidio el estudiante de biología que, trabajando por las tardes, como camarero, descubre una seta venenosa en la ensalada que lleva a una mesa y, no obstante, sirve la ensalada, pues, según el profesor alemán, dentro del haz de expectativas que se corresponden con el rol de camarero no juegan ningún papel los conocimientos (especiales) de estudiante de biología, y, en consecuencia, no tienen importancia alguna para definir los límites del riesgo permitido. En este punto, ha señalado: «*un conocimiento sin deber de conocer sería un elemento ajurídico del delito, al estar definido de manera totalmente psicológica*»¹⁰⁸.

Ahora bien, para determinar cuándo es posible tener en cuenta los conocimientos especiales –o, en otras palabras, cuándo existe «el deber de conocer»–, JAKOBS propone distinguir entre aquellos hechos que se imputan en razón de la competencia por organización del autor y aquellos otros en los que es la competencia institucional la que da lugar a la responsabilidad¹⁰⁹. En el primer caso, la trascendencia a los conocimientos especiales está subordinada a la condición de garante del autor de que «en su ámbito de organización se respeten los estándares habituales de seguridad». En ese sentido, el dueño de una casa o el propietario de un vehículo, al ser garantes de mantener la existencia dichos bienes dentro de los límites del riesgo permitido, deben hacer uso de sus conocimientos especiales con tal fin, sin importar la forma cómo éstos han sido obtenidos: si advierte por él mismo que las tejas están flojas o que el líquido de frenos está a punto de acabarse o un amigo se lo menciona, ello es intrascendente. Lo determinante es su condición de garante de esos bienes¹¹⁰.

Pero, además, los conocimientos especiales desempeñan un papel importante en la imputación cuando el autor «adapta el comportamiento propio del rol a sus conocimientos», lo que «concorre siempre que el autor asuma la administración de un riesgo, que haya reconocido en virtud de sus conocimientos especiales, y en particular, cuando desvía el riesgo hacia otras personas»¹¹¹: si el camarero no sirve la ensalada letal a quien la había pedido, sino que espera a que ingrese otro cliente a quien odia, dicho cambio supone una organización del riesgo sobre la base de los conocimientos (especiales) de biología, que da

¹⁰⁷ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 112.

¹⁰⁸ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 138 (las cursivas son mías). En contra, expresamente, ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, t. I, 4.ª ed., 11/57.

¹⁰⁹ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 139.

¹¹⁰ JAKOBS, “Tätervorstellung und objektive Zurechnung”, pp. 284 y 285; EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., 7/50; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 139-140.

¹¹¹ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 140.

lugar a responsabilidad por la muerte del comensal¹¹². Por su parte, la tantas veces indicada importancia de los conocimientos especiales tiene lugar en supuestos en los que el autor está obligado no sólo a no lesionar los bienes de la víctima, sino a potenciarlos, a crear un mundo en común con ésta¹¹³. La respuesta acerca de cuándo, en este contexto de la competencia institucional, tienen importancia dichos elementos subjetivos, depende de la configuración de cada institución¹¹⁴.

El segundo nivel de imputación, el de la imputación objetiva del resultado, adolece de un tratamiento poco detallado. Si bien JAKOBS ha afirmado la relevancia del resultado como elemento configurador del injusto, entendiéndolo como un aumento cuantitativo de la objetivación del quebrantamiento de la norma¹¹⁵, el autor no ha precisado la relación existe entre éste y el resultado en sentido naturalístico¹¹⁶. En este segundo nivel de imputación, JAKOBS pone de relieve la conexión entre la imputación del resultado y la imputación del comportamiento a través de la idea de riesgo como «complejo parcial decisivo» de condiciones de producción del resultado¹¹⁷, y agrega que, desde el punto de vista del Derecho penal, lo relevante para la explicación del daño viene dado por la «lesión típica de las condiciones de interacción» o lo que se denomina «comportamiento no permitido»¹¹⁸. Ahora bien, para JAKOBS, la explicación de un daño no es sólo una operación de verificación de las condiciones que conllevan a la producción del resultado, sino que lo fundamental es que, mediante la imputación del resultado al autor, se posibilite la orientación en el contacto social¹¹⁹. La imputación del resultado sirve, así, para indicar que determinados resultados lesivos son consecuencia de pautas inaceptables de conducta que deben evitarse. Y en un mundo que es, en lo esencial, planificable, sólo una modificación planificable del mundo puede traer consigo responsabilidad¹²⁰.

BIBLIOGRAFÍA

Anarte Borrillo, Enrique, *Causalidad e imputación objetiva en Derecho penal. Estructura, relaciones y perspectivas*, Huelva, 2002.

¹¹² JAKOBS, “Tätervorstellung und objektive Zurechnung”, pp. 286; EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/50: «[S]i el autor introduce por propia iniciativa el conocimiento especial en la relación con la víctima, tal conocimiento se incorpora al papel que caracteriza a esta relación, aun cuando el autor no estaría obligado en sí a tomar en consideración el saber especial».

¹¹³ JAKOBS, “Tätervorstellung und objektive Zurechnung”, pp. 286-287.

¹¹⁴ JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/50; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 140-141.

¹¹⁵ JAKOBS, “Der strafrechtliche Handlungsbegriff”, pp. 34-36.

¹¹⁶ Cfr. CANCIO MELIÁ/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Estudio preliminar a Jakobs*, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 76-77.

¹¹⁷ JAKOBS, “Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht”, pp. 54 nota 4; EL MISMO, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 7/72; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 175.

¹¹⁸ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 176.

¹¹⁹ JAKOBS, “Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht”, pp. 53: «[T]odo curso lesivo que no pueda dejarse de lado como *quantité négligeable*, desorienta mientras no sea explicado»; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 179.

¹²⁰ JAKOBS, “Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht”, pp. 72: «constituye finalidad de las normas excluir de manera planificable los cursos lesivos»; EL MISMO, *La imputación objetiva en Derecho penal*, pp. 181. De manera similar, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 96-99, aludiendo a la «evitabilidad planificada».

Bonet Steva, Margarita, *La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)*, Madrid, 1999.

Cancio Meliá, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. Estudios sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.ª ed., Barcelona, 2001.

Cancio Meliá, Manuel/Suárez González, Carlos, *Estudio preliminar a Jakobs, La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989.

Cuello Contreras, Joaquín, *Culpabilidad e imprudencia*, Madrid, 1990.

Feijóo Sánchez, Bernardo José, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamentos y consecuencias dogmáticas”, *RDPC* (número extraordinario), 2000, pp. 93-138.

- Resultado lesivo e imprudencia. Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado», Barcelona, 2001.

Frisch, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988.

- Tipo penal e imputación objetiva, trad. de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo y Yesid Reyes Alvarado, Madrid, 1995.

- “La imputación objetiva: estado de la cuestión”, trad. de Ricardo Robles Planas, en Roxin, Claus/Jakobs, Günther/Schünemann, Bernd/Frisch, Wolfgang/Köhler, Michael, *Sobre el estado actual de la teoría del delito*, Madrid, 2000.

- “Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs”, en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, 2001, pp. 213-237 [“La teoría de la imputación objetiva del resultado: lo fascinante, lo acertado y lo problemático”, trad. de Ricardo Robles Planas, en Frisch, Wolfgang/Robles, Ricardo, *Desvalorar e imputar, sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona, 2004].

- “Delito y sistema de delito”, trad. de Ricardo Robles Planas, en Wolter/Freund (eds.), *El sistema integral del Derecho penal, Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Madrid, 2004, pp. 193-280.

García Álvarez, Pastora, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia, 1999.

Gimbernat, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1990 (reimp.).

Gracia Martín, Luis/Díez Ripollés, José Luis, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, Valencia, 1993.

Hirsch, Hans Joachim, “Zur Lehre von der objektiven Zurechnung”, en *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag*, München, 1998, pp. 119-142.

Honig, Richard, “Kausalität und objektive Zurechnung”, en Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930, t. I, Tübingen, 1930, pp. 174-201.

Jakobs, Günther, “Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung”, ZStW (89), 1977, pp. 1-35 [“La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión”, trad. de Manuel Cancio Meliá, en Jakobs, Estudios de Derecho penal, Madrid, 1997, pp. 241-270].

- “Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht”, en Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, Berlin, 1987, pp. 53-75 [“Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal”, trad. de Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá, en Jakobs, Estudios de Derecho penal, Madrid, 1997, pp. 271-292].

- “Tätervorstellung und objektive Zurechnung”, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln, 1989, pp. 271-288 [“Representación del autor e imputación objetiva”, trad. de Carlos Suárez González, en Jakobs, Estudios de Derecho penal, Madrid, 1997, pp. 223-240].

- Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.^a ed., Berlin, 1991 [Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murrillo, Madrid, 1997].

- “Der strafrechtliche Handlungsbegriff”, en Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V, Heft 10, 1992 [“El concepto jurídico-penal de acción”, trad. Manuel Cancio Meliá, en Jakobs, Estudios de Derecho penal, Madrid, 1997, pp. 101-125].

- “Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation”, GA, 1996, pp. 253-268 [“Accesoriedad. Sobre los presupuestos de la organización común”, trad. M^a. Angeles Cuadrado Ruíz, PJ (59), 2001, pp. 125-145].

- *La imputación objetiva en Derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Madrid, 1996.

- “El delito imprudente”, trad. de Manuel Cancio Meliá, Jakobs, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 167-196.

- “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del «riesgo permitido», la «prohibición de regreso» y el «principio de confianza»”, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, en Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 209-222.

- “La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte”, trad. de Manuel Cancio Meliá, en Jakobs, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, pp. 395-412.

- “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, trad. de Manuel Cancio Meliá, en Jakobs, Günther/Cancio, Manuel, *El sistema funcionalista del Derecho penal* (ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho penal), Lima, 2000, pp. 165-194.

Kaufmann, Armin, “«Objektive Zurechnung» beim Vorsatzdelikt?”, en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, t. I, Berlin, 1985, pp. 251-271 [“¿«Atribución objetiva» en el delito doloso?”, trad. de Joaquín Cuello Contreras, *ADPCP* (38), 1985, pp. 807-826].

Kindhäuser, Urs, “Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung”, *GA*, 2007, pp. 447-468.

Martínez Escamilla, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992.

Reyes Alvarado, Yesid, *Imputación objetiva*, Bogotá, 1996.

Robles Planas, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid, 2003.

- “Conducta típica, imputación objetiva e injusto penal. Reflexiones al hilo de la aportación de Frisch a la teoría del tipo”, en Frisch, Wolfgang/Robles, Ricardo, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en Derecho penal*, Barcelona, 2004.

Roxin, Claus, “Zur Kritik der finalen Handlungslehre”, *ZStW* (74), 1962, pp. 515-561 [“Contribución a la crítica de la teoría final de la acción”, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, en Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 84-127].

- “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, en *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970*, Göttingen, 1970, pp. 133-150 [“Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal”, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, en Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 128-148].

- *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Berlin, 1970 [*Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1972].

- “Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten”, en *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70 Geburtstag am 22. Juli 1973*, Berlin, 1973, pp. 241-259 [“Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes”, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, en Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 181-199].

- “Finalität und objektive Zurechnung”, en *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, 1989, pp. 237-251 [“Finalidad e imputación objetiva”, trad. de Enrique Casas Barquero, *CPC* (40), 1990, pp. 131-146].

- *Strafrecht, Allgemeiner Teil, t. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.^a ed., München, 2006.

Serrano González de Murillo, José Luis, *Teoría del delito imprudente (Doctrina general y regulación legal)*, Madrid, 1991.

Silva Sánchez, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 2002 (reimp.).

Struensee, Eberhard, “Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts”, *JZ*, 1987, pp. 53-63 [“El tipo subjetivo del delito imprudente”, trad. de Joaquín Cuello Contreras con la colaboración de José Luis Serrano González de Murillo, *ADPCP* (40), 1987, pp. 423-450].

- “Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit”, *GA*, 1987, pp. 97-105 [“Atribución objetiva e imprudencia”, trad. de José Luis Serrano González de Murrillo, *CPC* (44), 1991, pp. 449-458].

Tamarit Sumalla, Josep M., *La víctima en el Derecho penal*, Pamplona, 1998.