

OBSERVACIONES CRÍTICAS ACERCA DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

*Elio Morselli, Prof. Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Perugia (Italia)*

1. Como se sabe, numerosas son las objeciones realizadas a la teoría que, ideada en principio y sin éxito por Honig en 1930, después fue recogida por Roxin en el conocido escrito de 1970 “*Gedanken zur Problematik der Zurechnung mi Strafrecht*”, es decir: reflexiones sobre la problemática de la imputación en el derecho penal.

Queda dicho, por ejemplo, por Ulsenheimer, que esta teoría encuentra a menudo notables dificultades, y llegando incluso a la imposibilidad práctica al descubrir el aumento del riesgo o la misma medida de ese aumento. Otros autores, –como Baumann-Weber, Schroeder y el italiano Marinucci– han destacado, por su parte, que esta teoría transformaría los delitos de resultado dañoso en tanto en cuanto se llegase a punir no la causación del resultado, sino más bien la mera causación del riesgo. Como bien ha contrastado Samson, y el propio Ulsenheimer, si cualquier aumento del riesgo, aunque no determinable con seguridad, implicase el surgimiento de la imputación objetiva, un semejante rigor violaría clamorosamente el principio fundamental *procesal in dubio pro reo*. El propio Roxin quedó perplejo durante tiempo, cambiando después de opinión, enfrentándose a su vez a las críticas de aquéllos que cuestionaban si el juicio sobre el aumento del riesgo debía realizarse *ex ante* o bien *ex post*.

Pero éstas son sólo una pequeña parte de las censuras y de las dificultades en las que se ha movido y –a nuestro parecer– se mueve todavía la teoría *de qua*.

Ni siquiera es posible en esta sede seguir las otras numerosas versiones y cambios de perspectiva realizadas en la teoría, no sólo por el propio Roxin, sino también por sus seguidores. Igualmente no pretendemos tratar las últimas y exasperadas variaciones aportadas por Jakobs, el cual quiere utilizar el

esquema de la imputación objetiva para abandonar el campo naturalístico y reconstruir la entera teoría del delito en pura llave normativa.

Por lo tanto, limitándome a algunos aspectos de las ideas de Roxin, ante todo debo señalar que es vano encontrar precursores de la primera teoría de Honig.

Se ha dicho en Alemania que el primero en usar el concepto correspondiente al término “imputación” –traducido en alemán como “Zurechnung”– fue Samuel Pufendorf en 1660, y que este término fue después recogido por Kant, por Hegel, por Binding y otros.

En realidad la cuestión está mal enfocada. No sólo el término latino “*imputo*” e “*imputatio*”, sino hasta el mismo concepto que le corresponde venía utilizado corrientemente por los romanos (cito solamente: Tácito, Fedro, Plinio, Quintiliano, Cicerone) justo en el mismo sentido en el que viene usado todavía hoy –no sólo en los países de lengua latina, sino también en aquéllos de lengua anglosajona– en el lenguaje no sólo forense, sino también en el común. Basta recordar el postulado de derecho común *versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur*. Es solamente verdad que en el idioma alemán el término “*Imputation*” fue recogido con una función conceptual diferente, esencialmente en el ámbito religioso y no corresponde a la palabra jurídica *Zurechnung*.

2. La primera verdadera novedad en el campo jurídico-penal aparece en 1930 con Richard Honig, –o, para ser más precisos, con Karl Larenz cuyo escrito de 1927 le precede por algún año– y la novedad consiste en la limitación del concepto al solo aspecto objetivo del hecho. Pero Honig, y hasta hoy día otros autores, consideran esta concepción como una nueva teoría causal, o incluso como una simple variante mejorada de la teoría de la causalidad adecuada de von Kries.

En cambio, la segunda novedad –sin duda más radical– ha sido aportada por Roxin. Imputación objetiva y causalidad constituyen para él problemas distintos y separados: la primera presupone más bien como superado el problema causal y hasta se presenta –utilizando sus mismas palabras– como “completamente liberada del dogma causal”. En otros términos, ésta constituiría una tercera categoría intermedia entre la causalidad y la culpabilidad.

Ahora bien, puesto que la versión dada por Roxin a la teoría es incompatible con la de Honig, en última instancia se reconoce que se trata de dos teorías distintas. En efecto, la de Roxin se caracteriza por la negación del rol y de la importancia de la comprobación, en el puro plano naturalístico, del nexo causal. Por tanto, el problema en su totalidad viene transferido del plano naturalístico-descriptivo al normativo-valorativo. Esto constituye ya, a nuestro parecer, una solución metodológicamente inaceptable.

3. Segunda observación. El propio Honig, y posteriormente también Roxin, realizan a la teoría de la equivalencia causal toda una serie de críticas que en nuestra opinión nacen de premisas mal estipuladas.

Así, se ha afirmado que la teoría de la equivalencia no es aplicable ni en materia de omisiones impropias, es decir, de delitos consumados mediante omisión, ni en materia de contribución causal en la participación criminal. Se ha dicho, además, que ésta no consigue resolver adecuadamente los casos de la denominada causalidad alternativa hipotética, de la causalidad adicional, de la causalidad cumulativa, etc. En los que no es aplicable el llamado procedimiento de eliminación mental.

En nuestra opinión, el problema de la atribución del resultado en las omisiones impropias no es un problema causal, sino un problema de antijuricidad, es decir que su solución depende de la verificación de una obligación de impedir el resultado.

Ni siquiera el problema de la contribución a la realización del hecho en el concurso de personas es un problema causal. Se trata simplemente de establecer si el sujeto ha realizado una contribución idónea para realizar el resultado, es decir peligrosa. Y por tanto es un simple problema de idoneidad en la causación.

En cuanto a las hipótesis llamadas de la causalidad alternativa hipotética, adicional, cumulativa, etc. Se trata de cuestiones que se originan por la errónea presuposición de que la aplicabilidad de la teoría de la *conditio sine qua non* depende de la denominada fórmula del *procedimiento de eliminación mental*. Sin embargo, no se pierda de vista que esta teoría surgió en 1858 por obra de Glaser y posteriormente se profundizó por von Buri en 1860. Ahora bien, ni Glaser ni von Buri, ni sus seguidores, han utilizado jamás la citada fórmula. Y sólo será a partir de 1910 cuando ésta comienza a aparecer en alguna sentencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema alemana y consecuentemente, pero no de forma unánime, en la doctrina.

4. Tercera y básica observación. En última instancia, el criterio del aumento del riesgo –más allá de una novedad terminológica (la moneda lingüística es de nuevo cuño, pero el metal es el mismo)– no es más que una versión modernizada de los tradicionales criterios de la previsibilidad, de la evitabilidad, de la dominabilidad del dominio del hombre sobre el hecho, etc., que de siempre han sido utilizados en doctrina y en jurisprudencia para establecer la responsabilidad del hecho, una vez verificado el nexo causal.

En lugar de estas análogas fórmulas, ahora se pretende “objetivizar” el problema y la solución, usando la palabra-clave “imputación” y refiriéndose a la conducta que haya provocado *aumento de riesgo más allá de los límites “permitidos”*, es decir, del lícito establecido en base a los usos. Esto, sin

embargo, no es más que un modo distinto de expresar la referencia a una conducta que comporta un peligro *desaprobado*, en cuanto que está encaminada a resultados antijurídicos objetivamente previsibles y evitables con el respeto de las “cauteladas debidas”. Así por ejemplo, la previsibilidad sobre la base del *id quod plerumque accidit*, es decir de lo que pasa normalmente, y no el aumento de riesgo permitido, sirve para excluir la responsabilidad de quien informa a alguien falsamente de la muerte de un pariente con la esperanza de que éste muera de infarto.

5. Cuarta observación. Como es notorio, en la formulación de su teoría, Roxin no se limita a utilizar el criterio de la superación del riesgo permitido. Dado que esta fórmula no se ha mostrado apropiada para la solución de muchos casos, él no duda en recurrir a un segundo criterio: el de la esfera de protección de la norma. Según su concepción, se trata de dos criterios evidentemente diferentes y distintos; y por lo tanto, demuestran por sí mismos una carencia radical de fundamento coherente y unitario en la teoría de Roxin.

Además el segundo criterio propuesto por Roxin, -como se sabe- hace referencia a una conducta que constituye la concretización del riesgo específico que, según la *finalidad de protección de la norma*, debería evitarse. Sin embargo, mirándola bien esta fórmula equivale esencialmente a la anterior, con la única variante que hace referencia a la ratio de prevención que está en la base de la prohibición normativa específica, en lugar de hacer referencia a la cautela impuesta por los usos sociales o a los criterios más generales de adecuación social de la conducta, entre los cuales en el fondo viene reconocido el del llamado riesgo permitido; como en el caso de quien muere a causa de un craso y por tanto imprevisible error del médico cirujano, después de haber sufrido una lesión leve.

6. Ahora bien, como es fácil ver toda esta terminología, ya sea antigua o moderna, relativa sea al primero sea al segundo criterio, no representa otra cosa que los habituales signos lingüísticos utilizados para establecer la culpa en sentido amplio, según los parámetros del hombre medio, o mejor dicho, del hombre-modelo *ejusdem professionis ac condicionis*.

Por los demás, es el mismo Roxin el que destaca, en última instancia, que las cosas son de este modo. En efecto, en las páginas 135-136 de la edición española de su obra “Problemas básicos del derecho penal”, traducida por su discípulo español Diego Manuel Luzón Peña, este distinguido autor afirma lo siguiente: “El criterio de imputación del aumento del riesgo no es sino una especialización- si bien singularmente agudiza y discutida- de la idea de la posibilidad objetiva de pretender [...]; el principio del aumento del riesgo solo

proporciona el criterio de contenido del que depende esta posibilidad objetiva de pretender”.

Todos nosotros conocemos el tan discutido ejemplo de escuela del sobrino que induce a su tío a viajar en avión con la esperanza de convertirse en heredero si el avión llegase a estrellarse; así como conocemos el también controvertido ejemplo análogo del sirviente que induce a su patrón a darse un paseo en el bosque durante una tormenta, con la esperanza de que le caiga un rayo y le mate.

Estos casos, puramente teóricos, y muy artificiosos, han sido tratados y resueltos por la doctrina de distintas maneras. Así se ha sostenido que faltaría la conducta o faltaría la tipicidad en razón de su adecuación social o faltaría el nexo causal, ya sea porque la decisión autónoma del tío o del patrón rompe este nexo, sea porque faltaba en el sobrino o en el siervo todo poder de dominio sobre el resultado. Finalmente se ha sostenido que en los dos casos faltaría un verdadero dolo, ni siquiera presente en la forma menor del dolo eventual, tratándose de resultados que ya originalmente dependen del azar, y por tanto están carentes de un peligro efectivo, lo que hace imposible una cualquiera “voluntad de realización”. También se ha llegado a sostener que se trata de un delito putativo.

Nada de todo esto. A decir verdad, Roxin ha tomado una dirección aproximadamente justa cuando afirmó que lo que falta es la superación del riesgo consentido, y por este motivo ambos casos se debían resolver con la absolución

Pero es suficiente recordar lo poco que antes hemos señalado sobre el verdadero significado de un concepto como el del “riesgo socialmente consentido” para comprender que, metiéndonos en tal perspectiva, estamos ya sobre el terreno del elemento subjetivo, y precisamente de la culpa en sentido amplio. En efecto, el riesgo puede ser “socialmente consentido” en tanto en cuanto no llega a “peligro desaprobado”; mientras que este peligro se convierte en desaprobado si existe aquella “posibilidad objetiva de pretender “de que hablaba Roxin, es decir, la posibilidad de prever y de evitar el resultado. Todo eso equivale a reconocer que cuando se discute acerca de la existencia o de la ausencia de la desaprobación social de una situación de peligro, es decir, de riesgo, nos movemos claramente sobre un plano normativo-valorativo, que, sin embargo, es ya propio del momento de la culpa en sentido amplio.

7. Considerando todo esto, resulta pues totalmente “volcada” la afirmación de Jescheck, según la cual: “la vía de la delimitación de la responsabilidad a través del dolo y de la culpa es practicable; pero se trata en realidad de problemas de imputación objetiva”. En realidad es cierto todo lo contrario: los denominados problemas de imputación objetiva no son otra cosa que pseudo-

problemas, tratándose en verdad de problemas normales de verificación en concreto del dolo y de la culpa, una vez que se haya prefijado la existencia de un nexo de causalidad. De modo que, bajo tal perspectiva, precisamente la categoría de la imputación objetiva del resultado, en cuanto que “duplicado conceptual del nexo ente la culpa y el resultado”, justamente se ha definido como “inútil” por el colega italiano Giorgio Marinucci.

8. Todo lo que hasta aquí se ha afirmado causa inevitablemente otros problemas, como por ejemplo el de las relaciones entre la culpa y el dolo, y el de la relación entre la dimensión objetiva de la culpa y la subjetiva o, mejor dicho, individual.

Respecto al primer problema, es preciso afirmar que “no hay dolo sin culpa”. No se debe repetir el error secular de construir la teoría del delito culposo sobre el modelo-base del delito doloso. La culpa entendida en sentido amplio precede lógicamente al dolo, es decir, es un concepto previo y preliminar respecto a este último.

El axioma que dice que el concepto de culpa es un concepto previo y preliminar respecto al del dolo, está, entre otras cosas, implícito en el antiguo postulado del derecho común: *qui culpa caruit, dolo caruisse multo magis videtur* (quien está ausente de culpa con mayor razón está ausente de dolo), y esto ya lo tenía presente el jurista romano Paolo cuando advertía: *magna negligentia culpa, magna culpa dolus est*, o sea, grande negligencia es culpa, mientras grande culpa es ya dolo. En realidad, no se configura la comisión dolosa de un hecho si no están presentes —en hipotética ausencia de dolo— en relación al mismo hecho, los extremos lógicos de la Culpa, en tanto en cuanto, en el ordenamiento penal, entre culpa y dolo existe una relación de jerarquía y de graduación, en el sentido de que no hay dolo sin Culpa. Tal asunción significa sencillamente, tal y como es obvio, que *no puede haber previsión y volición dolosa de un resultado si, preliminarmente, éste ya no se presenta como previsible, y evitable* como la simple observación de cautela.

La culpa en sentido amplio representa, en verdad, vista desde el plano estrictamente psicológico, el denominador común que une tanto el fenómeno doloso como el culposo, y llega a la actitud interior, o *Gesinnung* antisocial del sujeto agente. Después, sobre esta base, los dos fenómenos se subdividen estructuralmente en dos. Mientras la culpa en sentido estricto se caracteriza por una pérdida de control, o sea, desatención, del Yo del sujeto sobre los propios impulsos antisociales, el dolo, por el contrario, constituye una actitud de consciente adhesión por parte del mismo a tales impulsos. Pero, tanto en la culpa en sentido estricto como en el dolo, existe un matiz común, es decir, un déficit en el control por parte del Yo, en abierta inobservancia de las instancias superiores ético-sociales levantadas por el Superyo, déficit de control

que constituye el substrato psicológico del fenómeno normativo unitario de la culpa.

9. Una evidente confirmación de la validez del axioma según el cual los extremos de la culpa preceden en el plano lógico, a aquellos del dolo, viene dada por el procedimiento de comprobación de las formas de comisión mediante omisión y omisivas impropias.

En realidad, en materia de tipos dolosos de acción, verificados como dolosos, la perspectiva de la ausencia del dolo se puede configurar sólo como una hipótesis simplemente teórica con el fin de poder hallar la presencia de los extremos de la culpa; esto es posible, siempre y cuando el hecho ya se haya realizado como doloso. En cambio, ocurre lo contrario con los tipos de comisión mediante omisión. Aquí, una vez establecida la posición de garantía a cargo del sujeto agente, con la consiguiente obligación de impedir el resultado, y por otro lado, confirmada la existencia de la llamada previsión-volición del resultado en el sujeto, es decir, del dolo, todavía no se puede afirmar que exista el delito omisivo. Cuando falta la conducta material, la sola presencia del dolo no indica nada: *ex nihilo nihil fit*, o sea, de nada, nada acaece; es más la sola intención, como bien es sabido, no puede tener relevancia penal, ni substancial ni procesal. Cabalmente, lo que todavía es preciso comprobar, es la existencia de los extremos de la culpa, en el sentido de la previsibilidad y de la evitabilidad del resultado.

Eso significa, antes de todo, que lo que hay de hacer es comprobar que el hombre, con sus poderes cognoscitivos, haya tenido la posibilidad de prever y por tanto prevenir las fuerzas que han determinado el efecto. De ello se deriva que en el caso de que el resultado, aunque querido, en realidad se haya producido por el concurso de factores imprevisibles o excepcionales, este, no siendo imputable al sujeto a título de culpa, con mayor motivo, tampoco puede ser imputado a título de dolo. Así, por ejemplo, no se puede imputar por homicidio o lesiones consumadas, al portero de un edificio que dolosamente omite encender las luces de las escaleras para provocar un accidente a un inquilino, cuando el resultado, en realidad, ya se ha verificado a causa de un caso fortuito.

Pero todo esto no basta. Como ya se sabe, los extremos de la culpa no se agotan en la *previsibilidad* de la realización en concreto del resultado. Además, es necesario comprobar si, siempre en concreto, el sujeto podía dominar las fuerzas que han determinado el efecto, una vez que él las había previsto: es precisamente el *dominium* no sólo cognoscitivo, sino también volitivo de las mismas fuerzas, lo que permite atribuir al hombre el resultado que asume que no había querido impedir. En otras palabras, es preciso establecer si el resultado que se ha verificado, hubiese sido efectivamente *evitable* por el sujeto,

en la hipótesis de que éste hubiese realizado la acción “esperada”. En efecto, no existe delito omisivo, ni culposo ni *doloso*, si se comprueba que el sujeto no puede ser “inculpad”, es decir, acusado a título de culpa por la producción de un resultado que, a pesar de la realización de la acción, de cualquier forma, previsiblemente, se hubiese verificado. Así, un cirujano que con volición omite realizar una intervención para deshacerse de un rival que se encuentra en graves condiciones, no puede ser “inculpad” de homicidio doloso consumado mediante omisión, si se comprueba que el resultado-muerte se hubiese realizado *de todas formas*.

Todo esto lo tiene bien presente la doctrina. Sólo que a menudo se omite el resaltar que los requisitos lógico-conceptuales de la omisión impropia, a los que antes se ha hecho referencia, no constituyen nada más que los dos indicadores-reveladores de la presencia de la culpa: la previsibilidad y la evitabilidad del resultado obtenido. Es sólo por esta falta de reconocimiento por lo que surgen “teorías nuevas”, como la que estamos discutiendo.

10. Finalmente, por lo que respecta al problema de las relaciones entre la dimensión objetiva de la culpa y la subjetiva o individual hay que precisar que una forma de imputación que prescindiera totalmente del aspecto subjetivo del delito, para moverse únicamente sobre el objetivo, en nuestra opinión, no es posible. ¿Cómo se puede comprobar si, en concreto, hay un aumento del riesgo socialmente consentido prescindiendo totalmente de los conocimientos específicos (el llamado “*Sonderwissen*”) que pueda tener, en ese caso particular, el autor? ¿Y cómo es posible no tener en cuenta para nada, para valorar el verdadero límite del riesgo consentido, sus efectivas capacidades personales?

El italiano Giorgio Marinucci –junto con eminentes autores alemanes, como Armin Kaufmann, Hirsch, etc.– ha destacado que la categoría dogmática de la imputación objetiva, en cuanto duplicación normativa del nexo naturalístico entre culpa y resultado, es del todo inútil, bastando las usuales categorías de la causalidad, de la tipicidad, y del elemento subjetivo para resolver los problemas que se vienen planteando por los teóricos de la imputación objetiva.

Pero es menester añadir que la construcción de Roxin –y con mayor razón la de Jakobs, totalmente planeada en sentido abstracto y “normativista”– no es tan solo inútil, sino que además constituye una de las tantas complicaciones conceptuales, aunque sugestivas, de las que sufre desde hace algunos decenios –agotada la feliz estación *welzeliana*– la doctrina alemana. No se debe olvidar que entre las tareas de los estudiosos del derecho no se encuentra tan solo la investigación doctrinaria, sino que además está la enseñanza universitaria, y también la función de contribuir a la praxis de la jurisprudencia. Desde hace demasiado tiempo, sucede que teorías de origen alemán se impor-

tan y se recogen en la sistemática tradicional sin realizar una crítica suficiente, de modo que puede resultar un efecto inútilmente trastornante. Se trata de tentaciones que no se incentivan, sino que se combaten. En efecto, de ellas deriva siempre una mayor pérdida en la claridad, simplificación y esencialidad conceptual que constituyen la condición indispensable ya sea para la eficacia de la enseñanza universitaria o para el mantenimiento de un constante y fecundo contacto con la praxis.

En verdad, la tentación de caer, o de dejarse envolver por un saco de oscurantismo, entregándose a la sugestión de fórmulas verbales sólo aparentemente nuevas, esta sutil tentación, en la solución de problemas jurídicos, es perenne en el pensamiento dogmático. A lo sumo, se podría reconocer a estos enredos conceptuales el valor propio del arte de la dialéctica, que es seguramente un valor por sí mismo. Pero, hoy los tiempos van mutando, y se pide –y justamente se espera– que la doctrina que investiga sobre las normas reguladoras en materia penal, aspire a realizar su propia dignidad de ciencia y no a articular soluciones apoyadas en elaboraciones lógico-verbales.

Para alcanzar este objetivo, la dogmática debe rehuir las seducciones del bizantinismo o de la elaboración escolástica por sí misma, con el fin de utilizar del modo más riguroso posible “la navaja de afeitar” de la que hablara el gran Guillermo de Occam: *“entia non sunt multiplicanda sine necessitate”*, en donde se encuentra el origen del pensamiento científico moderno. Así tiene que quedar claro que cada complicación totalmente inútil puede poseer una validez sólo académica: todo lo que no es necesario “no debe ser multiplicado”.