



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.  
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO.  
FACULTAD DE DERECHO.

"LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL CÓDIGO PENAL  
PARA EL DISTRITO FEDERAL".

TESIS.  
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO.

PRESENTA:  
FRANCISCO ROMERO SOSA.

TUTOR:  
DOCTOR RICARDO FRANCO GUZMÁN.  
FACULTAD DE DERECHO UNAM

CIUDAD UNIVERSITARIA, CIUDAD DE MÉXICO, JUNIO 2016.



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO.  
FACULTAD DE DERECHO.  
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO.**

**“LA TEORÍA DE LA IMPUTACION OBJETIVA EN EL CODIGO PENAL  
PARA EL DISTRITO FEDERAL”**

**TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO  
PRESENTA EL: LIC. FRANCISCO ROMERO SOSA.**

**TUTOR: DR. RICARDO FRANCO GUZMÁN.**

**México 2014.**



*De tal modo, que la que la máxima recompensa para el hombre de ciencia consiste en poder alcanzar la confirmación de que la verdad experimentada coincide con la verdad prevista.*

*...y cuando hayas aceptado una causa que creas justa ponte con fervor a trabajar, en la seguridad de que, quien tiene fe en la justicia, consigue siempre, aún a despecho de los astrólogos, hacer que cambie el curso de las estrellas.*

**(Piero Calamandrei)**

*Quien detente el poder, que modifique las reglas del juego, pero no se le permita jamás, cambiar el juego.*

*El peligro es real, el miedo es una elección, la certeza es el punto de apoyo de toda filosofía, ciencia y previsión.*

Dedico esta tesis a los que voluntariamente e involuntariamente han sido causa y condición para la culminación de este trabajo de investigación:

**A Dios** y a la fe que tengo en Él, quien me acompaña y me inspira para hacer frente a los momentos sublimes y críticos de mi vida.

**A los maestros** que enseñan un camino y forma de vida y también a los profesores que transmiten conocimientos teóricos y prácticos.

**A mis padres:**

A mi señor padre: **Edmundo Emilio Romero Espinosa** quien me enseñó que la fuerza de no darse por vencido y seguir adelante está en la mente y, es ahí, en donde él sigue viviendo en mí.

A mi señora madre: **Maricruz Sosa Mejía**, si hay algo valioso y bueno en mí, todo eso es gracias a ella.

**A mi esposa Marisol Flores Fuentes**, eres la mujer hecha exactamente para mí, soy muy feliz tratando de ser el hombre perfecto para ti.

**A mis hijos Darla Valeria Romero Flores, Francisco Emilio Romero Flores, Arantza Estephania Camacho Romero y Ximena Yesmin Camacho Romero**, cuando poco a poco pierda todo, el haber sido su padre, habrá sido el motivo más grande de mi existencia.

**A mi hermana Yesmin Romero Sosa**, quien siempre me ha apoyado. Si en mi vida no tuve el respaldo de un hermano mayor, tuve una hermana con el suficiente carácter para serlo y dar la cara por mí.

**A mis familiares y amigos**, que gracias a su cariño y amistad, nunca me sentí solo. Sin la intención de marcar jerarquías, he de dar un especial agradecimiento a los también abogados **Jesús Corrales Hernández, Edel Jorge Genchi y Alejandro Haro Reyes**.

A mi querida **Universidad Nacional Autónoma de México** por hacerme pertenecer a una generación privilegiada en cuyas manos está el presente y el futuro de este país.



# INDICE DE LA INVESTIGACIÓN

## INTRODUCCIÓN

### **1. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD COMO CRITERIO BASE DE IMPUTACIÓN. (DE LAS TEORÍAS CAUSALES A LAS NORMATIVAS).**

- 1.1. Algunas cuestiones preliminares.
- 1.2. Fundamento natural (acción causal).
  - 1.2.1. Teorías causales.
    - 1.2.1.1. Teoría de la equivalencia de condiciones.
    - 1.2.1.2. Teoría de la *conditio sine qua non*.
    - 1.2.1.3. Teoría de la interrupción del nexo causal.
- 1.3. Fundamento Normativista Valorativo (Una concepción normativa).
  - 1.3.1. Teoría de la causalidad adecuada.
  - 1.3.2. Teoría de la causa eficaz.
  - 1.3.3. Teoría de la causalidad eficiente.
  - 1.3.4. Teoría de la causa próxima.
  - 1.3.5. Teoría de la causalidad relevante o Teoría de la relevancia jurídica.
  - 1.3.6. Teoría del equilibrio de la causa preponderante.
  - 1.3.7. Teoría de la adecuación al tipo.
- 1.4. Fundamento lógico ontológico, (acción final).
  - 1.4.1. Teoría del finalismo.
    - 1.4.1.1 Teoría de la adecuación social.

### **2.- FUNDAMENTOS Y EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.**

- 2.1. Teoría de la imputación subjetiva.
- 2.2. El objeto de estudio ¿Qué es la imputación objetiva?

- 2.3. Evolución de la imputación objetiva.
  - 2.3.1. Los precursores:
    - 2.3.1.1. Samuel Pufendorf.
    - 2.3.1.2. G. W. F. Hegel.
    - 2.3.1.3. Karl Engisch.
    - 2.3.1.4. Karl Larenz.
    - 2.3.1.5. Richard Honig.
  - 2.3.2. Los creadores, Principales exponentes:
    - 2.3.2.1. La imputación objetiva en la obra de Claus Roxin.
    - 2.3.2.2. Sistema funcionalista sistémico de Günter Jakobs.
- 2.4. Principales críticas a la Teoría de la imputación objetiva.
- 2.5. Seguidores y Defensores de la teoría de la imputación objetiva.

### **3. LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA, INSTITUCIONES QUE LA FUNDAMENTAN Y ESTRUCTURA DOGMÁTICA.**

- 3.1. Tratamiento dogmático de la imputación objetiva.
  - 3.1.1. Ubicación sistemática de la imputación objetiva.
  - 3.1.2. Estructura conceptual de la Teoría de la imputación objetiva.
  - 3.1.3. Fórmula de la teoría de la imputación objetiva.
  - 3.1.4. Relación de la imputación objetiva y el injusto penal.
  - 3.1.5. Relación de la imputación objetiva y el injusto culpable.
  - 3.1.6. El concepto funcionalista de bien jurídico.
  - 3.1.7. El principio de autorresponsabilidad.
  - 3.1.8. Riesgo permitido y riesgo no permitido.
    - 3.1.8.1. Riesgo permitido o aprobado o no prohibido.
    - 3.1.8.2. Riesgo no permitido o desaprobado.
- 3.2. El sistema teleológico racional de Roxin:
  - 3.2.1. La creación de un riesgo jurídicamente no permitido, desaprobado o prohibido.
  - 3.2.2. La realización o concreción del riesgo no permitido.

3.2.3. La exclusión de la imputación en resultados no cubiertos por el fin de la norma de cuidado.

2.2. Disminución de un riesgo no permitido.

3.2.3. Ámbito de protección de la norma.

3.3. El sistema funcionalista sistémico de Günther Jakobs:

3.3.1. Prevención general positiva estabilización de expectativas en la norma.

3.3.2. Acerca del sentido y sin sentido del principio de confianza.

3.2.3. La prohibición de regreso como limitación de la imputación.

3.3.4. Exclusión de la imputación por auto puesta en peligro.

#### **4. ¿UN MUNDO GLOBALIZADO? SOCIEDADES CON DISTINTAS CONDICIONES SOCIALES, CULTURARES Y JURIDICAS.**

4.1. Realidad sociocultural y jurídica en Alemania.

4.2. Realidad sociocultural y jurídica en España.

4.3. Realidad sociocultural y jurídica en América Latina.

4.4. Realidad sociocultural y jurídica en México.

4.5. ¿Dogmática jurídico penal nacional o teoría del delito de origen alemán pero reconocido con carácter transnacional?

4.6. ¿Dogmática penal de origen alemán o la teoría del caso anglosajón?

4.7. ¿Expansión del derecho penal o la relevancia jurídico penal?

#### **5. VIABILIDAD DE LOS CRITERIOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL MARCO SUSTANTIVO DEL DERECHO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

5.1. Avances galopantes de la ciencia y la tecnología en un mundo globalizado.

5.2. La teoría de la imputación objetiva en una sociedad de riesgo propia de una megalópolis, (ciudad de México).

5.5. ¿El código penal para el Distrito Federal de corte finalista (subjetivo) podría acoger una figura funcionalista (objetiva)?

5.6. La imputación objetiva de cara a la reforma penal y procesal penal iniciada en 2008.

5.3. Posibles conflictos y repercusiones negativas de la imputación objetiva en el Distrito Federal.

5.4. Posibles beneficios y alcances de la instauración de la imputación objetiva en el Distrito Federal.

5.7. Incursión tacita implícita o explícita literal de los criterios de la teoría de la imputación objetiva en la legislación local.

## **6. CONCLUSIONES.**

## **7. PROPUESTA.**

## **8. BIBLIOGRAFIA.**

## INTRODUCCIÓN.

Adentrarnos en la problemática de la posible inserción de la teoría de imputación objetiva en México, puede iniciar con la formulación de la siguiente interrogante: ¿Es o no es factible armonizar los criterios de la imputación objetiva en la legislación, la praxis jurídico penal y en general en toda la vida socio-jurídica de nuestro país?, después de esta pregunta conviene tratar algunos puntos que resultaran relevantes para la presente investigación:

a) La intención es partir de un riguroso orden lógico, secuencial y metodológico, con el fin de desarrollar el tema de la causalidad, tema muy criticado a nivel teórico, sin embargo, no podemos soslayar la importancia de su estudio para la teoría del derecho en general.

b) Convendrá también dejar por sentado desde el inicio y con el afán de tener claro el objeto de estudio, el significado de la imputación objetiva, su origen, fundamento histórico y teórico, las críticas a sus postulados, así como, señalar las instituciones surgidas en el seno de sus aportaciones dogmáticas, sus métodos de estudio; así como la experiencia de dicha teoría al aplicarse en otros países, con el fin de determinar que tanto influye para su implementación, la cultura de cada país, y, si la globalización en general funge como un signo de la expansión del derecho penal, así como su repercusión en una sociedad de riesgos.

Todo este estudio se llevara a cabo, para que en últimas instancias, alcanzar los elementos suficientes para dar respuesta a la interrogante inicial, de tal suerte que, por un lado, decir que resultará viable inmiscuir la teoría de la imputación objetiva en nuestra legislación jurídico penal con sus respectivas consideraciones, y, por otro lado, establecer cómo puede adaptarse y convertirse en una realidad pragmática.

c) Al final de este opúsculo, se asentaran las conclusiones finales, una propuesta pragmática, y la invitación a todos los sectores de la sociedad para no bajar los brazos frente a los inconvenientes de nuestro sistema de justicia, en especial en el ámbito dogmático penal, para seguir intentando dotar de contenido al derecho penal, con la creación de nuevas teorías, como la antes citada imputación objetiva, o con cualquier otra idea, comentario, crítica, discusión, etc., que pueda externarse por cualquiera de los diversos foros, audiencias, aulas y, en general, en cualquiera de los modernos medios de comunicación con los que contamos hoy en día.

De tal suerte que este estudio sobre la teoría de la imputación objetiva es sólo una incitación para seguir reconstruyendo el derecho, que nos lleve a una nueva realidad jurídica más determinada y concreta para todos, y por ende, más justa.

Ahora bien, permitiéndome extender un poco más este preámbulo, he de hacerlo en relación a la dogmática jurídico penal pues, en mi opinión, conviene realizar el siguiente cuestionamiento: ¿Es la teoría de la imputación objetiva un ajuste eficaz que permita solucionar los problemas del dogma causal para asignar, a un sujeto activo, un hecho de relevancia penal, que se presenta, mediante la inclusión de filtros normativos y criterios objetivos, en el contexto de la función que desempeña el Derecho en una determinada sociedad? De ello nos encargaremos en el desarrollo de la presente investigación, pero antes convendrá hacer las siguientes salvedades y delimitaciones.

Primero es de necesaria utilidad referirnos a la figura de la imputación, su estudio dentro de la dogmática jurídico-penal y en el proceso penal, en este último como parte adjetiva, sólo será somera y referencial. En el aspecto sustantivo, la imputación suele dividirse en imputación objetiva y subjetiva, además de la imputación personal, referida más a la culpabilidad. Sí dentro del estudio típico dogmático, existen en ciertos casos una infracción al principio de responsabilidad

subjetiva, también es cierto que es necesario el establecimiento de soluciones cada vez más objetivas, pues la tendencia actual así lo determina.

Es claro que cada una de estas imputaciones o niveles de imputación contienen un universo de estudio demasiado extenso, debido a que su estudio dependerá del seguimiento de aquellos defensores del causalismo o normativismo, llevándonos a la abundante posición de contar con muchos datos que se interrelacionan entre si, que al tratar de analizarlos completamente, dichos universos resultarían infinitos, haciendo interminable la presente investigación.

De tal suerte, por razones cuantitativas, buscaré delimitar en lo posible esta relación, sin embargo, hay que hacerla patente, pues resulta necesario ubicar con claridad la figura en coménto; separándola de lo que no es, aunque con dicha acotación prive a aquellos que necesitan saber un poco más de imputación subjetiva y/o personal (niveles de imputación), a quienes de antemano externo mis excusas, pero también, desde ahora, les hago la invitación de continuar desarrollando la historia del pensamiento, pues ésta sigue y seguirá su curso junto con el de la humanidad.

Por tal motivo, pretendo con este estudio, establecer los postulados, el alcance y conveniencia de la teoría de la imputación objetiva, bajo una visión particular dentro de las distintas y hasta contradictorias construcciones doctrinales que se han desarrollado con ese nombre, para asumir una posición personal, erigiéndola como un modelo, llamado a reformular la teoría del tipo y con ella y como consecuencia, la solución de figuras jurídico penales, tales como aquellas que se encuentran en nuestro local sistema jurídico penal.

Para tales fines, conviene tener claros los contenidos de la teoría causalista, finalista, funcionalista, teoría del riesgo, de la probabilidad, teorías de la causalidad, etc., así como los conceptos de Imputación, imputación objetiva, acción, conducta, sociedad, riesgo, prohibición, entre muchos más. Un ejemplo anticipado, en cuanto a la confrontación y correlación entre las teorías causales naturales y las teorías normativas, en el nivel del tipo penal, las teorías materializantes e individualizadoras del nexo causal resultan ineficientes para describir la relación de imputación, dado que existen cuestiones normativas de las que se han vislumbrado problemáticas, al pretender explicar la producción de ciertos desenlaces que sobrevienen de cursos causales, tal es el caso de los delitos imprudentes, los de la omisión, así como la participación, figuras especiales que deben encontrar otro apoyo en la ciencia jurídico penal, para su solución.

La consideración anterior obliga a introducir a la imputación objetiva como componente del delito, que tiene la misión de resolver la atribución de un resultado penalmente relevante a una conducta, desde el punto de vista teleológico fijado en criterios normativos, cuya ubicación correcta se encuentra en el marco valorativo del tipo.

Sin embargo, no solamente el comportamiento antijurídico le interesa a la teoría de la imputación objetiva también es relevante el resultado dañino, por lo que es necesario establecer una relación más, de la que será necesaria su determinación, tal es el caso de la relación entre acción y resultado, cuyo contenido y significado es el contenido principal de cada una de las teorías del delito.

De forma concreta y como una primera mirada global de lo que representa la teoría de la imputación objetiva, es una teoría basada en principios sostenidos como elementos estructurales generales de los delitos, tanto de acción como de resultado, estos son: a) Que el autor haya provocado el resultado previsto en un tipo penal de modo causal (natural) con su actuación y; b) Que se actualicen los



criterios normativos de imputación: creación de un riesgo o peligro, realización del riesgo creado en el resultado y que dicho riesgo sea jurídicamente desvalorado o no permitido. Ahora, en base a estos postulados y al momento del análisis del tipo del injusto y en específico, frente a figuras especiales, culposas, omisivas, entre otras, determinar cuándo son aplicables dichos criterios en nuestro Código Penal para el Distrito Federal.

En el mismo orden de ideas, al referirnos a la trascendente inclusión de la teoría de la imputación objetiva en el Código Penal para el Distrito Federal, postulando con ello una posible solución que resulte benéfica para la realidad jurídico-social de nuestro país, ya sea aceptando la inclusión parcial o total de esta figura, o bien rechazándola de plano. En efecto, la intención es evitar que esta adopción sea únicamente una trasplatación de figuras conformadas, desarrolladas e implementadas en otros países, sin el debido proceso de “permeabilidad”, al confrontar los aspectos propios de una sociedad como la nuestra, con aquellas realidades donde ya se ha establecido. Desde luego hay muchos puntos a considerar y que tienen que fungir como filtros normativos y culturales de esta figura.

Al respecto, adelanto una primera hipótesis: no es benéfico, ni conveniente implantar algunos o todos los criterios de la imputación objetiva, guiados únicamente por lo observado en el funcionamiento jurídico implantado de esta figura en otros Estados de Derecho, por tal motivo, es acertado prever que sin el debido proceso de adaptación, que va más allá de la adaptación jurídica, nuestro estudio invariablemente también transitará por la senda del aspecto social, político, cultural, y económico, no sólo de nuestro país, por lo que es necesario llevar a cabo una comparación con otros Estados de Derecho.

Es importante señalar también que para el estudio del siguiente trabajo de investigación buscaré utilizar todos los medios a mi alcance para llegar a develar una verdad basada en la razón científica, al utilizar aquellos procesos y métodos

creados por aquélla y todos aquellos métodos que nuestro objeto de estudio permita: el método deductivo e Inductivo, método analítico, sintético y propositivo así como, histórico-filosófico, del conocimiento (nomológico epistemológico) y el más importante para un abogado, el jurídico-normativo, así como el teleológico, cabe mencionar que estos últimos, son métodos que ocupa la teoría de la imputación objetiva para alcanzar el fin de imputar aquella conducta estrictamente prohibida y por ende relevante.

En fin, a manera de cerrar este preámbulo del tema que nos atañe, un considerando más, en efecto, cuando existe el gran reto de adaptarse al sistema de la justicia burocrática de nuestro ordenamiento jurídico penal, en una clara muestra de incompetencia en el desempeño laboral de muchos de sus operadores, donde los procesos son expedientes a engrosar y en donde es escasa la conciencia de aquellos quienes no comprenden la trascendencia de tratar con uno de los bienes más importantes para el ser humano, “la libertad” *lato sensu*.

Aún más allá del problema de la burocracia legal, están los fantasmas de la corrupción e impunidad, de todos conocidos, pero nadie señala de frente, pues mientras son causa de repudio general, también, cuando estos espectros caminan cotidianamente entre las sombras de la sociedad, cuando nadie ve, incluso, son tolerados y hasta secundados por quienes permiten su existencia.

# 1. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN. (DE LAS TEORÍAS CAUSALES A LAS NORMATIVAS).

1.1. Algunas cuestiones preliminares. 1.2. Fundamento natural (acción causal). 1.2.1. Teorías causales. 1.2.1.1 Teoría de la equivalencia de condiciones. 1.2.1.2. Teoría de la *conditio sine qua non*. 1.2.1.3. Teoría de la interrupción del nexo causal. 1.2.1.4. 1.3. Fundamento Normativista Valorativo (Una concepción normativa). 1.3.1. Teoría de la causalidad adecuada. 1.3.2. Teoría de la causa eficaz. 1.3.3. Teoría de la causalidad eficiente. 1.3.4. Teoría de la causa próxima. 1.3.5. Teoría de la causalidad relevante o Teoría de la relevancia jurídica. 1.3.6. Teoría del equilibrio de la causa preponderante. 1.3.7. Teoría de la adecuación al tipo. 1.4. Fundamento lógico ontológico, (acción final). 1.4.1. Teoría del finalismo. 1.4.1.2. Teoría de la adecuación social.

## 1.1. Algunas cuestiones preliminares.

El estudio de la causalidad es toral en la teoría del delito, por su concepción filosófica naturalista, lo que nos lleva a formular una pregunta inicial ¿Cuál fue la causa que produjo el resultado previsto en la norma? Para responder dicha cuestión y acreditar el nexo causal entre la conducta del sujeto y el resultado producido, hay diversas teorías causales.

Sin embargo, antes de pasar a las mencionadas teorías conviene tener presente que la causa es el fundamento u origen de algo que puede ser perceptible en la realidad. De tal diserto se ha originado desde la antigüedad, una constante lucha entre los seguidores del mundo de Platón, quien argumentaba que la causa primera estaba en un mundo ideal y los que siguen a Aristóteles quien dijo que ésta se encontraba en el mundo real. Dicha pugna ha continuado

hasta nuestros días, muestra de ello el debate en torno al ser y deber ser, el positivismo y el naturalismo, el caso concreto y los principios generales.

Pero, ¿Qué es lo que precede a todo? ¿Qué origina todas las cosas? ¿Qué es todo aquello que coopera a la producción de los efectos? No podríamos responder a estos cuestionamientos con alguna afirmación, sólo podríamos aseverar que en el presente estudio, la causalidad no es lo que causa ni lo causado, sino la relación, razón o motivo entre ambos (acción y resultado) o (causa y efecto).

Para determinar dicha relación hay que tener en cuenta algunos presupuestos como que la causalidad pertenece al ser y no está en el pensamiento (ficción) sino que es algo real. Al respecto, David Hume señaló tres condiciones de la causa, tiempo espacio y relación entre ambos, en conjunto las tres son una constante. En otras palabras, la causalidad expresa una conexión entre un antecedente o causa y consiguiente que es el efecto.

Otra consideración de la causa en general. La causa está compuesta por diversos hechos y a veces imposible de determinar la causalidad pues ésta pertenece al mundo ontológico, los que se encargan de ella son las ciencias físico-naturales, al jurista únicamente le corresponde determinar el papel que desempeña en el estudio de un resultado penalmente trascendente y así realizar el juicio de imputación.

Ahora, partiendo de que los elementos del delito son secuenciales y que el peso de la imputación va en incremento, es necesario dejar asentado una teoría del delito originada en la polémica sostenida por las escuelas causalistas y finalistas, seguidas de la aclaración que hizo el normativismo y por último el funcionalismo, como veremos la polémica se centra en la concepción de acción naturalística, final, normativa o social.

Para el causalismo, el concepto de imputación, fue construido en base al aspecto natural que en esa época permeaba de contenido no sólo al derecho, sino a muchas de las áreas del conocimiento, recordemos lo que fue el positivismo, que creó una inmersión del conocimiento científico-ontológico proveniente de las ciencias naturales en las ciencias sociales, incluso hubo quien pensó que el delito se debía a causas fisiológicas heredadas genéticamente que predisponían a un individuo a delinquir, tal es el caso de los postulados del llamado padre de la criminología César Lombroso quien pensaba que se podía conocer al hombre delincuente por sus rasgos anatómicos.

La teoría del delito no escapa de esta tendencia natural y cobra importancia el aspecto objetivo dentro de la conducta del hombre, tratar de comprobar el motivo que tuvo un individuo para delinquir es de suma trascendencia para atribuirle una imputación, para posteriormente establecerle un castigo o pena, sin embargo, pensar que el hombre sólo tiene una razón para delinquir, es como pensar en que se puede contabilizar y clasificar la totalidad de estrellas en el firmamento, la cantidad de hojas en un árbol o la cantidad de arena en una playa, en otras palabras, el hombre es fin en si mismo, o sea es imprevisible, pues tiene variables y expectativas infinitas de actuar, en consecuencia, nos aventuramos a suponer que hay cosas que la ciencia no puede, ni podrá, al menos por ahora, alcanzar a prever.

En estas condiciones se gesta el concepto natural de acción, como aquello que une a una conducta con su resultado, la teoría causalista, establece este nexo en un aspecto completamente natural, y para ello se generan varias teorías causales que buscan atribuir la imputación de un hecho a un individuo indistinto de una forma natural desembocando en una serie de excesos, mismos que en su momento se comentarán.

Antes de comenzar con el estudio de la acción natural y con el fin de clarificar tan importante principio básico de la teoría de la imputación objetiva, conviene también hacer ciertas precisiones con algunos temas de la causalidad, por ser causa y fundamento para nuestro objeto de estudio.

Respecto a los problemas con la causalidad adelantada, es una realidad que también puede suscitarse que varias conductas sean orientadas hacia el mismo fin, sin embargo, cuando una de ellas actúa más rápido, por ejemplo, el envenenado que muere de un disparo. Por tal motivo, se estima que la prueba plena no es la única factible, ya que no hay una sola posibilidad, es simplemente una legalidad estadística (riesgo).

Por ello lo destacado en la causalidad no es quien actúa primero, sino que conducta produce primero el resultado, de tal suerte que la individualización de la conducta no es un problema normativo. Para la causalidad, las acciones que no obtuvieron la consumación del deseado ilícito, serán sólo a título de tentativa. En pocas palabras, no se puede saber si existe un nexo causal en la acción que casi consigue un resultado. Es un nexo causal que surgió antes de que otros lo hubieran hecho.

En efecto, en la probabilidad entendida como legalidad estadística dentro de la causalidad, no siempre quien dispara un arma en contra de la cabeza de otro, producirá un resultado de muerte, sin embargo, la probabilidad de que en este caso se consiga el resultado de muerte es muy alta. Se habla no de una mera posibilidad, sino una probabilidad rayana en la certeza.

En cuanto a la causalidad en la omisión, hay que considerar que ésta es inexistencia de actividad que no produce modificaciones en el mundo exterior, por lo que no existe una relación de causalidad, ésta es hipotética, varía simplemente un poco la fórmula del *sine qua non*, en ésta, en lugar de ser suprimida la causa

sin la cual el resultado no se origina, se dice que es introducida a la acción mentalmente por lo que el resultado no debe desaparecer.

Por ende, la omisión es incapaz de modificar el mundo exterior, es una causalidad especial hipotética. No hay omisión absoluta ya que una persona en su actuar no puede quedarse completamente en pasividad, luego entonces, aún el que omite está haciendo algo. La omisión surge en un plano valorativo, en todos los delitos de omisión existe una acción reprochable, cuando la acción esperada no se lleva a cabo, en otras palabras, es una desobediente acción en una relación causal, de tal suerte que la omisión sólo puede ser entendida en sentido jurídico, es una valoración hipotética, una ficción necesaria para atribuir responsabilidad, pero siempre en referencia a una acción prohibida.

En el mismo sentido, para demostrar la causalidad en las acciones se requiere la certeza absoluta (de lo contrario se aplica el principio *in dubio pro reo*), en cambio para las omisiones basta que esté casi probada, mucho tendrá que ver si el delito es culposo o doloso, pues determina el delito de acción o de omisión, ejemplo: cuando el conductor que rebasa por el carril contiguo, no observa la distancia reglamentaria, más sin embargo, no tiene la intención de matar al ciclista ebrio y con tendecia suicida con el que impacta.

Por lo que atañe al curso causal indirecto o mediático. En el ejemplo del herido por proyectil de arma de fuego disparada por un tercero en contra de su humanidad, la causa de muerte que se origina es por el accidente de la ambulancia que lo trasladaba al nosocomio y no por el mencionado disparo. Al respecto recordemos aquella figura utilizada en la edad media del *versari in re ilícita*, es una figura, que conviene decirlo desde ahora, no puede ni debe permitirse más en el derecho penal contemporáneo.

Por lo que atañe a la causalidad en la física teórica, es menester comentar anticipadamente que la física es la materia encomendada al estudio del entorno

material y la filosofía al estudio conductual, de las cuales no se puede decantar, en orden de importancia, que objeto de estudio interesa más, el entorno o el hombre, así, se retoma una vez más la pugna ideológica-material entre ser y deber ser, aunque cabe mencionar que lejos de ésta polémica, estas dos ramas del conocimiento humano representan la base de las demás ciencias o disciplinas del conocimiento.

De tal suerte, que la causalidad tiene su parte filosófica pero también una parte física. Esta delimitación se hace en el sentido de que el derecho selecciona de todas las causas que provocan un resultado, únicamente las que le resulten de interés, con el fin de no desbordar su campo de actividad. Por lo tanto, existe un interés verídico en determinar lo que dió origen a determinado hecho, siempre partiendo del entorno y de la conducta del hombre.

En cuanto a la física cuántica, en el campo subatómico se asegura que no opera la causalidad, opera la relatividad general, esta idea vino a romper con muchos postulados, no sólo físicos sino filosóficos, por ejemplo el ver arrojar una piedra desde adentro de un vehículo en movimiento y otra desde afuera del mismo, su observación es relativamente distinta y depende del punto de vista solido, o en otras palabras, todo depende del punto de vista en que se observa, por lo tanto, no hay constantes, todo es relativo, todo depende del sistema de referencia que se emplea, también en la mecánica cuántica se dice que no hay causa constante e inequívoca, también es relativa.

Siguiendo con estas ideas, se afirma también que en cuanto al tiempo y al espacio, los relojes que se encuentran dentro de los vehículos en movimiento caminan más despacio que aquellos que se hallan en estado de reposo o el hecho de que envejece más el individuo que vive en lo alto de una montaña, que el que vive a nivel del mar. Si seguimos estas reglas de causalidad conforme a la teoría de la relatividad, nos llevaría a plantear hipótesis distintas y a ninguna constante.



Resulta lógico aventurarnos a decir que cuando el universo deje de expandirse, como ha ocurrido desde “la gran explosión”, y empiece una fase de contracción, en teoría, las cosas ocurrirían a la inversa, por ende, la causalidad tendría nuevas reglas, pero mientras esto no suceda, la física teórica de Isaac Newton será suficiente para acreditar la causalidad.

Respecto a las teorías creadas por Albert Einstein<sup>1</sup> como la relatividad y la física cuántica no tendrían relevancia para el derecho penal, a éste no le corresponde saber más allá de las teorías del gran físico inglés, pues mientras no haya delitos en los átomos y las lesiones o la muerte no sean provocadas en velocidades cercanas a la velocidad de la luz, se puede seguir trabajando con la teoría de la causalidad tal y como la hemos venido estudiando.

Ahora bien, es imperioso dejar por constatado la importancia de la causalidad para la teoría de la imputación, pues no hay resultado o modificación del mundo que no sea generado por factores precedentes, no se puede prescindir de la causalidad para cualquier estudio científico pues es una constante de la naturaleza.

La causalidad llamada a ser comprobada con relaciones causales en distintas ramas del conocimiento, como lo es la química, la medicina, la física, la ingeniería, etc., es lo que conocemos con el nombre de causalidad genérica, la cual proviene de la determinada forma del saber científico y la causalidad concreta que la debe determinar el Juez, en el caso específico, es por ejemplo, cuando no se puede determinar, cuál de las causas ocasionadas por distintos sujetos produjo el resultado (aquellos que disparan al mismo tiempo), y aún cuando los peritos sean indecisos, los Jueces utilizarán la causalidad concreta para resolver.

---

<sup>1</sup> “A comienzos del siglo XX formuló Einstein sus teorías de la relatividad general y especial, con las cuales las categorías de tiempo y espacio resultaron nuevamente afectadas” Reyes Alvarado, Yesid, *Imputación Objetiva*, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996, pág. 36.

Por tales motivos, hemos empezado a ver que la existencia de esta causalidad y la relación causal no basta por si misma para la deducción de una responsabilidad penal, pues no todos son relevantes, de tal suerte que la responsabilidad supone la existencia de la causalidad pero no toda causalidad es responsabilidad, por ejemplo, si en la muerte de un sujeto no puede determinarse de que arma provino el mortal disparo, lo procedente es exonerar a todo aquel imputado.

Hemos de dejar en claro que en siglos pasados la solución de los casos no se hacía con la figura de la imputación objetiva, estos obedecían a la figura medieval, antes mencionada, del ***versari in re ilícita***, la cual, en concreto establece que todo aquel que origine una causa desviada, se le debe imponer todo los resultados que sobrevengan de dicha conducta, cabe mencionar que hay mucha relación entre la figura del *versari in re ilícita* y la imputación objetiva, en el punto de que aquel que origine una causa desviada puede ser equivalente a la creación de un riesgo desaprobado, convergen en tal situación ambas teorías, ya que parten del aspecto natural de determinar aquella conducta que eleva o causa un riesgo desaprobado o una causa desviada, estas dos teorías se separan en cuanto al tratamiento de los resultados, lo cual veremos en posteriores análisis. En concreto, junto con Díaz Aranda, podemos ilustrar lo dicho anteriormente, que *tanto la imputación objetiva como la figura del versari in re ilícita, tienen el mismo inicio como “los juegos mecánicos que van sucediéndose como las fichas de dómimo”*.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Díaz Aranda, Enrique y Manuel Cancio Meliá, *La Imputación Normativa del Resultado a la Conducta*, Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, pág. 39.

En efecto la causa que originó el resultado de que las fichas vayan cayendo sucesivamente es la causa primera, por lo que a ella debe cargarse la acción inicial y las demás que se produzcan a raíz de ésta.

Por ahora sólo conviene saber que para la imputación causalista, el aspecto natural estuvo presente en el vínculo psicológico que liga al autor con su hecho, esto es, el nexo entre acción y resultado debe ser psicológico. Por tal motivo, es necesario, incluso de vital importancia, una vez comentadas las teorías causales, referirse al concepto jurídico de imputación y las teorías surgidas como teorías de imputación propiamente dichas (normativas), y no como imputación en general, cuya aparición se dió incluso antes del surgimiento de las teorías penales comúnmente conocidas.

Sin más, demos inicio a este interesante proceso evolutivo del concepto de acción iniciando desde la causalidad con la creación de las principales teorías causales, su paso por el finalismo con base ontológica y llegando a establecer una fundamentación normativa funcional, porque es precisamente en función a la norma como se restringe la causa adecuada que permite señalar a una conducta como relevante jurídico penalmente, en pocas palabras, también vamos a dar un recorrido histórico del contenido de la palabra imputación y sus modelos desarrollados, tal como comenta Roxin, “*Un giro de lo óntico a lo normativo, un cambio que va de la naturaleza de las cosas al establecimiento de fines valorativos.*”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Roxin Claus, *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania*, traducción de Miguel Ontiveros Alonso, Editorial Ubijus, Instituto de Formación Profesional, México, 2009, pág. 21.

## 1.2. Fundamento natural (acción causal).

Los conceptos naturalísticos, se les deben a grandes juristas como el insigne profesor alemán de la universidad de Kiel, Gustav Radbruch<sup>4</sup> que en lo particular se le debe el concepto óntico de acción. Al respecto sostenía que el derecho penal se nutre de conductas, siendo necesario para el estudio del delito, además de dicho concepto de acción causal, identificar los conceptos valorativos de la antijuridicidad y de la culpabilidad, de tal suerte, el concepto de acción es la piedra angular del sistema penal porque es un concepto previo sobre el cual se eleva los reproches de antijuridicidad y culpabilidad, sin embargo, este jurista sostenía que la acción tiene un carácter neutral. Y continúa diciendo que la rectitud de una conducta no obedece a la empíria, sino a lo que debe ser, al valor supremo.

En efecto, tenemos que la acción es fenómeno óntico pero por otro lado también es consciente y voluntario, por lo que se dan tanto el querer y la causalidad, la voluntad está presente en toda conducta como concepto óntico neutral, mientras que el contenido de ese querer corresponde a la culpabilidad como un juicio valorativo, luego entonces, se confirma que el concepto de acción es piedra angular del sistema penal, un concepto previo sobre el cual se elevan los reproches de antijuridicidad y culpabilidad pero al tener ésta, un carácter neutral, es un fenómeno óntico consiente y voluntario, por lo que se dan tanto el querer y la causalidad.

Sin embargo, el problema de la escuela causalista radicó en no saber tratar figuras tan importantes para la delimitación debida de la imputación, tales como la imprudencia y la omisión, haciéndose acreedora, dicha escuela, a las más severas críticas hechas por penalistas, tanto contemporáneos a ellos, como posteriores,

---

<sup>4</sup> Radbruch Gustav, *Filosofía del Derecho*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1978, pag 10.

estos últimos, como aquellos que plantearon los problemas a los que se enfrento el causalismo y las posibles soluciones a los mismos, figuras de las que se ahondara un poco más, en su momento.

También, como veremos más adelante, a partir de la crítica al delito de omisión e imprudencia, surge la teoría de la acción social con Roxin, tal como comenta Paz de la Cuesta, para quien el funcionalismo es un criterio rector de la política criminal, por ende, los resultados conforme a pautas de la política criminal tendrán que ser imputados al autor como su obra. De tal suerte, dicha penalista refiere: “el funcionalismo acepta las modificaciones estructurales del finalismo y agrega la política criminal y acerca el método del neokantismo, como un juicio de desvalor del injusto penal y el de responsabilidad.”<sup>5</sup>

Por otra parte recordemos que Franz von Liszt diferenció entre actividad voluntaria objetiva y subjetiva, que lo encaminó a un análisis naturalístico y normativo en la culpabilidad. Este autor ya había dicho que la omisión es un concepto con características jurídicas y no naturalísticas, lo que nos lleva a pensar, que siguiendo puntualmente a este autor nos dirigamos cada vez más a la tendencia actual encabezada por algunos juristas defensores de la teoría de la imputación objetiva, quienes propugnan por un regreso del predominio del aspecto objetivo sobre el subjetivo en el derecho penal, o lo que algunos ya han nombrado como la vuelta a **von Liszt**. Al respecto **Reyes Alvarado** establece:

*“Y retomando por último el aspecto puramente histórico, cabe recordar que en el fondo la distinción entre los ámbitos objetivo y subjetivo de la teoría de la imputación es similar a la planteada por **Radbruch y von Liszt** a comienzos de siglo, para diferenciar lo que desde el punto de vista de una teoría causal del delito era un simple generador de la causalidad...”<sup>6</sup>*

---

<sup>5</sup> De la Cuesta Aguado, Paz María, *Tipicidad e Imputación Objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1995. pág. 59.

<sup>6</sup> Reyes Alvarado, Yesid, *op. cit.*, pág. 77.

Con lo cual, empezamos por vislumbrar desde ahora una diferencia entre acción causal, acción final, acción normativa y social.

La acción causal es una acción previa al tipo de enfoque naturalístico de naturaleza pre-jurídica y no valorativa, para la acción final es necesario y suficiente el inicio en la causalidad como una categoría ontológica y pre-jurídica, también para la acción normativa la causalidad es insuficiente y contingente necesita la ayuda del elemento normativo para llevar a cabo la vinculación entre resultado y conducta.

Para ir cerrando ideas, en las teorías individualizadoras de la causalidad, no toda condición del resultado puede considerarse causa del mismo, sino aquella condición con mayor eficacia causal atendiendo al factor decisivo. Sin embargo, conviene preguntarse ¿Quién determinara cuál condición es más eficaz o con más preponderancia? Y conviene aún más responder que esta condición no la decide el derecho penal, sino la naturaleza.

Es cierto que las teorías individualizadoras restringen demasiado la esfera de conducta causal. Toda causa es causa que provoca el resultado, (la causa de la causa es causa del mal causado) esto es cierto objetivamente pero para saber cuál de estas causas le interesa al derecho penal, hay que ir aseverando que sólo la imputación objetiva está en condiciones de acertar, pues en ella se observa, como una acción es parte de una serie de causas, igual que la omisión de varias de éstas, naturalmente hablando no estaría bien, luego entonces, se deben tener en cuenta todas las causas que originan una acción, esto lleva a una fundamentada y correcta causa objetiva ontológica y natural.

En cuanto a la imputación objetiva se comparte el pensar que si no hay causa que provoque un resultado de nada sirve analizar si fue una conducta riesgosa o peligrosa, ante todo debe haberse dado una relación de causalidad, sin

embargo, cabe adelantar que no todas las relaciones de causalidad le interesan al derecho penal. (Base causal más relación de peligro no es suficiente para una imputación objetiva). Por tal motivo la causalidad ni es suficiente (delitos de acción) ni es siempre necesaria (delitos de omisión) la causalidad es un momento parcial y contingente, o sea que no es la totalidad del hecho, aún falta determinar el aspecto subjetivo y el normativo, cabe decir que la causalidad es contingente pues no siempre puede estar presente, por ejemplo, en la omisión ésta no transforma al mundo y siempre está en relación a una acción esperada.

Como conclusión parcial, una interrogante. ¿Será la imputación objetiva un regreso al causalismo o una complementación de éste? Pues al fundamentar la teoría de la imputación objetiva, en su versión más radical, se establece la medida en que se debe separar el aspecto subjetivo de lo objetivo, como si la conducta, la acción o la causalidad fueran cien por ciento objetivas, por ejemplo: el que sirve café desconociendo que el mismo ha sido envenenado de manera dolosa por un autor inicial, es claro que mediante la conducta de ambos sujetos tanto el mesero como el que envenena, son causa eficaz del resultado de muerte por envenenamiento del sujeto pasivo.

### **1.2.1. Teorías causales.**

#### **1.2.1.1. Teoría de la equivalencia de condiciones.**

Hay quienes afirman que esta teoría ya había sido establecida por John Stuart Mill en 1843 quien hablaba de una serie de diversos antecedentes o causas que generan ciertos efectos, posteriormente fue propuesta por Julius Glaser en 1858, esta teoría se aceptó por Liszt, Radbruch, Merkel, etc.,<sup>7</sup> pero finalmente es atribuida a Von Burí en 1886 quien comentó que la causalidad en derecho penal

---

<sup>7</sup> *Bibliotecadigital.ilce.edu.mx/sites/ciencia/volumen3/.../161/.../sec\_29.htm On Liberty, John Stuart Mill, publicado en Londres 1816.*

es la suma de varios elementos que pueden considerarse causa de un fenómeno, pero a su vez cada uno de esos elementos individualmente considerados pueden ser también causa de ese resultado, por lo tanto, las causas de un resultado son equivalentes poseen el mismo valor para producir un resultado y cada uno de ellos tienen la misma importancia, por lo tanto, las condiciones son equivalentes.

En cuanto a la objetividad del tipo penal esta significa que este concepto comprende únicamente elementos para cuya comprobación no se requiere la consideración de los aspectos anímicos del autor. Todo suceso subjetivo transcurrido en el interior anímico del autor, no corresponde al tipo penal.

Conviene añadir que en esta teoría cada una de las causas deben ser consideradas como causa, ya que poseen un valor equivalente entre causas y sólo su conjunto posibilita el resultado, de tal suerte que se consideran causas a todas aquellas que rodean un hecho, desde el fabricante del reloj, hasta el que lo ocupa para detonar una bomba. Al partir de que todas las causas son causas y de que, doctrinalmente, esta teoría es la aceptable, entonces, como hemos dicho, para que un arranque sea natural, no se debe dejar fuera ninguna causa, sólo aquella hipotética.

Por ende, la teoría de la equivalencia de condiciones o teoría de la condición, es la dominante en el derecho penal alemán. Hemos dicho que según esta teoría se estima causa toda condición del resultado concreto y todas las condiciones deben considerarse equivalentes, no sólo en el sentido causal, sino también en el jurídico. La teoría de la equivalencia de las condiciones ostenta dos características básicas:

Primeramente, la irregularidad del curso causal no excluye la consecuencia: Lo insólito de una relación condicional no tiene influencia en la causalidad, por ejemplo, si alguien lesiona levemente a una persona que muere posteriormente en el hospital a consecuencia de una reacción súbita ante la anestesia, o por un error



del facultativo que interviene al paciente infringiendo las reglas del arte médico o por un corte de energía en las instalaciones que impide un tratamiento oportuno, o porque equivocadamente se le practica una transfusión de sangre, se considera que todas las condiciones son causantes de la muerte. Lo mismo ocurre cuando alguien le propina a otro una bofetada y éste muere debido a la ocurrencia de una cadena de circunstancias infortunadas. Tampoco cambia absolutamente en nada la causalidad, cuando la causa determinante del resultado se encuentra en la condición corporal o en la infracción a los deberes de autoprotección por parte del lesionado (se niega a recibir tratamiento médico, o no cumple con las prescripciones de éste).

Claro está que en muchos de los casos se da la causalidad, pero no la imputación.

En segundo lugar, la relación de causalidad no admite interrupción: La causalidad no se interrumpe porque entre la conducta y el resultado obre la actividad dolosa de un tercero. En general puede afirmarse que la relación de causalidad no admite interrupción alguna; se considera que las condiciones anteriores, intermedias o sobrevinientes, no tienen efecto excluyente del nexo causal; tampoco, las conductas posteriores de terceros; por ejemplo, cuando alguien deja un revolver cargado en un bolsillo de su abrigo, que es confiado a un guardarropa de teatro y uno de los acomodadores, cuando el revólver se cae y este por casualidad lo toma y apuntando a uno de sus compañeros oprime, por broma, el gatillo, son considerados tanto el visitante como el acomodador, causantes del resultado producido.

Ahora bien, una de las principales críticas de la teoría de la equivalencia de las condiciones que se basa en que ésta es tan sólo una doctrina y su fórmula es la *conditio sine qua non*, donde aquélla es el reconocimiento formal de una característica del proceso causal mientras ésta es una fórmula o mecanismo que

pretende individualizar las causas, en otras palabras, la crítica radica en que no es lo mismo ser parte del proceso que ser el proceso.

Otra de las críticas a la equivalencia de las condiciones radica en la amplitud exagerada de la causalidad en el ámbito de la responsabilidad independientemente, si se examina tanto hacia el pasado como hacia el futuro, es una serie o cadena de eventos unidos causalmente que enlazan un hecho, remitiéndonos a un regreso infinito como se ha dicho hasta llegar a responsabilizar al padre “Adán”, imputándole ser el origen de toda causa. En efecto, la cadena causal puede remontarse a épocas remotas, por ejemplo para los creyentes puede representar un regreso hasta Adán y Eva, Zeus, Krishna etc., o para “algunos creyentes científicos” un regreso hasta el Big Bang, pudiendo hacer cortes arbitrarios en cualquier eslabón de dicha cadena serial, esto es, hacer un sesgo de siglos, años o días pasados, para empezar la secuencia a partir de ese punto discrecional.

De este pensamiento deriva la teoría llamada de la equivalencia de las condiciones, de la condición simple, o de la *conditio sine qua non*, tal como lo señala oportunamente Sebastián Soler: “fue la teoría dominante durante mucho tiempo en la doctrina y aún en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Berlín, por la influencia de v. Burí.”<sup>8</sup>

Cabe mencionar que von Burí trataba ya de defender los postulados de la teoría de la equivalencia de las condiciones al establecer correctivos como el de la previsibilidad.

Sintéticamente puede resumirse diciendo que por causa se entiende la suma de las condiciones positivas o negativas que producen el resultado y como

---

<sup>8</sup> Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, tomo I, Editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, pág. 306.

todas las condiciones son equivalentes entre sí, por tener el mismo valor causal, cada una de ellas a su vez, debe considerarse como causa del resultado.

#### **1.2.1.2. Teoría de la *conditio sine qua non* o fórmula de la teoría de la equivalencia de las condiciones.**

Esta teoría ganó un gran número de adeptos, por la utilización de un método sencillo y rápido que permite establecer cuando existe nexo de causalidad entre una condición y el resultado, este método se basa en la fórmula de la *conditio sine qua non*. Según ella, para determinar el vínculo entre un comportamiento humano y un resultado, debe emplearse el siguiente mecanismo: si se suprime mentalmente la acción y el resultado no se produce, es porque existe un nexo de causalidad entre la conducta y la modificación del mundo exterior.

Respecto de la fórmula de la *conditio sine qua non* podemos comentar que no sólo es útil respecto de aquellas conductas que previamente (ex-ante) pueden suponerse hipotéticamente causales o sea, presupone el conocimiento previo de la capacidad causal de acción o de otras similares. Por ejemplo el caso de quienes envenenan con dos sustancias, una de efecto lento, la otra rápida, la primera es lenta para el caso de no haber concurrido la muerte por la segunda rápida, sin embargo, el resultado se hubiera producido igual.

En el mismo orden de estas ideas, la *conditio sine qua non* es un mecanismo, para atribuir a un factor la categoría de causa, en breves palabras, es causa toda aquella que no puede ser suprimida mentalmente sin que el resultado desaparezca.

Cabe mencionar que estas teorías de la causalidad son mecanismos para individualizar aquellas conductas que deberían ser consideradas por el derecho

penal como obra del autor o imputación a un sujeto que lleve a una responsabilidad del mismo.

Ahora bien, la *conditio sine qua non* (condición sin la cual no se habría producido el resultado) ejemplo, el asesinato de su madre es una determinación amplísima de la causalidad que tiende al infinito, se dice que el límite de esta teoría sería precisamente una institución dogmática de la imputación objetiva, la prohibición de regreso.

Por su parte también se puede refutar la teoría de la *conditio sine qua non* al señalar, como se dijo, que es causa todo aquel factor que no puede ser suprimido sin que el resultado desaparezca, llegando a la conclusión de que la supresión de la causa es hipotética, esto es un posible resultado y no se explica cómo debe ser escogida esa causa o la condición que debe ser suprimida. Esta crítica de la teoría de la *conditio sine qua non*; consiste en que no puede ser suprimida mentalmente ninguna de las varias actuaciones sin que el resultado desaparezca, por ejemplo, en un homicidio, cuando ninguna de las acciones desplegadas por el sujeto activo fue causa de la muerte en un sujeto pasivo. La solución no ficticia, sería establecer una prohibición de considerar cursos causales hipotéticos, ya que en el proceso causal no se puede prever la conducta, es cierto que se pueden suprimir válidamente condiciones ya dadas, más no las que no han ocurrido.

Un factor más que se destaca en contra de la *conditio sine qua non* es que no permite determinar una causa sino que presupone su conocimiento, y es el uso de peritos quienes determinan correctamente los procesos causales, por ejemplo en aeronáutica, física, química, etc., cabe adelantar que el penalista se apoya de estos para lograr en su caso desvirtuar o fundamentar, en este nivel, una imputación.

Aunque hay que reconocer la importancia de esta teoría de la *sine qua non* pues da un primer vínculo entre la acción y el resultado, sin embargo, no es una causalidad funcional por que no determina cuando un resultado debe considerarse en función de una conducta y cuando no.

Queda claro que la fórmula de la *sine qua non*, es la de la supresión hipotética y por otro lado la causalidad como condición de igual valor de varias condiciones. La condición o causa es todo aquel factor que si se suprime mentalmente da lugar a que también desaparezca o se suprima el resultado, es una fórmula hipotética el factor suprimido en el supuesto que éste no se haya dado. El problema es a la hora de seleccionar cual debe ser la condición suprimida penalmente relevante, para determinarla como causa del resultado. Por ende, la teoría de la equivalencia de las condiciones no determina la causa, sino sólo determina su conocimiento, esto es, comprobar que la constatación o la relación del nexo causal de forma empírica.

Posteriormente y a raíz de las críticas a esta teoría antes mencionadas, Von Burí trata con correctivos de reafirmarla. Como ya se dijo, es el caso de la previsibilidad, a pesar de esta corrección hay una deficiencia en que se presume la existencia del nexo causal (hipótesis). Lo importante de la relación de causalidad o su nexo causal es la constatación que sea constante que puede decir que una medicina siempre ocasiona malformaciones o muerte, si no se da en todos los casos, luego entonces, no hay nexo causal, (caso de embarazadas que abortaron con un tratamiento en la década de los 70s). También resulta importante tener en consideración que la aplicación filosófica al ámbito del derecho penal se da en dos planos totalmente diversos, teoría de la equivalencia y la *sine qua non*, tiene una función limitadora aunque insuficiente.

Como expone Gimbernat Ordeig: “para Helmuth Mayer el contenido de la teoría de la *sine qua non* se puede ilustrar con este ejemplo: está ciertamente

prohibido procrear a un asesino pero uno no puede ser castigado por ello porque falta la culpabilidad.”<sup>9</sup>

En efecto, Sebastián Soler comenta que por su parte Mayer dice que el problema está mal planteado cuando se pregunta: “¿bajo que condiciones debe considerarse una manifestación de voluntad como causa del resultado? Buscar los verdaderos límites de la imputación de los efectos en los principios que rigen la participación (Liszt) y la culpabilidad (Mayer).”<sup>10</sup>

En síntesis la *conditio sine qua non* es un mecanismo inútil en la determinación de la relación causal, caso contrario el de la equivalencia de las condiciones siendo su única crítica de ésta, el regreso infinito, sin embargo, ésta si puede ser utilizada con su precisa delimitación. Para tales efectos, fue necesaria la creación de subsecuentes teorías que a continuación analizaremos:

### **1.2.1.3. Interrupción del nexo causal.**

Al afirmar que los hechos sobrevinientes interrumpen el curso causal primitivo se observa por ejemplo que en el caso del sujeto que ha recibido lesiones por parte de otro, sin embargo, muere producto de una explosión en el hospital en el que es atendido, este suceso posterior es el que interrumpe el nexo causal.

En efecto, los hilos causales vinculan una acción con un resultado por ejemplo en el caso del envenenamiento de un sujeto con resultado de muerte, no es sólo una causa natural, cuando la acción es diferente a la causa, incluso puede ser una no causa y el resultado es más que una consecuencia, hay un contenido de significación que lo une con la acción, por ende, en el caso de que se dé una

---

<sup>9</sup> Gimbernat, Ordeig, Enrique, *Delitos Cualificados por el Resultado*, Editorial Centro de Estudios Ramón Ateces, España, pág. 54.

<sup>10</sup> Soler Sebastián, *op. cit.*, pág. 309-311.

relación de causalidad naturalmente entre la causa y el efecto hay que aceptar que lo que logra la vinculación entre acción y resultado es un contenido significativo, estos hilos conductores o nexo causal es colocar al resultado en función de la acción.

Por lo tanto, Para conseguir una Interrupción del nexo causal se requiere de la actuación posterior de otra persona. Ejemplo, la ambulancia que sufre un accidente en el traslado de un lesionado al hospital, si interrumpe el nexo causal.

### **1.1. Fundamento Normativista Valorativo (Una concepción normativa).**

Posteriormente en el debate ya no fue suficiente el discurso causal, y se determinó que esta constatación de los hechos estaba bien para la naturaleza física, pero no para las relaciones sociales. Para los fenómenos sociales, surge con la corriente filosófica del neokantismo, la valoración del objeto, que estableció que no basta sólo lo que observamos en la naturaleza, además debemos someter estas manifestaciones causales a un juicio que implica una valoración, en otras palabras, una interpretación personal e interna del observador, ésta fue una primera valoración normativa.

Desde luego, la concepción valorativa en derecho penal es un organismo normativo donde hay que diferenciar dos concepciones: el naturalístico (sociedad) y el valorativo (normativo), de tal suerte que la superestructura normativa presupone la existencia de una infraestructura natural. El causalismo traslada indebidamente conceptos naturalísticos al plano valorativo, el ejemplo de que el desconocimiento de la ley de gravedad nada tiene que ver con el establecimiento de la norma, pues con o sin ésta, la ley natural seguirá cumpliéndose, este ejemplo, que ya hemos dicho, deriva en la polémica sostenida entre las llamadas escuelas causalista y finalista, que como se dijo, se centra en la formación del concepto de acción dependiendo de su origen naturalístico o normativo. En pocas

palabras, para el positivismo (causalismo), la acción causal es un proceso causal con independencia de la finalidad del autor, sobre el particular, Sauer escribe

*“La causalidad específicamente jurídica típico-normativa o adecuada se ha de determinar, como supra, como la tendencia o la actuación hacia un cierto resultado, como una conducta, que en sí (generalmente) apropiada para producir un resultado de esta naturaleza. La causalidad natural, pura lógica teleológica. Ésta es una conexión de condición entre todos los miembros del querer y del obrar, así como de los factores influyentes en ella de la personalidad y del mundo circundante.”<sup>11</sup>*

### **1.3.1. Teoría de la causalidad adecuada.**

La teoría de la causalidad adecuada, postulada por el pensador y filósofo Johannes Von Kries y Träeger en 1888 y Ludwing Von Bar en 1871, consideraba que las causas siempre serán adecuadas y que las condiciones no son equivalentes entre sí, pues para que una condición sea adecuada, debe regularmente (según las leyes de la probabilidad y la experiencia general de la vida) acarrear el resultado, antes hacer un juicio de probabilidad. En otras palabras, se eliminan los cursos extremadamente improbables (aventurados) y excluyo a la causalidad del concepto penalmente relevante. Al respecto Gimbernart Ordeig comenta: *“Utiliza como criterios para determinar los distintos grados de posibilidad, las sustituye Träeger por la intención.”<sup>12</sup>*

La también conocida como teoría de la adecuación, es la teoría predominante aún en el derecho penal (Finger, Beling, v Liszt y otros), pierde, sin embargo, cada vez más terreno (Kohler, Frank,) y está en crisis desde hace mucho tiempo. Apoyando tal aseveración a dicho de Guillermo Sauer: *“sustentan la teoría de la adecuación además de sus fundadores v. Kries (1886) y más tarde Rümelin, que, singularmente, no pertenecen del todo al derecho penal, v. Bar,*

---

<sup>11</sup> Sauer, Guillermo, *Derecho Penal (parte general)*, Editorial Bosh, Barcelona, 1956, pág.111-134.

<sup>12</sup> Gimbernart Ordeig, *op. cit.*, pág. 46.



*Merkel, Treager, v Hippel, Kohler, además de la mayor parte de los defensores de un concepto material del injusto*<sup>13</sup>. Y agrega Gimbernat Ordeig: *“Merkel Adolf, fue el primer penalista que se adhirió a la teoría de la adecuación.”*<sup>14</sup>

¿Cuándo una condición es normal o regular para la producción de un resultado? Al respecto, Von Bar y algunos autores referidos anteriormente son acordes al señalar que se determina la condición según la excepción general de la vida, si se tiene a la regla general de la vida como aquellas conductas de probabilidades del mismo curso causal y que no solamente por azar han colaborado al logro del resultado, por lo que son consideradas jurídicamente relevantes. Por lo tanto, dicha adecuación es un juicio de probabilidad por medio del cual, el Juez determina la normalidad objetiva. Mereciendo señalar que tal juicio de probabilidad, en donde no es el hombre medio, ni el juez, quienes lo determinan, sino un experto en probabilidad (perito en causalidad).

En este mismo contexto Sebastián Soler agrega:

*“El juicio de probabilidad no puede ser el simple resultado de un análisis somero de los hechos, sino que tratándose de determinar la generalidad y adecuación del fenómeno, es necesario guiarse por el dictamen de la experiencia, y para ello el dato que debe buscarse es el que puede suministrar aquel que conoce profundamente los procesos de esa clase, es decir, el perito, el cual determina, sirviéndose del caudal de conocimientos que la ciencia y la experiencia proporcionan, si el resultado corresponde o no al curso normal de los acontecimientos.”*<sup>15</sup>

Por su parte Gimbernat Ordeig, al respecto, comenta:

*“Kries establece que la posibilidad y la probabilidad son diferentes. De todas las causas de la experiencia general de la vida, determina una probabilidad alta para que se produzca el*

---

<sup>13</sup> Sauer, Guillermo, *op. cit.*, 1956, pág. 137-138.

<sup>14</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, *op. cit.*, pág. 33.

<sup>15</sup> Soler, Sebastián, *op. cit.*, pág. 319.

*resultado, todas las demás quedan fuera y aquélla es la relevante. La teoría de la adecuación, fundada por v. Kries y cuyas bases científicas pasamos a exponer, descansa en una aplicación del juicio de posibilidad a la relación de la causalidad.”<sup>16</sup>*

Por otro lado, Von Bar diferencia entre causa y condición la condición con la experiencia general de la vida se convierte en causa y conduce a un resultado, luego entonces, será condición adecuada. Por lo tanto, la causalidad adecuada considera como causa a aquella condición que previsiblemente conduzca al resultado.

Pero ¿Qué se entiende por causa adecuada? Para sus creadores, la causa adecuada es un fenómeno producto de la confluencia de diversas circunstancias, sin cuya acción conjunta no podría ser explicado dicho fenómeno, en donde se distingue entre causa y condición, la condición sólo será causa si se da con la forma en que regularmente se dan los fenómenos naturales (de acuerdo a las reglas generales de la vida, o de acuerdo a la experiencia general), en esta condición, se deja intacta la causalidad natural, valida la equivalencia de las condiciones y limita la amplitud a través de juicios de probabilidad que son capaces de alterar el curso causal. Según Jakobs, el intento más significativo hacia una restricción de la causalidad a la causalidad imputable objetivamente, fue emprendido por la teoría de la equivalencia de adecuación.

Ahora, en el momento en que al estudio de la causalidad adecuada se le agrega el elemento subjetivo de dolo y culpa, la teoría de la causalidad adecuada es no identificada como una teoría de la causalidad, es más una teoría de la imputación, situación que nos va acercando un poco más al tópico central de este estudio. De tal aseveración opina Mir Puig:

---

<sup>16</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, *op. cit.*, pág. 25.

*“La teoría de la adecuación no puede considerarse una teoría de la causalidad, sino una teoría de la imputación objetiva, es decir de límite de la responsabilidad sobre la base de la efectiva causalidad”<sup>17</sup>*

En tales términos el filósofo von Kries, dio los fundamentos de esta doctrina, con la creación de la teoría subjetiva de la causación adecuada y al excluir de la causalidad, en el ámbito jurídico, todo lo que no corresponda a la denominada regla de la vida, considerando como causa propia para producir un resultado de la índole concreta, el sentir del sujeto que actúa.

Recapitulando, a palabras de Sebastián Soler:

*“von Kries juzgaba que había que colocarse en el punto de vista del autor del hecho, para tomar en cuenta las circunstancias que conocía o podía conocer al emprender su acción. Se trata de establecer si la consecuencia era previsible desde el punto de vista del sujeto y dadas las condiciones en que actuó.”<sup>18</sup>*

Respecto a este sentir, el juicio de previsibilidad como el conocimiento que el autor tenía al momento de desplegar la acción, se introyectan en la teoría de la adecuación, en una ficción que sirve como referente comparativo de conductas, dirigidas a un ente capaz de guiar impecablemente su conducta: “el hombre medio u hombre prudente”. Un ejemplo de lo anterior se da cuando la muerte producto de una lesión de quien no sabía, debiendo saber ciertas condiciones del sujeto (culpa), o del que lesiona aún sabiendo que el sujeto es hemofílico (dolo), la diferencia puede ser trascendental en términos de imputación, tal como se verá más adelante.

Lo anterior nos invita a la siguiente reflexión. Aunque existiera una persona que hubiera vivido lo mismo que el autor (critica al hombre medio), nunca nadie

---

<sup>17</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, parte general*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2005, pág. 254.

<sup>18</sup> Soler, Sebastián, *op.cit.*, pág. 319.

podrá estar en las mismas circunstancias, lo que confirma que la teoría de la adecuación no es causal, es una teoría de la imputación objetiva o normativa, lógicamente cabe negar que la causa adecuada es causa de toda condición sin la cual el resultado no se hubiera producido.

Siguiendo con este juicio de valor dentro de esta teoría, podemos agregar que es un pronóstico que se hace con posterioridad a los hechos de los conocimientos exigibles que debió de tener en el momento de desplegar la conducta el autor (hombre medio), mientras que la generalidad de esos conocimientos se remiten al aspecto objetivo de la conducta, los conocimientos especiales lo hacen al aspecto subjetivo de la misma.

Sin embargo, esta confusa mezcla entre los aspectos objetivos y subjetivos impide la correcta delimitación de la equivalencia de las condiciones que no alcanza a solucionar casos de improbable curso causal en una causa jurídica relevante, verbigracia, es improbable que un proyectil de en el blanco, aún queriéndolo así, por motivo de la distancia en que se encuentra el tirador en relación a dicho blanco, o, aún estando cerca, por la falta de habilidad de éste, de tal suerte que sólo en una inimaginable trayectoria que llega a dar en el blanco es como se da el resultado, en otras palabras, por fortuna. En este ejemplo la teoría de la causalidad adecuada negaría la existencia de una relación causal debido a lo extraordinario del curso causal.

Por consiguiente, la teoría de la causalidad adecuada desafía la ley de las probabilidades. Hay muchos ejemplos en donde es improbable que se logre un resultado, sin embargo, parece que los milagros si existen, cuando se pueden dar procesos causales increíbles, por ejemplo, cuando un sujeto a quema ropa dispara una bala en la cabeza de otro y éste, por fortuna, no muere. (Recordemos el caso del futbolista Salvador Cabañas agredido en un bar de la ciudad de México).

Por lo tanto, la teoría de la adecuación o de la condición adecuada, no busca comparar las diversas condiciones, busca aquella más eficaz o la decisiva condición para establecer una jerarquía. En efecto, analiza una por una las condiciones en sí mismas y no en conjunto, con el objetivo de encontrar la conducta que importe al derecho y no sólo su eficacia causal, esta teoría se pregunta si al momento de realizarse pudo preverse. Por ejemplo, aquella persona prudente que en el mismo caso habría comprobado el arma y habría advertido que estaba cargada, (también recordemos el caso famoso de la muerte del actor de artes marciales Bruce Lee y de su hijo Brandon Lee) como ejemplos de error de tipo y de negligencia.

Además, hay que agregar que la teoría de la causalidad adecuada, en principio, pretendió restringir el concepto de la conexión causal, al amparo del Derecho, limitando por tanto la corriente naturalista sobre el nexo causal al sólo ámbito de lo jurídico. Conforme a tal teoría, toda condición es causa en la producción del resultado, pero no toda condición, sino aquella apropiada para producirlo. Ahora bien, se propone que para restringir los resultados de la teoría de la equivalencia de condiciones se dan dos opciones: rechazar esta teoría y mantener otra más restringida (teoría de la adecuación), o bien un punto de partida causal pero insuficiente para permitir la imputación objetiva del resultado. Siguiendo a Luis Jiménez de Asúa, que en este sentido señala:

*“Tan erróneas resultaban las consecuencias de la doctrina que ahora estudiamos, en los delitos calificados por el resultado, que en algunos escritores que se adscribieron a la citada fórmula de la sine qua non, se vieron en la inexorable precisión de exceptuar esa categoría de infracciones y aplicar a ella la doctrina de la causa adecuada.”<sup>19</sup>*

Respecto al funcionamiento de esta teoría en relación a la imputación objetiva, se basa en admitir la existencia de todas las causas (equivalencia de las

---

<sup>19</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito*, Editorial Sudamericana Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 225.

condiciones) pero concede el interés jurídico sólo alguna de ellas. De tal suerte, que la teoría de la adecuación reduce y selecciona causas jurídicamente adecuadas lo que permite la imputación objetiva, interpretando el verbo típico desde el punto de vista de la finalidad de protección de la norma del derecho penal, desvalorando con ello, conductas suficientemente peligrosas ex-ante.

En cuanto a las críticas a esta teoría. Se dijo que deja fuera la relevancia jurídico penal, pues no explica que es una conducta prohibida y no soluciona todos los casos, por ejemplo: en el caso del chaleco antibalas, en donde lo improbable se suscita; es increíble que en el único espacio de ese chaleco, un proyectil penetre en el cuerpo de un individuo. En tales circunstancias, esta teoría no da solución a casos por ser improbables del curso causal y del resultado y aún existiendo una causa jurídicamente relevante.

Sólo queda una crítica al planteamiento de Von Bar que consiste en que él no determinó las reglas de la vida o aquellas normas socialmente aceptadas para que se dé la adecuación e inadecuación social, su estudio, pese a sus esfuerzos, siguió en un terreno natural, este autor selecciona la causa adecuada en la previsibilidad, aún cuando la adecuación requería complementariamente de la dominabilidad del hecho.

### **1.3.2. Teoría de la causa eficaz.**

Birkmayer niega la equivalencia de los factores, no hay igualdad todas son diferentes, por lo que se debe elegir una que tenga mayor disposición causal al resultado. Es una valoración empírico cuantitativa que determina cual causa tiene mayor o menor aptitud causal. Por lo tanto, se descalifican por completo condiciones menos favorables, aunque relevantes jurídicamente, si por un lado elimina la participación, queda en pie sólo la autoría.

En tal panorama, Sebastián Soler es oportuno en argumentar que:

*“Birkmayer viene a concluir en la necesidad de distinguir, ya sea cualitativa y cuantitativamente, una condición de las demás. Pero ante la real imposibilidad de comprobar la eficacia intrínseca de un fenómeno concluye en un verdadero empirismo sin fundamento.”<sup>20</sup>*

En este tenor Guillermo Sauer también comenta: “La teoría de Birkmayer de la condición eficaz que solamente es una causa, así como su análoga la teoría de la preponderancia de Binding.”<sup>21</sup>

Así, en la teoría de la causa eficaz o de la condición más eficiente, "causa", en el sentido del derecho, es la condición que ha contribuido en mayor grado a la producción del efecto. Para dar a la proposición una eficacia práctica es necesario conocer cualitativa y cuantitativamente todas las condiciones a efectos de fijar la contribución que cada una de ellas ha prestado para la producción del efecto, con lo cual resulta prácticamente ineficaz. Esta teoría no consulta ni los principios físicos ni los jurídicos. Además, crea dificultades en la participación, pues es posible que sólo un partícipe haya puesto la condición eficiente, con lo que los demás, no serían responsables.

De tales argumentos, Jescheck es puntual al señalar: *“Después de las antiguas teorías de Binding y Birkmayer, parecían ya abandonadas las teorías individualizadoras, hasta que se utiliza la valoración social como principio para seleccionar la condición decisiva”<sup>22</sup>*

### **1.3.3. Teoría de la causalidad eficiente.**

---

<sup>20</sup> Soler, Sebastián, *op. cit.*, pág. 311.

<sup>21</sup> Sauer, Guillermo, *op. cit.*, pág. 139.

<sup>22</sup> Jescheck, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Editorial Comares, Granada, 1993, pág. 182.

Para el estudio de esta teoría tenemos que tener presente la discusión filosófico-penalista entre Stopatto y sus seguidores, en donde la causa es un elemento dinámico. Es aquella que puede modificar el mundo exterior y las condiciones sólo colaboran, pero no modifican el resultado. En efecto, hay condiciones determinantes, las cuales permiten la diferencia entre causa y condición.

Fue Kohler el iniciador de esta teoría, quien sostuvo que dentro de una serie de condiciones, contribuyentes a producir el evento, únicamente tiene carácter de causa la decisiva sobre el resultado, criterio de eficiencia que se distingue, en razón de su base cualitativa. La teoría de la condición más eficaz pretendió evolucionar, para cuyo efecto distinguió entre condición, causa y ocasión, dándole carácter de causalidad eficiente a aquella fuerza del ser que con su acción produce un hecho. Dentro de este criterio teórico se define a la causa como el antecedente que se vincula íntima y positivamente con el efecto querido, o aquel precedente que lleva en sí la eficacia para producir el resultado, distinguiéndose de las demás condiciones en que éstas carecen de la aptitud o de la fuerza, en sí mismas para llevar el evento. Consecuentemente se dice que en esta teoría se pretende distinguir entre causa, condición y ocasión.

La sola forma de enunciar la teoría da base a su crítica, la distinción entre causa y condición no deja de ser importante, pero el criterio de la eficiencia resulta insuficiente si no se precisa cuál es el fundamento que otorga, a una de las condiciones, el rango de eficiente en la producción del resultado. Las condiciones no son menos decisivas que la causa en la producción del resultado, y haciendo referencia al ejemplo de la semilla, usado por Kohler expresa: Se ha observado, para no salirnos del ejemplo anterior, que la naturaleza del suelo, la humedad, el aire, etc., no influyen menos sobre el producto que la semilla; Y que también las especies, conforme a la teoría de Darwin se transforman según el ambiente.

#### **1.3.4. Teoría de la causa próxima.**



Es la causa relevante por cercana temporalmente al resultado, es un estudio empírico temporal (Francis Bacon), sin embargo, sólo es un criterio práctico para tratar las cadenas infinitas. No siempre la última condición es la causa del resultado, pues, por ejemplo, no se podría hablar de autoría mediata quien usa a otro.

Para señalar algo más de esta teoría, en ella no es fácil determinar la última causa, pues éstas son simultáneas o desordenadas. Lo rescatable es que ya es una teoría de la imputación y no una de la causalidad. Es una teoría de la imputación que intenta dar respuesta a la pregunta: ¿Qué circunstancias causales son jurídicamente relevantes y pueden ser imputadas al agente?

#### **1.3.5. Teoría de la causalidad relevante o Teoría de la relevancia jurídica.**

El principal exponente de esta teoría fue Mezger quien no niega el nexo causal pero afirma que al derecho le deben interesar causas adecuadas y en específico, cuando una causa debe ser jurídicamente relevante en un plano estrictamente jurídico. Por lo tanto, la relación causal por sí sola no puede fundamentar responsabilidad, es necesaria la relación jurídico penal del nexo causal.

Al respecto una interrogante: ¿Qué tipos o nexos causales son relevantes, mediante los principios de adecuación y de interpretación del sentido de los tipos? Al respecto Mezger establece el concepto de peligro en base a la posibilidad inmediata, y la probabilidad cognoscitiva de un acontecimiento dañoso que es extraído de la experiencia y del conocimiento de las leyes que regulan dichos acontecimientos.

En este mismo sentido, la profesora Elba Cruz comenta:

*“Mezger afirma que todos los elementos del tipo tienen carácter normativo, ya que todos son conceptos jurídicos y, por tanto, conceptos valorativos teleológicamente tipificados”.<sup>23</sup>*

Cabe señalar que esta teoría se origina como una precisión a la *conditio sine qua non* estableciendo un requisito del resultado con su connotación jurídica. La condición jurídica mentalmente suprimida, es diferente a limitar las condiciones sólo por el ámbito natural de las probabilidades.

Sigue esta teoría una metodología neokantiana. De tal suerte que la ciencia del espíritu, con valores integrados al derecho, dió cabida a la antijuridicidad como un juicio de desvalor sobre el hecho, pero sólo un desvalor del resultado, la acción no cambió y siguió siendo causal, para que en la culpabilidad se estudiara, según esta teoría causal, el dolo y la culpa, como infracción de la norma de determinación.

Tal como lo afirma Don Luis Jiménez de Asúa:

*“Mezger dijo que hubo un instante de querer consciente antijurídico. Esto no ofrece insuperable dificultad en cuanto a la culpa consciente, pero no puede operar en la culpa inconsciente.”<sup>24</sup>*

Ahora bien el derecho penal es un organismo normativo, por lo que conviene diferenciar entonces dos concepciones, la naturalística (sociedad) y el valorativo (normativo). En otros términos, la superestructura normativa presupone la existencia de una infraestructura natural. El causalismo traslada conceptos naturalísticos al plano valorativo, por ejemplo, el desconocimiento de la ley de

---

<sup>23</sup> Cruz y Cruz, Elba, *Teoría de la Ley Penal y del Delito*. Iure Editores, México, 2011, pág. 156.

<sup>24</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, pág. 377.

gravedad, no es afectada por la norma, pues con o sin ésta, la ley natural seguirá cumpliéndose.

En este mismo orden de ideas, al derecho penal le interesa el hombre y su relación con la sociedad, aún más que el hombre y su relación con el mundo. El causalismo vió el precepto natural girando alrededor del mundo normativo, vió lo físico-natural en el mundo del hombre (exterior), en otras palabras, vió hacia afuera de él, luego el finalismo vió hacia adentro del hombre, cuyos discípulos se enfocaron más en el aspecto subjetivo y olvidaron el social.

Al respecto el insigne Mezger separó los fenómenos sociales en fenómenos causales y jurídicos o fenómenos de la causalidad y la responsabilidad, llegando a la conclusión que la equivalencia causal no implica la equivalencia jurídica, decía que existen tres elementos para la imputabilidad de una conducta:

- a. Una relación causal.
- b. Relevancia jurídica de dicha relación.
- c. La culpabilidad.

En concordancia a lo establecido por Mezger, son relevantes las causas establecidas en los tipos y partir de ahí, se determinan éstas según los criterios de la imputación objetiva, o de las teorías causales. La vaguedad de estas últimas, en específico, la de la causalidad relevante, es en donde se delimita la responsabilidad frente al simple problema causal pero por desgracia este autor no dijo más. Sin embargo, cabe el comentario de que el causalismo normativo representado por Mezger se constituyó en una crítica importante para el finalismo partiendo del debate que se centra en el sentido de la acción final.

Aceptaba Mezger una acción óntica o no jurídica, por la razón de que la finalidad no está en el injusto, sino en lo óntico de la acción. En efecto, el jurista alemán aceptaba por un lado la finalidad, pero argumentaba que la relevancia

jurídica no es detectada en lo injusto, sino en lo óntico, por lo que negó la finalidad en la ley, pero aceptaba una finalidad en la acción diciendo: *“hay muchas conductas y autores sin dolo”*

En cuanto a la culpa se dice que existe un querer, una voluntad que está presente en toda conducta como concepto óntico neutral, mientras que el contenido de ese querer corresponde a la culpabilidad como un juicio valorativo. Al respecto Mezger hace una de las críticas más enérgicas al finalismo. El debate entre este autor y los defensores del finalismo se centraba en que la acción final es óntica o no jurídica y en el tema de que la finalidad no está en el injusto, sino en lo óntico de la acción.

En efecto, muchos penalistas consideran que la teoría de la causalidad no es suficiente, es considerada como la precursora de la imputación objetiva, porque precisamente hace una diferenciación entre causalidad e imputación. Consiste principalmente en explicar que la relación causal no puede fundamentar la responsabilidad por el resultado, sino que es necesaria la relevancia jurídico penal del nexo causal. Entonces, hay que precisar cuáles de las condiciones que han contribuido a la producción del resultado y que son relevantes para el derecho penal.

Como ya hemos dicho dentro de los principales postulantes de esta teoría tenemos a Mezger, su teoría sirve como base esencial para la diferenciación entre causalidad e imputación objetiva.

Al respecto Guillermo Sauer comenta:

*“La estructura sistemática, exigir como Mezger, Engisch y otros, la causalidad a tenor de la teoría de la condición y además una especial “relevancia jurídica a tenor de la teoría de la adecuación.”<sup>25</sup>*

Con razón señala otro gran jurista, el profesor Von Hippel que la controversia científica sobre la relación causal es una conquista de tiempos más recientes. En efecto, hay un gran contraste entre el planteamiento del problema en el antiguo derecho y el esclarecimiento del asunto según las nuevas concepciones. En los comienzos de la que llaman los historiadores “Edad Moderna”, sólo se suscitó la cuestión del nexo causal en algunos hechos especiales y concretos (homicidio, lesiones, participación de varias personas en un delito), y, en cambio, la moderna dogmática la investiga en todos, como ha vuelto a subrayar hace más de cuatro lustros el maestro Beling, en su interesante artículo: “El estado actual de la doctrina de la causalidad en derecho penal”, acierta al preguntarse, de un modo general y con respecto a la moderna doctrina jurídica ¿Cuál es la causa del resultado? Hace de la causalidad un elemento del concepto delito, que pertenece así a la parte general del sistema.

En este sentido se expresa Arthur Kaufmann:

*“Concepto de acción entendida por Beling y v. Liszt de manera totalmente naturalística como movimiento corporal (acción en sentido estricto) y modificación del mundo exterior (resultado) unidos ambos al vínculo de la causalidad, que conforme a la teoría de la equivalencia de condiciones, parecía excluir todos los distingos objetivos en la realización del tipo.”<sup>26</sup>*

En tales circunstancias, esta teoría crítica lo poco que hizo el finalismo al deslindar entre hechos naturales y los actos del hombre, por la razón de que la

---

<sup>25</sup> Sauer, Guillermo, *op. cit.*, pág. 137-138.

<sup>26</sup> Kaufmann, Arthur, *Filosofía del Derecho*, Editorial Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 1999, pág. 12.

intencionalidad de la acción no es un atributo jurídico de la conducta humana, sino su principal característica óptica, Por consiguiente, no se puede construir un sistema de control social con el empleo de conceptos naturalísticos, la naturaleza no sabe de omisiones o imprudencias sólo pueden ser resultados necesariamente normativos.

En conclusión, no se debe perder de vista que para el sobresaliente penalista Mezger, la relevancia de la causa se da en el aspecto normativo valorativo, al aceptar la finalidad natural, pero a ésta la considera no suficiente para ser la causa relevante, en cambio, la relevancia jurídica que está en lo injusto y no en lo óptico, es en donde se encuentra la relevancia, en otras palabras, niega la finalidad en la ley, pero la acepta en la acción natural.

#### **1.3.6. Teoría del equilibrio de la causa preponderante.**

Binding replantea años después que la causalidad física o natural es diferente a la causalidad que le interesa a las ciencias del espíritu. La voluntad humana causa para el derecho de otra manera que las fuerzas naturales. Continúa diciendo Binding:

“Pudiendo producir efectos de extensión apenas comparable con los de la mayor catástrofe histórica. En el reinado de Alejandro II de Rusia sobre la emancipación de los campesinos. No hay fuerza natural capaz de producirlos, por que es un efecto que se manifiesta primero en el mundo de los valores.”<sup>27</sup>

En otras palabras, Binding dijo que la producción de un resultado en el que concurren un conjunto de condiciones que efectivamente se hacen necesarias para producirlo. Es una ponderación entre condiciones positivas y negativas, y que rompe con una alteración en el tiempo y el espacio.

---

<sup>27</sup> Soler, Sebastián, *op. cit.*, pág. 328.

Es así como la causalidad ciega y mecánica abre paso a la causalidad dirigida por la voluntad del hombre. Por lo que el autor es aquel que quiere el todo del delito y no sólo una parte. Ejemplo: los delitos cualificados por el resultado, en los que el sujeto actuante quiere y acepta el resultado de un delito base pero no del delito emergente.

Al respecto Jiménez de Asúa señala:

*“Carlos Binding, con su acre ironía, critico ya las teorías del nexos causal de tipo generalizador particularmente la doctrina de la equivalencia de las condiciones, diciendo que si éstas tuvieran esa importancia en el orden penal, habría que castigar como coautores en el adulterio no sólo a la mujer que cohabita con el varón que no es su marido y al que yace con ella, sino al carpintero que hizo la cama”<sup>28</sup>*

### **1.3.7. Teoría de la adecuación al tipo.**

Beling en 1928, atestaba que el problema no está en la causalidad, sino en la causalidad típica. Basa su teoría en el análisis de los verbos típicos: el que mate a otro y no el que ponga una condición para causar la muerte del otro. En efecto, no hay una teoría genérica de la causalidad, se debe acudir a los verbos que constituyen las distintas figuras delictivas y de esta manera poder solucionar los problemas. El caso concreto del tipo específico, tal como deja precedente Jiménez de Asúa al referir:

*“El gran talento de M. E. Mayer supo atisbar ya el punto de arranque de un modo taxativo, dijo: “en vez de formular la pregunta, que engendra confusión sobre la causalidad, procede formularla sobre la importancia o relevancia de la acción causal, mientras que por su parte Franz Von Beling centro el problema en referencia a los tipos”<sup>29</sup>*

---

<sup>28</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, pág. 225.

<sup>29</sup> *ibídem*, pág. 227.

Por último, conviene hacer la diferencia entre la responsabilidad y la causalidad. Recordemos que para la punibilidad se requiere de la relación causal, la relevancia jurídica de dicha relación y la culpabilidad del autor. Ciertamente es que la causalidad perdió fuerza en el finalismo, en cambio, en la imputación objetiva, sigue estando vigente en los delitos de resultado material para determinar la responsabilidad del sujeto. Concorde con lo que atinadamente comenta W. Frisch:

*“Las personas pueden configurar el mundo exterior según su voluntad y sólo será configurado si el resultado es consecuencia de una manifestación de la voluntad que controla el curso causal.”<sup>30</sup>*

#### **1.4. Fundamento lógico ontológico, (acción final).**

##### **1.4.1. Teoría del finalismo.**

Posteriormente, con la teoría finalista no se logra dejar a un lado de esta valoración a la causalidad, todo lo contrario Welzel la considera punto de partida de su acción, con base ontológica pero con una finalidad y le agrega un elemento que estaba en la culpabilidad trasladándolo al tipo penal, entonces, ya no se justifica la división binaria objetivo-subjetiva en injusto-culpabilidad. En ese punto se considera que el tipo está compuesto por un elemento objetivo, subjetivo y normativo.

En cuanto al finalismo es necesario anticipar que se trata de una teoría que pretende regresar el aspecto interno o subjetivo del autor a la escena principal, pues éste, había sido desplazado a la culpabilidad por la teoría causalista. Del tema hay mucho que decir, lo cual se hará en el momento preciso, por ahora sólo nos interesa saber que el aspecto subjetivo se ve reflejado en el vínculo antes comentado entre acción y resultado, efectivamente, si el causalismo proponía que debía ser un nexo

---

<sup>30</sup> Frisch, Wolfgang, *Imputación Objetiva*, Editorial Comares, Barcelona, 1999, pág. 25.



psicológico que se avocaba exclusivamente al querer el resultado por parte del autor, de tal suerte que el aspecto final determina que no es suficiente el querer el resultado, sino además, el conocer en sí, ya que sólo se quiere aquello que previamente se conoce, por lo tanto, hay una finalidad aunada al conocimiento que representa precisamente el contenido del nexo final entre la conducta desplegada y el resultado sobrevenido, por eso Welzel llegó a enfatizar este aspecto final ontológico en la frase famosa *“si la causalidad es ciega la finalidad es vidente”*.

La única forma de deslindar los fenómenos naturales de las conductas humanas es recurriendo al elemento intencional, la causalidad está excluida de valoración jurídico penal, lo que si es viable de esta valoración es la intencionalidad como fenómeno naturalístico. Cabe mencionar, que ya Aristóteles propugnaba por una finalidad global (última causa) y no sólo de la conducta.

Además de Aristóteles, Santo Tomas de Aquino sostuvo que la conducta humana es voluntaria y final, por lo que la diferencia entre el causalismo y el finalismo fue la importancia que se le dió a la intencionalidad, los primeros en el ámbito de lo naturalístico, para los segundos, en el óntico que no deja de ser naturalístico.

Como ya hemos reiterado, el principal creador y desarrollador de la teoría final fue el penalista alemán Hans Welzel, quien confirmaba que la única forma de deslindar los fenómenos naturales de las conductas humanas es recurriendo al elemento subjetivo intencional. Dándole relevancia al desvalor de la acción sobre el desvalor del resultado, él creía que más importante es el aspecto subjetivo del injusto, que el aspecto objetivo. Pese a esta contradicción con la causalidad y la acción final, dicho autor comentó que la voluntariedad no es jurídica sino naturalística.

El finalismo para solventar el problema antes mencionado de la imprudencia recurrió a la finalidad potencial que era una voluntariedad naturalística como

pregonaban los causalistas, Algo parecido sostenía Aristóteles cuando hablo de la finalidad global, no sólo de la conducta, (la última causa) de donde proviene el resultado. Sin embargo, la herramienta que uso el finalismo, el deber objetivo de cuidado, es una objetividad incompatible con la teoría de la final acción, como ya se dijo, el gran reto que se presento a los finalistas fue el del delito culposo ya que el dolo se adecuaba perfectamente a la teoría intencional, pues comprobaba la intencionalidad de manera perfecta.

#### **1.4.2. Teoría de la adecuación social.**

Partiendo del principio de la adecuación social, en el cual, toda acción humana ajustada a la pautas de convivencia en comunidad representan diversos comportamientos que son socialmente adecuados, este principio, a su vez, tiene su asidero en el principio de lesividad, en el cual, las conductas de convivencia social no puede ser declaradas típicas, la constitución y la ley siempre demarcaran los límites del ordenamiento jurídico.

En base a tal principio, la teoría de la adecuación social fue formulada también por el alemán Hans Welzel, quien estableció que las acciones socialmente adecuadas, nunca deben ser consideradas típicas, así encajen en el tipo legal, es un verdadero filtro de carácter material. Algunos la tratan de peligrosa para la seguridad jurídica y superflua a los métodos de interpretación, algunos también la tratan como causal de atipicidad, causa de justificación o eximente de culpabilidad, claro está que se trata de un desarrollo, desde el enfoque de la tipicidad y de la concepción de la antijuridicidad material.

Por tal motivo, la adecuación social, es una teoría del bien jurídico que justifica que una conducta, aún causando una lesión, no debe ser punible la afectación al bien jurídico provocada por ella, por ser una conducta socialmente adecuada (reproche social). Recordemos que Welzel señaló algunos ejemplos como el del chofer de transporte público que no deja bajar al usuario donde quiere,

otro ejemplo es el de dar regalos al barrendero, en fin de año, esto no es un soborno a un funcionario público, como tampoco en el caso anterior una privación ilegal de la libertad por ser una lesión adecuada socialmente; otros ejemplos: el del soldado que mata a su enemigo en tiempo de guerra, no debe ser castigado por homicidio; o las moderadas correcciones de un padre, como conducta permitida; las lesiones del doctor contempladas en el tratamiento y el arresto con allanamiento de morada en cumplimiento del deber de un policía, todas son conductas permitidas, por lo insignificante del riesgo que provocan.

Por tales ejemplos, Welzel había ya señalado una adecuación social, salvo en el caso del tío rico que es mandado en avión con la esperanza de su muerte, consideración que se da en base al aumento del riesgo, por lo que poco importa si esa adecuación es aprobada o no por la sociedad, ya que no es lo mismo mandarlo por avión que mandarlo por una colina peligrosa es por ello que comenta Hirsch en termino generales, acerca de la adecuación social como “un mecanismo supraindividual en las relaciones genéricas producto de las exigencias sociales.”<sup>31</sup>

Welzel sistemáticamente ubicó a la adecuación social, primero en el tipo, luego como causal genérica de antijuridicidad, así, en la tipicidad, su último regreso (Welzel también experimento su propia historia de ida y vuelta) y en cuanto a su criterio de adecuación social, los tipos tienen como función presentar un modelo de conducta prohibida, cuyas formas poseen, por una parte, carácter social, es decir, están referidos a la vida social y, por la otra, se caracterizan por ser inadecuados para llevar una vida social ordenada. Los tipos patentizan, por tanto, la naturaleza social e histórica del Derecho Penal, pues señalan las formas de conducta que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social.

---

<sup>31</sup> Hirsch, Joachim, *Derecho Penal, parte general, Obras Completas, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, pág. 39.*

Pese a que, en opinión de Welzel, ambas características deberían repercutir en la interpretación de los tipos, la influencia del causalismo y, en particular, la estrechez del concepto causal de acción, fue determinante para que la esencia del tipo radicara exclusivamente en la lesión externo causal del bien jurídico y, en ese sentido, hasta el acto de engendrar debería ser una acción típica de matar, si la criatura engendrada se convertía después en un asesino, no obstante que el engendrar, como tal, salvo los casos de violación e incesto, no implica apartarse del orden de las relaciones sexuales.

Por consiguiente, el criterio de adecuación social constituye para el padre del finalismo, un estado "normal" de libertad social de acción, implícito o tácitamente contenido en los tipos y, en consecuencia, las acciones socialmente adecuadas en todos los casos que encuadren en la descripción típico-legal, resultan penalmente irrelevantes, en el entendido de que se diferencian de las causas de justificación, en virtud de que éstas conceden también una libertad de acción, pero de naturaleza excepcional que autoriza la realización de acciones típicas, es decir, socialmente inadecuadas.

Uno de los discípulos más destacados de Welzel y defensor del finalismo Joachim Hirsh responde a la crítica a la teoría de la adecuación social consistente a que esta adecuación social es un concepto no específico, dependiente, poco claro y sin significación, a diferencia de la teoría de la imputación objetiva que goza de una independencia, con respecto al sistema funcionalista. Al respecto Hirsch estableció que el deber de cuidado y el dominio del hecho (dolo y culpa) tienen cabida adecuada en el estudio subjetivo personal (culpabilidad), en una teoría objetiva deben representar un requisito natural, no se debe poner un estudio anticipado sistemáticamente, concluyendo que no es correcto el estudio de la imputación objetiva incluso debe omitirse por innecesario. De tal suerte dicho autor comentó:

*“La teoría personal del injusto, para Welzel, ya había delimitado muchas cosas, por cierto, el pretendía separar de la adecuación típica a una parte de los casos, hoy tomados en*

*consideración por la teoría de la imputación objetiva, con el auxilio de la teoría de la adecuación social por el creada.”<sup>32</sup>*

Con todo y que el criterio de adecuación social de Welzel, nunca llegó a consolidarse sistemáticamente, por estar sustentado en una casuística bastante heterogénea, sin embargo, es innegable que sus aportaciones constituyen los antecedentes más próximos de la moderna teoría de la imputación objetiva.

Finalmente, la adecuación social es genérica de comportamiento, el deber de cuidado es concreción de dichos comportamientos, donde no basta la conducta típica, sino sólo aquella que es relevante, el derecho debe escoger dentro de las posibilidades aquellas que sean relevantes, sin embargo, surge una interrogante ¿A quién le toca escoger y en base a qué criterios hará tal selección?

---

<sup>32</sup> *ídem.*

## **2. FUNDAMENTOS Y EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA.**

2.1. La teoría de la imputación subjetiva 2.2. El objeto de estudio ¿Qué es la imputación objetiva? 2.3. Evolución de la imputación objetiva. 2.3.1 Los precursores: 2.3.1.1. Samuel Pufendorf. 2.3.1.2. Georg Wilhem Friedrich Hegel. 2.3.1.3. Karl Larenz. 2.3.1.4. Karl Engisch 2.3.1.5. Richard Honig. 2.3.2. Los creadores, Principales exponentes: 2.3.2.1. La imputación objetiva en la obra de Claus Roxin 2.3.2.2. Sistema funcionalista sistémico de Günter Jakobs. 2.4. Principales críticas a la Teoría de la imputación objetiva. 2.5. Seguidores y Defensores de la teoría de la imputación objetiva.

### **2.1. Teoría de la imputación subjetiva**

Es esencial comentar que el destino de esta tesis es completar un primer trabajo desarrollado para obtener el grado académico de licenciado en derecho, con el título los delitos cualificados por el resultado como infracción al principio de responsabilidad subjetiva. Dicho título sugiere un estudio más arduo del aspecto subjetivo de esta interesante faceta del delito, que dicho sea de paso me permitió determinar o aislar el aspecto subjetivo de responsabilidad personal o como muchos autores definen como la imputación personal. De ahí, es razonable pensar que si el estudio de la imputación objetiva se hace en el injusto penal, esto es en la conducta típica y antijurídica, luego entonces, el estudio del aspecto individual del sujeto que cometió el hecho se hace en la culpabilidad. Por ende, el estudio de la parte genérica del delito como de la individual representa una uniformidad dogmática que de hacerse parcialmente llevaría a conclusiones parciales e incompletas, esto mismo en términos interrogativos: ¿Cómo debe responder un individuo ante el derecho penal? Respuesta, por tres ejes: causalidad, finalidad e imputación objetiva, o en otras palabras por lo natural, lo subjetivo y lo normativo, como contenido del juicio sobre el objeto a valorar.

Señalada la distinción anterior, tenemos que el contenido de una conducta injusta, es labor de la teoría de la imputación objetiva determinarlo, mientras que las consideraciones no genéricas y si individuales son de imputación subjetiva, lo que debe hacerse en la culpabilidad. Lo dicho, para quienes creen que el dolo no puede ser parte del injusto y que debe ser tratado en la culpabilidad ya que es comportamiento individual no genérico.

Hay que tener en cuenta que Hegel inicio el estudio de esta figura del dolo, sólo como un conocimiento previo, como una representación, pero de manera general. Individualmente, el dolo debe ser estudiado en la culpabilidad, el dolo individual es un dolo natural, unido a la conducta, ejemplo el que se apropia de una cosa sabiendo que es ajena o el que dispara a un arbusto sin saber de la presencia de un individuo.

Posteriormente Beling, además de advertir los elementos subjetivos del tipo, había dividido lo objetivo del delito en el injusto y lo subjetivo en la culpabilidad, de tal suerte que el injusto resulto la contraposición de un hecho con el ordenamiento jurídico y el juicio sobre el hecho, mientras que la culpabilidad se estableció como la imputación personal y se tradujo en el juicio sobre el autor.

Tratándose de la figura del dolo se debe de distinguir entre lo subjetivo y lo objetivo, para que desde el punto de vista naturalistico, partamos de que no se puede entender una conducta sin intencionalidad, aunque hay que aceptar, que no toda subjetividad es de interés al derecho penal.

En este sentido para Paz de la Cuesta: *“el Dolo funcional del comportamiento, en donde basta con que el sujeto tenga conocimiento de la peligrosidad de su comportamiento.”*<sup>33</sup> De tal suerte, en la imputación objetiva, subjetiva y personal, el dolo debe ser considerado parte del tipo, se dice que éste

---

<sup>33</sup> De la Cuesta Aguado, Paz M, op. cit., pág. 60.

pertenece a lo genérico de la conducta o sería mejor considerarlo especialmente en la imputación personal, todo depende de dicha consideración.

Agrega también Kindhauser:

*“La imputación en derecho penal, en sus modalidades de imputación objetiva e imputación subjetiva representan dos caras de una misma moneda que no son opuestas, sino complementarias. Por ende, no hay imputación objetiva o subjetiva puras, sino que se suman para formar una imputación normativa completa.*

*Y continúa diciendo:*

*Hablar de la imputación objetiva y de la subjetiva es hablar del fundamento mismo del derecho penal, de su núcleo duro o del eje central en torno al cual gira todo el problema penal. En verdad la imputación objetiva y la subjetiva son las dos caras de la misma moneda, dos caras no opuestas sino complementarias que se exigen mutuamente y que cofundamentan ambas la que podríamos denominar como imputación normativa.”<sup>34</sup>*

Para que haya relevancia en las conductas se necesita estudiar el aspecto subjetivo, si hay un dolo natural o neutro avalorado, debe considerarse como finalidad natural nunca como finalidad normativa. De tal modo, que para ser desvalorado, el tipo debe contener elementos subjetivos que exige la propia descripción del tipo.

En otro orden de ideas, el Finalísimo como se dijo fue creado por Welzel en 1930, su escuela es considerada de corte subjetivista, dicho sea de paso conviene adelantar que en México hemos asumido a esta escuela finalista, para formar nuestra legislación penal, esta escuela tiene como características básicas:

a) Abandonar la concepción objetiva del injusto.

---

<sup>34</sup> Kindhauser Urs, Miguel Polaino Orts, Fernando Corcino Barrueta, *Imputación Objetiva e Imputación Subjetiva en Derecho Penal*, Editorial Grijley, Huánuco, Perú, 2009, pág. 11.



- b) Estructuras lógico-objetivas.
- c) Acción final guiada por la finalidad, junto al desvalor del resultado y el desvalor de acción.
- d) El dolo es parte del injusto no de la culpabilidad.

En un momento posterior, mientras que los funcionalistas temperantes como Roxin aceptaban la integración del aspecto subjetivo en el tipo penal; no así los radicales como Jakobs, para quienes el aspecto subjetivo debe ser separado del tipo y estudiado debidamente en la culpabilidad, que dicho sea de paso, es también para ellos, un tipo o una continuación del ámbito objetivo, se buscó determinar lo objetivo y lo subjetivo en la antijuridicidad y en particular en el riesgo desaprobado, para ello, se debe tener presente que sin el conocimiento del elemento subjetivo distinto al dolo y a la culpa, no se podría trasladar el terreno de lo objetivo a lo subjetivo, por ejemplo, el error. Ciertamente se tiene que tener ciertos conocimientos que un garante debe poseer, como saber que ese objeto es mío o de alguien, estos conocimientos es lo realmente determinante en la imputación y en los que se basan las expectativas sociales. La posición de garante se identifica con el rol social que equivale a determinada función en base a las exigencias de la misma sociedad.

*Coincide con tales argumentos Yesid Reyes Alvarado al comentar: "El conocimiento es dolo, si es así, la imputación objetiva se apoya en elementos subjetivos, aquello que eventualmente conoce una persona sin que tuviera la obligación de saberlo, es lo que se conoce como conocimientos especiales, Nadie puede saberlo todo y si por suerte lo sabe, escapa fuera de su rol o competencia, sin embargo, si lo sabía y aún así actuó, es cuando se da una responsabilidad"<sup>35</sup>*

Pese a esta aseveración, el injusto no puede limitarse sólo al hecho olvidando la conducta, que como ya lo dijo Radbruch, es lo que modifica al mundo, por ello, recordemos que el dolo, como parte de esa conducta natural, es conocer y querer los elementos objetivos del tipo. Este conocer y querer del dolo, se

---

<sup>35</sup> Reyes Alvarado, Yesid, *op. cit.*, pág. 130.

traduce en el injusto que se da por una defraudación social, y para que además sea culpable se requiere de una imputación personal, para que finalmente al injusto penal le corresponda, como consecuencia jurídica, una medida de seguridad, mientras que para la imputación personal, la pena.

Respecto a la teoría de la imputación objetiva y su faceta subjetiva, un ejemplo muy recurrido por subjetivistas y objetivistas, tanto para defender como para criticar sus posturas, es el del sobrino que sube a su tío rico a un avión con la esperanza de que muera, para poder heredar su fortuna, este resultado se podría dar por muchas causas, si el sobrino ha teniendo conocimiento de las condiciones del avión; o de un evento dañino para el vuelo; o debiendo tenerlas no toma las medidas correspondientes; o cuando se dan estas accidentalmente y por caso fortuito, es evidente que el resultado se producirá de la misma manera, pero la consecuencia jurídico penal sería diferente. En esta teoría, hay que tener claro que si el dolo falta es porque falta su objeto. El dolo no puede sustituir la necesaria restricción previa del tipo objetivo, de tal suerte que en el ejemplo antes mencionado, aunque el sobrino persiga la muerte como resultado, su deseo no es causa objetiva, no hay causalidad, en otras palabras, cuando haya una relación de causalidad que una el acto con el resultado será suficiente para la imputación, luego entonces, el dolo por decirlo de alguna manera, para los objetivistas, sale sobrando.

Ahora, para la teoría de la imputación objetiva la culpa es la gravedad de la imprudencia, la cual depende del bien jurídico que afecta pero no de su efectiva lesión (no importa el resultado), para que se dé su gravedad, el resultado se puede, o no, dar, más de todas formas hay un riesgo por no observar el deber de cuidado, de tal suerte, que la falta de un resultado puede ser producto del azar y no un signo de la menor peligrosidad. Ejemplo, la madre debe poner al tanto a la maestra para el cuidado especial de su hijo, sino lo hace así, no se podrá imputar a la educadora a título de culpa por un resultado sobrevenido.

La culpa en la imputación objetiva debe cumplir con los siguientes requisitos:

a) Ser previsible, pues si no era previsible el concreto resultado causado, si era previsible unas lesiones leves más no la muerte.

b) Cuando el resultado nada tenga que ver con la infracción cometida, ejemplo, cuando un conductor a exceso de velocidad atropella a un suicida.

c) En caso de comportamiento alternativo correcto, el paciente muere por darle cocaína en vez de novocaína, pero de todas formas hubiera muerto, o el caso del ciclista ebrio que muere por un conductor que adelanta a un camino de forma antirreglamentaria, o el caso del pelo de cabra, son exigencias, con la seguridad de que si no hubiera imprudencia no se hubiera producido el resultado.

En este orden de ideas, según Claus Roxin<sup>36</sup> hay quienes piensan que basta que la imprudencia eleve considerablemente el riesgo para que el resultado sea imputable a la misma, sin embargo, para la teoría de la imputación objetiva, aún sin la imprudencia, se habría producido idéntico resultado, pues puede considerarse que dicha imprudencia no ha sido causa del mismo.

---

<sup>36</sup> *Previsibilidad, reconocibilidad y la evitabilidad del resultado, como presupuestos del comportamiento culposos. Además se incluye la teoría de la imputación objetiva para la delimitación de la responsabilidad culposa. La imputación objetiva designa del mismo modo la lesión del deber de cuidado como el injusto de acción de los delitos culposos, pero quiere esta contravención al cuidado concretizarla a través de los criterios de la evitabilidad así como del exceso en el riesgo adecuado. Roxin, Claus, Política Criminal y Estructura del Delito, Editorial PPU, Barcelona, 1992, pág. 90.*

En efecto, para fundamentar mejor estos casos la imputación objetiva, es necesaria la creación de un riesgo típicamente relevante que se realice en el resultado. Como ya se comentó, el resultado no aparecerá como realización del riesgo que hacia típicamente relevante la cocaína o el riesgo del ciclista ebrio, también hubiera sido alcanzado por el camión con distancia reglamentaria.

En conclusión, en la imprudencia no bastaría la elevación del riesgo ex-ante, sino se confirma que ese mismo riesgo ex-post se ha realizado en el resultado, ya que si alguien fue precavido suficientemente es menos probable que se produzca un resultado, por lo tanto, desde una perspectiva ex-ante lo destacado es determinar que tantas probabilidades existen de cometer un resultado con una conducta imprudente que no tener las medidas necesarias.

Por otro lado, no puede saberse lo que ocurriría, si alguien no hubiera actuado imprudentemente, es como prever el futuro, entonces, no tendría caso hacer correctamente el trabajo o hacerlo con negligencia, ya que de todas maneras se tendría responsabilidad, por ende, la negligencia debe ser castigada pese a que la imputación objetiva diga que no eleva el riesgo, es muy difícil probar lo que pudo haber pasado. Tal como señala Cancio Meliá; *“Cuando subjetivamente es imposible determinar, la imputación objetiva resuelve mejor los casos difíciles sobre todo los imprudenciales.”*<sup>37</sup>

Sumándose a tales cuestiones Mir Puig es certero al considerar que:

*“El dolo y la culpa no son aspectos ontológicos o psicológicos; sino estrictamente normativos. Lo subjetivo si debe ser considerado, siempre que esté en la norma, así, tanto las teorías causales, como las teorías de la acción fracasaron por basarse en una idea ontológica errónea, pues la acción debe descansar en lo normativo.”*<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Díaz Aranda, Enrique y Manuel Cancio Meliá, *op. cit.*, pág. 18.

<sup>38</sup> Mir Puig, Santiago, *Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, Revista electrónica de ciencia penal y criminología, pág. 5.

En cuanto a la preterintencional y los delitos cualificados por el resultado, donde el autor quiere realizar un tipo doloso de distinta significación penal al que resulta en realidad, tema que como hemos dejado claro, no entra en el análisis del presente opúsculo.

Por último, si se quiere dejar patentado el dominio de lo objetivo sobre lo subjetivo, hay que usar el ejemplo del cirujano que opera a su enemigo con la esperanza que muera, pero si cumple con las medidas necesarias, no debe ser castigado por el resultado. Ahora bien, la historia de ida y vuelta que se suscitó entre el aspecto subjetivo y su transición al objetivo y viceversa, puede identificarse en el objeto de estudio de las diferentes teorías del delito, así, para el causalismo su estudio se centro en el mundo circundante; para el finalismo se centro en el individuo interior y el funcionalismo lo hizo en el grupo, al respecto una reflexión ¿que sigue, una vuelta a ver al hombre, o tal vez a la sociedad, o a la naturaleza?

## **2.2. El objeto de estudio ¿Qué es la imputación objetiva?**

Antes de iniciar el análisis del objeto de estudio que nos dé la pauta para responder la anterior interrogante, es necesario hacer las siguientes aseveraciones:

Gramaticalmente el termino Imputación es derivado del latín (putare). Es cálculo, cómputo y traslado metafórico a la responsabilidad; es un balance entre los meritos y deméritos en el sentido de rendir cuentas; o un atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho probable.

Ahora bien, en cuanto al concepto de imputación objetiva, W: Frisch dice que éste “es difuso por cantidad y traducción: pretendibilidad objetiva (Luzón

*peña) susceptibilidad objetiva (Suarez González y Cancio Meliá)*”<sup>39</sup> o teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta, (Díaz Aranda), por lo que es necesario ahondar un poco más en dicho concepto.

Adentrámonos en el terreno de la imputación objetiva, vía el concepto de imputación en general, que debe ser entendido como la posibilidad de cargar en la cuenta de alguien un hecho sobrevenido, pero es el contenido de ese hecho lo que nos conmina ineludiblemente a comprobar si dicho sujeto con su conducta fue el que provocó un resultado antijurídico.

En efecto, para hablar del concepto funcional de imputación, es menester referirnos a esta teoría que ha venido a ser complemento de las anteriores teorías y en muchos casos origen de contradicciones entre ellas. Respecto al concepto de imputación se descubrió que ni el aspecto causal ni el final son por separado justificación para la imputación de un hecho a un autor, se afirma que el aspecto objetivo es necesario como arranque natural al igual que la intención, pero lo que debe determinar la esencia del vínculo o nexo entre acción y resultado, y, para que una conducta sea imputada a su autor, además de encontrarse en este inicio natural- final debe además ser normativo y valorativo.

Esto es así, la misma ley es lo que hace relevante a las conductas y si se pone en riesgo los bienes jurídicos tutelados por un riesgo desaprobado, la misma ley, a través de la sociedad, debe exigir una responsabilidad del que origino dicho riesgo.

---

<sup>39</sup> *Frisch, Wolfgang, op. cit., pág. 21.*

Esta y otras cuestiones han venido a dotar de una solución dogmática casos en que la imputación no era clara ni podría representar una certeza y por ende, seguridad jurídica para el gobernado. Tal como asegura Jakobs: *“El hombre busca regularidades” (certezas)*.<sup>40</sup>

Desde luego es importante una definida y clara imputación, por la razón de que el derecho penal para cumplir con su objetivo material de castigar, debe hacerlo en base a una imputación debida, esto es, una imputación delimitada con reglas y criterios claros para poder imputar, primero, que hubo una conducta que origino un hecho y que este hecho es atribuible a un sujeto determinado y, sólo entonces, la imputación objetiva, subjetiva y personal alcanzan la categoría de responsabilidad, de esta forma será justificable el castigo a un sujeto activo de acuerdo al ordenamiento.

En este tenor, según Kindhauser:

*“La Imputación penal es la desviación respeto de aquella expectativa que compete al portador de un rol, o, más escuetamente: como la desviación de un rol. Mientras que la imputación objetiva es una defraudación imputable de las expectativas sociales, correlativamente con la concepción de la norma como modo de orientación de conductas y como fundamento estabilizador de expectativas sociales.”*<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Jakobs, Günther, *Derecho Penal, parte general*, 2ª edición corregida, Marcial Ponds, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1997, pág. 9.

<sup>41</sup> Kindhauser Urs, Miguel Polaino Orts, Fernando Corcino Barrueta, *op. cit.*, pág. 36-37.

Por lo tanto, el derecho penal dentro de un sistema comunicativo, debe asumirse, para una correcta imputación, la generación de responsabilidad según el rol social, como un instrumento para prevenir con pena los delitos o las medidas de seguridad, que, en su caso, sean viables y también, para tal fin, la imputación debe usar su facultad de *ius puniendi*, sólo en los casos que las conductas sean consideradas relevantes para el mismo derecho penal. Así, comenta también Puppe: “por ejemplo, a propósito de la concepción de la pena como acto de comunicación y de la necesidad de recurrir a la semiótica y a las teorías especializadas de la comunicación.”<sup>42</sup>

Ahora, precisamente para hablar de la teoría de la imputación objetiva como un instrumento creado por la teoría funcionalista del delito apoyada por los criterios funcionales de la integración de un sistema, para tal fin, es necesario referirse a la esmerada teoría de los sistemas de Niklas Luhmann, el gran sociólogo alemán, tuvo a bien decir que “*la comunicación interpersonal no se puede lograr en una sociedad carente de esa comunicación*”<sup>43</sup> de tal suerte que todos los miembros de un grupo se están comunicando permanentemente, esta relación existe en los mecanismos más elementales de comunicación, como han señalado los estudios hechos a las comunidades de primates, carnívoros, insectos, o la comunicación entre delfines, como una de las más avanzadas formas de lenguaje del reino animal, lo relevante de estas interrelaciones de grupo, pese a su simpleza comunicativa, radica en lograr una interacción entre ellos, con el objetivo consiente o inconscientemente de una convivencia eficaz y funcional de su comunidad, cuyo objetivo es la preservación.

---

<sup>42</sup> Puppe, Ingerborg, *La Imputación del Resultado en Derecho Penal*, Editorial Ara, Lima, Perú, 2003, pág. 18.

<sup>43</sup> Luhmann, Niklas, *poder*, Editorial Antropos, España, 1995, pág. 12.



Fue Luhmann, quien rompió con la continuidad del pensamiento clásico, se atrevió a pensar irracionalmente, ver el bosque en vez del árbol, pero vió un bosque enfermo, en términos metafóricos y sociológicos. Así, la sociedad como organismo vivo que se regenera, reemplaza la teoría de la acción por la teoría de la comunicación.

Por ello, comenta Luhmann:

*“Es necesario despojar al análisis funcional de sus referencias ontológicas, que lo subordinan innecesariamente al análisis causal siendo que la causalidad es antes bien un caso de análisis funcional y no a la inversa el funcionalismo un caso particular de causalidad.”<sup>44</sup>*

Ahora bien, si estos grupos logran llevar a cabo un proceso de comunicación eficaz, para alcanzar sus fines esenciales, aún pese a que son, en relación a la nuestra, seres de una simpleza pragmática y comunicativa, no obstante de esta simplicidad su interrelación, es funcional, pues son especies que han logrado subsistir hasta nuestros días, y aún más, sin la injerencia del hombre, tendrían grandes aspiraciones hacia un futuro promisorio.

En este mismo orden de ideas, y apoyándose en la metáfora anterior, todo parece indicar que en sus orígenes, la especie humana, al igual que los demás seres vivos, opero de la misma forma, persiguiendo siempre el mismo fin que estos, la preservación, con el fin de obtener seguridad y a su necesidad de defensa, buscó protegerse del exterior formando un grupo en un principio, a un nivel de instintivo gregario (inconsciente), después como fin social, político y espiritual (consiente), lo trascendente en este punto es que con el surgimiento de estos fundamentos artificiales surge una complejidad cada vez mayor del sistema.

---

<sup>44</sup> Luhmann, Niklas, *Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo*, Editorial Antropos, Barcelona, 2005, pág. 20.

Ciertamente el hombre ha buscado, a partir de la aparición del pensamiento como conciencia social, despresurizar este sistema, en un constante proceso de descomplejidad, que le permita seguir viviendo en sociedad, en un principio esta convivencia se dió de facto, o se daba gracias al uso hegemónico del que detentaba el poder, después creó artificios como el derecho para poder mantener la cohesión de sus miembros, reafirmandose la postura inicial que la comunicación entre los seres humanos es compleja puesto que radica en factores culturales como son el lenguaje, la filosofía, el derecho y demás herramientas y disciplinas culturales que utiliza la sociedad para poder explicar, por que debe haber un orden, producto de la necesidad de autorregulación, de auto limitación.

También, al fin de preservación se unió el de la posibilidad de convivencia, a través de posibilitar individuos libres, a su vez, garantizando su seguridad, sin embargo, esta complejidad que nos diferencia con las demás especies, no nos garantiza su funcionalidad y eficacia.

En tal sentido afirma Luhmann:

*“La comunicación presupone que los comunicantes no son idénticos, así como también, por ello, la diferencia de perspectivas y la imposibilidad de una congruencia completa de sus vivencias. Estos fundamentos de toda comunicación son aceptados estructuralmente en la comunicación lingüística, y se toman en consideración a través de la provisión de posibilidades de negación.”<sup>45</sup>*

Hacer esta comparación que suena pesimista y de corte existencialista, es un reflejo de lo natural, de lo ontológico de la vida, donde se establece que la totalidad de las especies, no podemos ir en contra del orden y de la leyes de la naturaleza, verbigracia la ley de causa y efecto, no podemos, sino aceptar nuestro puesto y desde ahí continuar evolucionando, sin embargo, el hombre no es sólo

---

<sup>45</sup> Luhmann, Niklas, *Complejidad y Modernidad de la Unidad a la Diferencia*, Editorial Trotta, Madrid, 1998, P. 99.

una especie natural, como ya lo hemos dicho, ha creado diferencias artificiales, por decirlo de alguna manera, producto de su propia naturaleza racional, por eso se dice que la humanidad es la única especie con un fin en sí misma, y que de esta misma ley de la causa y efecto, es capaz de darle un contenido y significado particular que le permita escoger de esa infinita diversidad causal, aquellas causas que resulten intolerables, socialmente hablando.

Para hablar de la teoría de la imputación objetiva y en relación con la ley de causa y efecto, forzosamente tenemos que tratar a la conducta y al resultado lesivo en la antijuridicidad penal.

En virtud de lo anterior, debemos comenzar con el estudio de la perspectiva ex-post en donde se desvalora toda acción efectivamente causal de la lesión, sin soslayar que con la perspectiva ex-ante, ésta, en muchas ocasiones, es absolutamente inadecuada para producir una lesión, situación que quiso superar la teoría de la adecuación y ahora la de la imputación objetiva, teoría que recomienda no sólo voltear la vista al daño producido del bien jurídico, sino a la conducta riesgosa y propicia para realizar ese resultado.

Al tener presente que la conducta humana es una unidad objetivo-subjetivo o mejor dicho una dualidad del aspecto interno-externo, se afirma que la conducta, vista en una perspectiva ex-ante, es típicamente idónea porque el sujeto actuante domina su acto y para que sea dominado por éste, debe basarse en una voluntad libre, sólo así el acto será evitable y por tanto, desvalorable.

La teoría de la imputación objetiva recibe su nombre de la situación del espectador ideal en un juicio objetivamente ex-ante, y representar un riesgo provocado por una conducta desvalorada por un hombre prudente. Se trata de un juicio que se sitúa en un tiempo antes de llevarse la conducta y de un espectador objetivo (hombre medio) con el que se mide la peligrosidad para el bien jurídico en el momento de realizarse, desde la perspectiva ex-ante, la conducta.

En vista del preámbulo anterior, conviene ahora tener presente el objeto de estudio, Por consiguiente, partamos de una primera interrogante: ¿qué entendemos por Teoría de la Imputación Objetiva?

Al desentrañar gramaticalmente la frase teoría de la imputación objetiva. Iniciemos por la palabra teoría. ¿Que es teoría? Las teorías son aproximaciones que hacen las ciencias, particularmente nuestra ciencia jurídica, llamada así por unos, y por otros, “cuasi ciencia”. En este debate radica la determinación del objeto a estudiar.

Se acepta que el objeto de estudio de las ciencias sociales no permite establecer criterios exactos, pues difícil es plantear una certeza cuando se habla de humanidades, el ser humano, en su aspecto interno como en su conducta en sociedad, resulta ser más complejo e imprevisible que los fenómenos naturales.

Lo que pudiera ser considerado como ciencia en el ámbito del conocimiento jurídico, es el método que se utiliza para llegar a la verdad, a través de detectar lo constante de los hechos que le interesan al derecho penal, que posibilitan un adelantamiento, con bases científicas y racionales, del futuro, esto es, la previsión.

Siendo pesimistas en este proceso científico de previsión, de lo único que hemos tenido certeza absoluta es que la disciplina jurídica, siempre llegara tarde. Por naturaleza el derecho debe obtener sus lineamientos del acontecer histórico, ya que las leyes se adaptaran a estas condiciones de tiempo y lugar, de manera permanente.

El ser humano creo la ciencia y la religión para completar sus verdades parciales, con el fin de dejar de sentir temor, incertidumbre y vulnerabilidad. Pese a estos artificios, no se ha alcanzado tal aspiración, todo lo absoluto de las ciencias exactas, se ha venido abajo con otra teoría, la de la relatividad de

Einstein, que viene a destruir toda la certeza que peroraba la ciencia o las distintas creencias religiosas.

La ciencia como discurso, teoría o ley, como lo sugiere el filósofo austriaco Karl Popper, puede ser objeto de falseación<sup>46</sup>, método útil que permite el avance de una teoría, esa oposición de ideas es lo que permite que todo el pensamiento de la humanidad se reconstruya en una continua dialéctica, que inclusive puede ser al interior de cada individuo o sea una dialéctica subjetiva. Por tal motivo, la Teoría es aquello más cercano a lo verdadero, es aquello que probablemente ocurrirá, guardando siempre un grado de incertidumbre, ya que, como se ha señalado, hasta el producto del proceso científico más exacto, como es la ley (ley de gravedad) tiene sus excepciones perdiendo su absoluto significado.

Ahora, siguiendo el estudio gramatical y contextual, el significado de la palabra imputación, es cargar a la cuenta de alguien, es una acusación, es como describe Enrique Díaz Aranda, *“cuando nos hospedamos en la habitación de un hotel y además de la tarifa nos cargan en nuestra cuenta el consumo del frigo bar o las llamadas de larga distancia, nos lo imputan como los causantes de dichos consumos”*<sup>47</sup>

Con respecto al encargado de imputar o acusar, que en la mayoría de los Estados modernos, es el representante de la sociedad, llámese Ministerio Público o Fiscal, quien tiene exclusividad en el ejercicio de la acción penal, erigiéndose como una oposición a la postura de no acusación o no imputación que detenta la defensa, y así lo hará en todo el proceso penal, es en este punto donde se establece la Litis, surge una controversia, una contienda jurídica, cuyo objetivo principal es llegar a la verdad jurídica de las cosas, contraponiendo dos puntos de

---

<sup>46</sup> Popper, Karl, *La lógica de la Investigación Científica*, Editorial Tecnos, España, 1973.

<sup>47</sup> Díaz Aranda, Enrique, y Cancio Meliá, Manuel, *op. cit.*, 2004.

vista, esto es, en términos filosóficos y recordando la dialéctica de Aristóteles: tesis en oposición de la antítesis que nos lleve a una síntesis.

También convendrá en este punto, no confundir imputación con imputación objetiva, la primera es donde se afectan problemas que se anticipan a la imputación objetiva como los ontológicos o naturales de la causalidad. De tales ideas, Frisch acepta los presupuestos generales de la imputación objetiva en lo que no es en el momento.

*“Lo necesario de una conducta primero y típica después para que represente una conducta, si no hay conducta prohibida, no hay imputación del resultado producido, la antijuridicidad la culpabilidad, la legítima defensa nada tiene que ver con la imputación, sino que sólo ofrecen o limitan los derechos orientados a determinados principios de la garantía recíproca de libertad. La imputación debe ceñirse y limitarse a su competencia dentro del sistema, al proporcionar datos con los que trabaja o con los que moldean, los demás elementos o instrumentos de la teoría del delito, pero no debe confundirse con ellos, es independiente.”<sup>48</sup>*

Ahora, con la siguiente palabra que integra la frase de la teoría de la imputación objetiva y para efectos del contexto en que la ocuparemos, la palabra que implica una mayor necesidad de conceptualización, es la palabra objetiva. En un principio determinamos una contraposición a lo subjetivo, podemos decir un dentro y un fuera, lo subjetivo aquellos pensamientos, emociones, ideas, interpretaciones, procesos mentales que se dan precisamente en la psique del hombre, y lo objetivo todo aquello que acontece en el exterior de esa psique, es aquello que podemos apreciar por las ventanas de las que hemos sido dotados los seres humanos, los sentidos, es nuestro vínculo con el medio en el que desarrollamos nuestra vida, como aquellos objetos que observamos y que sabemos que no somos nosotros, incluyendo nuestro propio cuerpo, en pocas

---

<sup>48</sup> Frisch, Wolfgang, *op. cit.*, pág. 66.

palabras, lo objetivo, es sólo la parte material que nos viste como decía el legendario filósofo Sócrates.

En un inicio, en una consideración penal de la división de la conducta del hombre, se designó a lo objetivo a aquello que no estaba en la psique del hombre y a lo subjetivo, lo interno, la psique. La parte objetiva en el delito como todo aquello que puede ser apreciado por los sentidos, el objeto del delito, el tipo, las causas de justificación, etc., dejando todo lo subjetivo o sea lo interno en la culpabilidad incluyendo la finalidad, la intención, la voluntad, las representaciones y las abstracciones, de tal suerte que en un inicio del acontecer de la imputabilidad se dió más relevancia a este aspecto objetivo que al subjetivo, por lo que es dable pensar que se le dejó a la causalidad natural la responsabilidad de imputar una conducta.

El funcionalismo recoge estas aportaciones de las corrientes que le anteceden y considera que son necesarias todas estas partes para dar un concepto más certero de acción, sólo que hizo destacar el aspecto normativo, por eso, algunos dicen que es una vuelta al neokantismo, donde se requiere que el objeto se valore adecuadamente, sin descartar la intención o finalidad, o su ausencia, pero el prisma por el que se tiene que ver este objeto es a través de un sistema de valoración normativa, en base a toda una teoría del riesgo, surge de tal aseveración, la imputación objetiva. En apoyo a lo anterior y siguiendo a Mir Puig: *“La teoría de la imputación objetiva es teleológica valorativa, con un nuevo vocabulario y marco conceptual.”*<sup>49</sup>

En este punto conviene tener presente la siguiente interrogante ¿Es la imputación objetiva un mecanismo de interpretación del tipo penal o una teoría penal? Al respecto, en palabras concretas y con el fin de responder dicha

---

<sup>49</sup> Mir Puig, Santiago, *Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, op. cit., pág. 4.

cuestión, la teoría de la imputación objetiva trata de establecer la configuración del nexo objetivo-normativo que debe encontrarse entre la acción y el resultado, para que pueda afirmarse la responsabilidad del autor ante la lesión del bien jurídico, y con ello crear una delimitación más clara, concisa y determinada del tipo penal, o en semejantes palabras, es una teoría de la imputación que conceptualmente, es una disciplina científica que se encarga de construir, reconstruir y sistematizar una serie de pasos que permiten llegar a la responsabilidad penal, a través de la concreta y correcta delimitación del tipo.

### **2.3. Evolución de la imputación objetiva.**

*Ahora bien, la imputatio* no nació con el funcionalismo, sino en la antigüedad. Hemos dicho anteriormente que la Teoría de la Imputación objetiva ha sido edificada sobre los cimientos del desarrollo del conocimiento humano o a través de la historia del pensamiento del hombre y que filósofos, juristas, políticos, científicos, etc., han ido plasmando sus avances en la teoría general del conocimiento y en particular en el terreno, tan abundante, como complejo, del pensamiento del hombre y la exteriorización de ese pensar, la conducta humana.

En este mismo orden de ideas, la admiración hacia estos grandes pensadores, quienes han buscado y buscan seguir desatando nudos y dando soluciones a todo aquello que le inquieta al ser humano, esto es, la creación de nuevos conceptos e interpretaciones del mundo circundante y el perfeccionamiento del contenido de las teorías y leyes que rigen los fenómenos físicos, espirituales y sociales. Personajes que al preguntarse una y otra vez de los acontecimientos de la vida, buscan la mejor manera de pensar y hacer las cosas, siempre evocando y fomentando lo mejor del ser humano y para el ser humano, logrando así, un objetivo cada vez más certero.

En el tema que nos atañe estos pensadores prospectan una sociedad funcional por medio de instituciones como el derecho, al respecto en mi particular



opinión, lo que permite que la sociedad siga avanzando en una comunicación eficaz, es el sentimiento de solidaridad o sin temor a nombrarlo como mejor lo conocemos, el amor, como un estado que nos lleva a pensar en el otro, en darle, en procurarle, en servirle, etc., o por lo menos observando un principio de no daño. Siendo ciertos que este sentimiento o pensamiento solidario es la base de un principio de confianza que debiese imperar en todos sus miembros.

De tal modo que hasta nuestros días llega ese legado del pensamiento, con uno de sus estandartes más acabados, la teoría de la imputación objetiva, de la que se ha escrito, se sigue escribiendo y se escribirá mucho en todo el orbe, como ejemplo, el presente opúsculo. Esta teoría no es una figura nueva, como nada en el mundo lo es, pues cualquier idea, cualquier objeto, cualquier significado, tuvo un precedente anterior, y así sucesivamente, hasta un regreso que nos llevaría hasta el origen de la misma humanidad, o aún más, la creación. Por tal motivo, la teoría de la imputación objetiva recorre el mismo proceso de formación que cualquier conocimiento, que en la actualidad resulte generalmente aceptado, en otras palabras, es una idea convenida que se ha venido completando en el mundo, y en particular en el mundo del derecho penal.

### **2.3.1. Los precursores:**

Para iniciar este interesante viaje retrospectivo, conviene tener presente que el concepto de imputación objetiva no es un cajón vacío donde cabe cualquier problema, con la fantasiosa idea de que dichos problemas se puedan resolver únicamente con el aspecto objetivo, porque también hemos dicho que el desenlace histórico nos remitirá invariablemente al aspecto subjetivo, estas dos facetas representan dos caras de una misma moneda.

Para tales fines nos apoyaremos en el libro del insigne penalista y filósofo alemán Welzel:

Welzel señala que el filósofo griego Platón comentó al respecto:

*“Que el mundo de las ideas está regido por leyes causales. Basta dar lectura a los postulados lógicos, de este autor, acerca del acceso a la razón y a la argumentación, para determinar que estos se dan por dos premisas, seguidas de una conclusión, de la misma forma que la acción y circunstancias son seguidas de un resultado.”<sup>50</sup>*

Y continúa diciendo:

*“Aristóteles por su parte enseñaba que las ideas no son estáticas y que con ellas no se puede construir nada, es decir que Platón quedó corto en su estudio dogmático penal de la causalidad, pues es cierto que todo inicia con una intención o finalidad pero al derecho penal no le interesa el mundo de las ideas, se encarga más bien de los hechos delictivos, que requieren de una acción que modifique el mundo material no el idealizado.”<sup>51</sup>*

Aristóteles en cambio siembra las bases de un estudio posterior más apegado a los hechos, pues dice que todo lo que se mueve es movido por algo, la causalidad no requiere ser demostrada, siempre se puede presuponer, pongamos por ejemplo la fuerza de gravedad es un hecho que no requiere comprobarse ni demostrarse son hechos que se dan producto del movimiento de la tierra y éste es un primer movimiento al que esta confinado nuestra acción. Aristóteles pensaba que hay una causa de todas las causas o la ultima causa que origino todo, o visto de otra forma un primer principio de todo, de esta idea se han apoyado muchos científicos en la actualidad para crear o sustentar sus teorías, al respecto del tema de la imputación, enseñaba que en la causalidad era necesario ir al origen de la causa, preguntándose de donde vienen las cosas y que las origina o como nacen,

---

<sup>50</sup> Welzel, Hans, *Filosofía del Derecho*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2005, pág. 23.

<sup>51</sup> *ibídem*, pág. 33.

en otras palabras, buscar la última causa, sin soslayar que esta búsqueda nos remonte a un “regreso infinito”.

Lo valioso de este pensamiento aristotélico es tener una idea clara de lo que realmente aconteció con la cosa y por que la cosa es o se comporta de la forma en que lo hace. Lo mismo podemos decir de Descartes, Newton y demás genios reconocidos por sus aportaciones en la física pero también en la filosofía y por ende, en la causalidad.

Por ejemplo, la conocida teoría del big bang, como origen del universo, producto de una acumulación de polvo o gas espacial que se condensó hasta que se dió la explosión, dando como resultado una expansión del universo, para regresar después a una contracción y así por toda la eternidad. Sin embargo, respecto a lo anterior, siempre hay una pregunta esperada, ¿El Big Bang representaría la última causa que pretendía Aristóteles?, en mi opinión, no hay respuesta, sólo más preguntas, por ejemplo: ¿de dónde vino o quien creó el polvo espacial?

Siguiendo con éstas y otras interrogantes, recordando lo que Aristóteles comentaba, que lo que está al fin, no es causa de nada, es aquello con lo cual se termina una cadena causal. De tal suerte, que lo que está al fin produce acontecimientos, es el principio, el comienzo de lo que se derivaran muchos acontecimientos y aunque para muchos, que el fin sea el principio, no es más que un silogismo, sólo nos queda hacer el siguiente cuestionamiento ¿existió o existirá un fin?

Santo Tomás de Aquino continuó con las proposiciones de Aristóteles al presuponer la causa y que ésta no es objeto de prueba, ésta es un hecho y la causa primaria es Dios. Al igual que quienes apoyaron la teoría del big bang, lo que Tomas de Aquino hizo, no es más que una especulación basada más en la fe, que en la ciencia. *“El santo pensaba que Dios era la causa primaria y que el existe a su propia causa, y las causas secundarias acontecidas, son todas causadas a partir de la causa primigenia, Dios.”*<sup>52</sup>

En conclusión, ya Aristóteles y Tomas de Aquino describían la conducta humana como voluntaria y final. La diferencia entre causalismo y el finalismo fue la importancia que se le dió a la intencionalidad, los primeros en el ámbito naturalístico, lo segundos en el ámbito normativo.

#### **2.3.1.1. Samuel Pufendorf.**

Si partimos de la base que el derecho natural hasta finales del siglo XIX es una ciencia natural causal y de que posteriormente la intuición cedió su lugar a las matemáticas y tiempo después la causalidad a la finalidad, no tendríamos motivo para estudiar ideas anteriores a estos momentos, pero como veremos en este apartado, ideas anteriores fueron construyendo teorías posteriores.

Fue Pufendorf<sup>53</sup> quien explicó desde una visión iusnaturalista que una acción podía guiarse por una norma y cuyo acontecer o no, está al alcance de la persona, que puede ser imputada. Diferente es la imputación ordinaria y extraordinaria la primera es cuando la persona está en posibilidad de evitar y la segunda no está en esa posibilidad pero puede reprochársele que se encuentre en esta situación de imposibilidad o incapacidad.

---

<sup>52</sup> *ibídem*, pág. 59.

<sup>53</sup> *ibídem*, pág. 173.

Pufendorf agrega la imputativa categoría que se refería a la pertenencia de la acción libre del autor, así, *la imputatio* es donde debe comprobarse las condiciones de atribución de la responsabilidad. Por lo antes expuesto, iniciar con Samuel Pufendorf para el presente estudio obedece a los siguientes motivos:

**Primero.** Representa, para muchos, el enlace de la moderna teoría de la imputación objetiva con las ideas del pasado.

**Segundo.** Pufendorf fue el primero que pudo hablar de división entre imputación objetiva y subjetiva, nuevamente Welzel es certero al comentar: “Pufendorf logró armonizar las teorías del espíritu de Hugo Grocio y el materialismo de Hobbes”<sup>54</sup>, dando una alternativa al histórico enfrentamiento entre espíritu y materia y dando cabida al posterior desarrollo de las teorías de Kant y Hegel tan importantes para el presente estudio, tal como se verán en su momento.

**Tercero.** El pensador alemán tuvo en la historia del pensamiento occidental más importancia como jurisconsulto que como historiador. Su nombre está unido a la iniciación del proceso anti teológico de la jurisprudencia occidental, por haber consumado el divorcio entre el derecho y la moral, asignando a aquél el fuero externo y a ésta el interno. El contrato político para Pufendorf es, ante todo, origen de deberes: el deber de obediencia de los ciudadanos y el deber de promoción del orden y bienestar general del gobernante. En este deber está incluido el derecho a determinar qué es el orden y el bienestar general, lo cual refuerza enormemente la posición del gobernante.

---

<sup>54</sup> *ibidem*, 2005, pág. 151-163.

Sin embargo, más allá de las valiosas aportaciones de nuestro autor en comento, en los terrenos de la política, la religión y el derecho debemos enfocar nuestra atención en su aportación en el plano de la teoría de la imputación objetiva y el porqué resulta imprescindible sus planteamientos.

Al respecto, desde Platón a Hugo Grocio el derecho natural había sido una ciencia del espíritu. En Pufendorf encontramos la dualidad del sistema iusnaturalista de su época, por un lado se asimilo la vertiente del derecho natural ideal y por otro la del derecho natural existencial, es en este momento donde el espíritu europeo experimenta una crisis entre la sociología naturalista y la ciencia del espíritu.

De tal suerte que el movimiento deja de ser espiritual y se convierte en corporal, lo que nos lleva a reflexionar que los grandes debates del pensamiento se originan en este punto entre el espíritu y lo material, el individuo y su entorno, lo subjetivo y lo objetivo. Por ejemplo Hobbes refería que todo acontece en un sólo movimiento de cuerpos sometidos a la necesidad mecánica de la causalidad, disolviendo la ciencia normativa en una ciencia natural causal, Hobbes establecía una ciencia natural que era equiparable a la del espíritu sin guardar ninguna diferencia. Si, en su caso, Hugo Grocio sometía la naturaleza al espíritu, Hobbes sometía el espíritu al proceso causal.

En la línea divisoria entre uno y otro pensamiento, entre el mundo espiritual sin interferencia del mundo físico y viceversa, se encontraba la tesis de Pufendorf quien detectó las estructuras esenciales del contenido del mundo de la cultura. En este mundo el hombre no sólo existe naturalmente, sino que existe culturalmente,

precisamente obedeciendo normas culturales que obligan a esté a superar su condición natural. Pufendorf, genera con esta postura una nueva división entre la *entia phisica* y la *entia moralis* del individuo, en otras palabras, entre el espíritu individual y el que busca la armonía proporcionada culturalmente, cabe resaltar que es esta parte moral en donde se encuentra la libertad humana. Tal como lo comenta nuestro referente Hans Welzel: *“La voluntad es negativa frente a causas físicas y positiva en la vinculación moral a una norma o ley superior”*<sup>55</sup>

De tales circunstancias se empieza a avizorar una voluntad no sólo producto del espíritu natural sino una voluntad con representación para posibilitar una valoración o un juicio sobre la acción, en tal virtud, este autor estableció que la acción física y la psíquica representan una distinción entre los entes físicos y los morales.

Tales argumentos nos conducen a la conclusión que las causas físicas son iguales y las éticas diferentes, por ejemplo, el acto de matar no obedece a la misma causa ética, en el caso del asesino, el del verdugo, el del soldado, o del que obra en legítima defensa o del que creyendo que mata a un animal de casa, mata a otro ser humano; no hay duda que en todos los casos el resultado físico es igual, la muerte, lo diferente en cada caso es la acción ética o correcta o la no ética de matar, sin olvidar que lo correcto lo determina la moral como producto cultural, esta diferencia se basa a su vez en la diferencia axiológica. En otras palabras, los modos de ser (lo que más adelante se equiparara al roll) es lo que dota de sentido a la acción.

---

<sup>55</sup> *ibídem*, pág. 3.

De lo anterior se deduce que la uniformidad del mundo físico se enfrenta a la multiformidad del moral. En la ley natural de causa y efecto se percibe una uniformidad de la naturaleza, mientras que en la acción con diverso contenido moral puede arrojar resultados variables, en los ejemplos anteriores, la acción de matar provoca el mismo resultado físico pero no el mismo significado moral.

Esta constante disparidad entre hombre y su mundo, en Pufendorf se remite a que en la naturaleza, es más fácil prever acontecimientos con ayuda de la ciencia o de la empíria, pero en el ser humano se dan infinitas posibilidades, que arrojan muchos significados de un sólo hecho.

En cuanto a la libertad y a la igualdad en contraposición a la causalidad natural, esta libertad es la base del concepto ético, social y jurídico. Es una libertad vinculada éticamente, sin la cual, no habría orden, valor y belleza. Por lo tanto la libertad ética origina la igualdad y de ésta, la libertad material.

Como ya hemos dicho la idea de empezar el estudio de la teoría de la imputación objetiva con Pufendorf precisamente obedece a que fue éste quien separó la ciencia natural y el espíritu, empezando a desentrañar la imputación en objetiva y subjetiva; es el eslabón correcto, pues comienza a plantear esta idea que siglos después será desarrollada por Welzel quien proclamaba: *“La causalidad es ciega, prisionera y la libertad es vidente, gracias a la finalidad de la acción”*.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> *ibídem*, pág. 60.



En cuanto a la prueba establece este importante pensador que no se puede hacer una afirmación sin oposición, con la falacia de economizar el proceso de imputación con la molestia de probar el dicho del acusador, es claro que Pufendorf propugna por qué se debe determinar por qué una acción es buena y otra es mala obviamente por conducto de pruebas, haciendo frente al dogmatismo de las acciones buenas o malas en si, con su método de acercarse a las cosas mismas y examinar el pro y contra o el fundamento material de las cosas sin perjuicios y sin el tabú de supuestas entidades *a priori*.

La principal virtud de Samuel Pufendorf, además de su pensamiento, fue que no se atemorizó aún ante la eventual pérdida de su libertad, posición social y económica, por seguir manteniendo sus postulados, lucha que le llevo 20 años en contra de una institución de 15 siglos. Los escolásticos lo criticaron en su planteamiento en el punto referente a que en la acción existe una indiferencia axiológica de los elementos físicos de una acción. El defendió su postura diciendo que Dios no es dueño de la causa física, sino que simplemente es una acción avalorada, naturalmente hablando, siguiendo a Aristóteles, este autor agrega que los principios para la imputación de la acción libre, hacen frente al acontecer causal, por lo tanto, la acción no sólo es física, sino también se da en base a una voluntad libre.

Además de su defensa por un derecho natural común a todos los hombres, Pufendorf empieza a generar incomodidad con sus ideas en torno a la contraposición entre revelación y observación como inicio de todo conocimiento. Si bien la revelación puede provenir de la imaginación, ésta debe basarse en algo conocido, decía, Intentó tratar al derecho natural como un método general para todos los hombres y que la religión sea libre sin imponer una revelación de un sólo individuo, pues la moral es limitada a este mundo y la fe es terreno de Dios.

Otro criterio que lo erigen como el eslabón correcto con la teoría de la imputación objetiva es precisamente la característica de tener una extraordinaria voluntad sistémica, fue él quien considero a la sociabilidad como lo general deducida en derechos individuales, y al hombre singular hasta llegar a las comunidades como la familia y de está, hasta el Estado. Por todo esto se dice que las ideas de Pufendorf son la base sistémica de la estructura objetiva de teorías e ideas posteriores.

### **2.3.1.2. Georg Wilhem Friedrich Hegel.**

Conviene antes de iniciar con el pensamiento Hegeliano, en atención a una concatenación cronológica y por contraposición de las ideas de Hegel, hacer una pequeña referencia a Emanuel Kant, quien proponía que para conocer la naturaleza humana sólo puede ser a través de la experiencia y que las leyes morales se obtienen *a priori*, en conceptos de la razón pura (derecho natural).

En efecto, según Kant, todo lo empírico no sirve para un principio moral es contrario a la pureza de las costumbres. El obrar moral tiene que estar completamente libre de todo influjo de fundamento causal que nos brinda la experiencia, se busca el espíritu puro de la moral en base a la razón.

En cuanto a los problemas éticos, por un lado los materiales-objetivos y por otro el problema de la moral subjetiva, Kant va en busca de una autonomía moral del individuo y un principio de voluntad libre que trae aparejado el deber ser.

Kant no es completamente un subjetivista ético, decía que la voluntad debe acatar un orden de las cosas para que sea libre ese acatamiento, pues antes del espíritu se presupone un orden objetivo moral de las cosas, él no vió el “que” de la acción moral ético objetivo, sino se enfocó en el “cómo” de la acción, el problema moral subjetivo, donde el puente entre objetivo y subjetivo es el imperativo categórico, para convertir lo subjetivo en ley y su contenido material en la obligación. Verbigracia: el que hace el mal es un anarquista y contradice con su obrar el imperativo categórico, por lo que su acción, si se eleva a ley general de obrar, dando como resultado un reproche moral a la conducta desviada.

Finalmente, para Kant en su obra metafísica de las costumbres refiere que sólo será sujeto de imputación, el ser racional que está sujeto a leyes morales quien se da a sí mismo con el uso de su libertad. Dicho sujeto se da en dos vertientes, imputación en sentido moral (*imputatio*) y juicio por medio del cual alguien es considerado autor.

El principio de una solución normativa, arranco con las ideas de Georg Wilhem Friedrich Hegel, que planteaba:

*“Un juicio a través del cual se decide por cuales comportamientos o acciones un sujeto puede ser hecho responsable, para ello se tiene que estar seguro de que el autor ha realizado una acción desaprobada.”<sup>57</sup>*

Y continúa diciendo: *“radica en la medida, en que la existencia transformada, radica en el predicado abstracto de lo mío.”<sup>58</sup>*

---

<sup>57</sup> Hegel, G.F., *Filosofía del Derecho, Introducción Carlos Marx, Ediciones Casa Juan Pablo, México, 2004, pág. 109-111.*

Después de estas premisas, iniciaremos este aserto con este gran filósofo alemán, quien a comienzos del siglo XIX definió a la imputación en estricto sentido como aquello que en una conducta puede ser reconocido como “mío”, desarrolló este concepto de imputación sobre las bases de las manifestaciones voluntarias del ser humano. De este primer postulado de Hegel surge el principio de auto responsabilidad, como un principio general del derecho en el que cada individuo debe responder de sus propias actuaciones y no, por los demás, un principio muchas veces reconocido aunque no siempre legislado, dotando al delito de la importancia de la libertad individual de actuar.

Así mismo, Hegel decía que:

*“Para superar el injusto se debe emancipar del interés y del aspecto subjetivo como de la accidental del poder” “La subjetividad individual debe ser idéntica que la voluntad de los otros”.<sup>59</sup>*

De esta imputación al sujeto y dentro la multiplicidad de cursos causales, lo que puede ser considerado su obra. Al respecto Hegel continúa diciendo:

*“Sólo cabe responsabilidad sobre lo que está en el propósito, que es lo que se tiene especialmente en cuenta en el caso del delito. Pero en la responsabilidad rige aún el juicio enteramente exterior de si se ha hecho algo o no, y el que sea responsable no implica todavía que la cosa pueda ser imputada”<sup>60</sup>*

---

<sup>58</sup> *“La libertad de voluntad es el contenido que le doy a lo mío, es mi fin interno y se traduce en una objetividad externa.” ibídem, pág. 112-116.*

<sup>59</sup> *Hegel, G.F., ibídem, pág. 109-111.*

<sup>60</sup> *Hegel, Friederich G., Principios de la Filosofía del Derecho, Editorial Edhesa, segunda ed. España, 1999. p 500. “Las ideas sobre la imputación son tomadas de la segunda parte de la obra, intitulada “La Moralidad”.*

En consecuencia, Hegel tenía claro que una conducta puede producir varias consecuencias, por un lado hay consecuencias que representan el alma, y sin ellas nada representan y, por otro lado, otras consecuencias que pertenecen a la misma modificación, que no le pertenecen al dominio ejercido por el sujeto que actuó. En el mismo contexto, este gran autor pensaba en la aceptación de dos consecuencias que se generan de una misma acción, aquellas partes consecuentes de una misma acción, representan su alma y sin ellas nada son o nada significan, son los elementos esenciales de una acción, en cambio decía, existen otras consecuencias que no le pertenecen a la conducta, sino a la modificación que en el mundo exterior que ha causado un comportamiento, éstas no deben ser imputadas pues son producto de la simple causalidad, mala suerte o del destino, estas partes son aquellas consecuencias que sobrevienen pero que no son esenciales de la acción y de las cuales el autor no debe responder. Tres siglos más tarde la teoría de la imputación objetiva buscara clarificar este primer postulado en cuanto al contenido de la imputación.

Por lo tanto y en pocas palabras, la imputación es aquello que es reconocido como mío. En efecto, siguiendo a Hegel, una conducta produce dos consecuencias una representa su alma y sin ella nada representa y otras consecuencias pertenecen a la misma modificación.

Con respecto al dolo, Hegel señaló que es sólo un conocimiento previo o una representación pero de manera general, ya que individualmente el dolo debe ser estudiado en la culpabilidad, el dolo individual es un dolo natural, unido a la conducta, ejemplo: el que se apropia de una cosa sabiendo que es ajena o el que dispara a un arbusto sin saber que es un hombre. La imputación se hará en el momento del "por si mismo". Hegel describe allí la persona como aquel sujeto que es determinado por medio de su propia voluntad. Correspondientemente se debe considerar la imputación como un juicio a través del cual se decide por cuáles

comportamientos o acciones un sujeto puede ser hecho responsable. Cuando en un juicio imputable el reconocimiento de la persona debe ser garantizado, se tiene que estar completamente seguro de que el autor debe considerar el resultado producido por su acción (o comportamiento) como legalmente desaprobado.

Al respecto Hegel comenta tres consideraciones:

- “1. El fin concilia lo subjetivo y lo objetivo.
2. Subjetivo es la voluntad abstracta limitada y formal lo objetivo determina lo subjetivo debe adecuarse.
3. La voluntad individual. La voluntad subjetiva se determina en la objetiva, la voluntad subjetiva es real la libertad o voluntad que es en si.”<sup>61</sup>

En pocas palabras, Hegel considero a la imputación objetiva como un instrumento para determinar cuándo una conducta podría ser considerada obra suya, esto es darle énfasis al desvalor del resultado. Sin embargo, se debe partir de la conducta ya desplegada, no antes.

### **2.3.1.3. Karl Engisch.**

Karl Engisch es quien propugnó, en su momento, por una teoría de la causalidad adecuada o de las formulas de las condiciones legales y mencionó la fórmula pero no en una teoría de la imputación objetiva, sino en la causalidad adecuada, sin embargo, a él se le asigna el haber hablado primero de riesgo y en conjunto con Guillermo Sauer, advertir que los resultados imprevisibles que no

---

<sup>61</sup> *Hegel había ya tratado el querer como la más clara manifestación de libertad del individuo, imputable todo aquello y sólo aquello dentro del comportamiento como perteneciente al individuo, además, hizo referencia a la voluntad contemplando a los delitos dolosos y los culposos cuando hablo de voluntad pero jamás hizo referencia que únicamente a los culposos. “En conclusión Hegel vuelve a ver el problema ético material.” Hegel, G.F., op. cit., pág. 109.*

fueran causados por la conducta del autor (en los que faltaba la propia antijuridicidad y la tipicidad) debían excluirse del delito. Tal como lo constata Gimbernat Ordeig: “Además de Radbruch que también rechaza la teoría de la causación adecuada como teoría causal, comparte esta opinión Sauer, Engisch y Hardwig.”<sup>62</sup>

Karl Engisch propone una equivalencia de las condiciones, pero sin la figura de la *conditio sine qua non* y la sustituyó por una causalidad adecuada con condiciones legales. Si la conducta está relacionada con las leyes de la experiencia, luego entonces, existe una causalidad genérica cuya referencia son las leyes causales y una conducta concreta cuya referencia es la existencia del vínculo causal. De tal suerte que si una persona ignora las leyes causales no puede haber relación causal.

En cuanto a la encarnizada disputa que se libró durante el último tercio del siglo XIX y principios del XX, enfrentamiento que pudo dilatar y retrasar, mientras persistió, el cultivo de la ciencia penal, precisamente a causa de la pregunta por la libertad de la voluntad, al respecto Engisch comentaba: “*fue el reflejo de una contraposición radical entre realidad y valor. Tampoco los sistemas que surgieron a la sazón como medios de zanjarla, la responsabilidad objetiva fundada en el estado peligroso.*”<sup>63</sup>

Este autor también comentó sobre las consideraciones ex-post, las cuales se realizan sólo con la posterior producción del resultado y sólo cuando se pueda determinar si una actuación previa, fue su causa y no producto de una causa ficticia, luego entonces, se tiene que presuponer siempre una relación causal

---

<sup>62</sup> Gimbernat Ordeig Enrique, *op. cit.*, pág. 60.

<sup>63</sup> Engisch, Karl, *La Teoría de la Libertad de la Voluntad en la Actual Doctrina Filosófica del Derecho Penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 1965, pág. 19.

dada. Estas consideraciones las hace un juzgador quien se basa no en una falsa declaración, sino en el material probatorio y en los hechos.

Por último, es destacable mencionar que fue Karl Engisch quien hizo la diferencia entre la causalidad, la adecuación, la realización del peligro adicional presupuestos en el mismo nivel y los elementos del tipo penal independientes entre sí.

#### **2.3.1.4. Karl Larenz.**

Es curioso que la primera aproximación a la moderna teoría de la imputación objetiva haya sido elaborada en 1927 por Karl Larenz, en el ámbito del Derecho civil, específicamente en una monografía en la que el autor plantea el problema de la imputación desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho. En ese sentido, Larenz parte del concepto hegeliano de acción que presupone el libre albedrío y, por ende, la capacidad de autodeterminación como expresión de una persona racional. Este atributo, abre la posibilidad de imputar al ser humano su hecho como propio y hacerlo responsable de tal acontecimiento.

Este destacado autor alemán se erigió como uno de los principales representantes de la teoría de la imputación objetiva, quien comentaba que para su concepción no se debe tomar en cuenta el aspecto moral de la acción y que para que un suceso puede ser atribuido como propio al sujeto, es necesario que la causalidad sea fundamento de la acción y no su esencia, pues ésta, por sí sola es insuficiente para una imputación jurídica del resultado. En otras palabras, las teorías que explican la causalidad sobre la base de conceptos científico- naturalistas son insuficientes para resolver los problemas vinculados con la atribución del resultado, puesto que la misión del derecho no sólo es decidir si entre la conducta y la lesión de un bien jurídico existe una relación de causalidad, sino determinar si ese suceso puede ser atribuido a un



sujeto como expresión de la propia voluntad, es decir, como algo que les propio y no como acontecimiento accidental o fortuito.

Así, la voluntad y la capacidad de previsión, son los dos criterios que permiten destacar, entre todas las condiciones que intervienen en la lesión de un determinado bien jurídico, cuáles consecuencias son susceptibles de ser imputadas al sujeto como propias. En otras palabras, imputación sólo para quien es capaz de querer, es el querer lo que permite reconocer entre la simple casualidad y la imputación, el reproche sólo es válido si el sujeto tenía la posibilidad de evitar el resultado nocivo, tal como lo señaló Karl Larenz en el conocido ejemplo del guardavía.

Para hablar de una Imputación plena, ésta se compone de una *imputatio facti* y una *imputación iuris*, la primera es calificar un suceso como conducta y la segunda calificarla como contraria a derecho, Larenz continúa explicando que cuando la imputación trata de diferenciar entre imputación y causalidad se refiere a la *imputatio facti* o sea que no cobija en su integridad la teoría de la imputación objetiva.

A Karl Larenz se le debe pues la acuñación del concepto de "imputación objetiva" en donde la acción debe ser estudiada sin la valoración moral, y únicamente debería ser tratada como un juicio sobre una "relación objetiva" lo que ha dado muestra de separación entre el aspecto objetivo y el subjetivo. Este autor hace referencia a que el concepto de Hegel también comprende un tipo de imputación subjetiva, la cual incluye una valoración legal o moral. Afirma que en la concepción hegeliana no se reconocen como acciones imputables, las acciones culposas.

Este autor, además de criticar las teorías que pretenden explicar los fenómenos jurídicos con base en conceptos provenientes de la naturaleza, considera que la misión de la imputación objetiva, ha de ser: "... el juicio sobre

la cuestión de si un suceso puede ser atribuido a un sujeto como propio". Así entonces, para Larenz la imputación objetiva no es más que un intento de delimitar los hechos propios de los acontecimientos accidentales.

Dice Larenz, en términos precisos, cuando se señala que alguien es causante de un determinado hecho, se está afirmando que ese acontecimiento es su propia obra, su propia voluntad, y no un suceso accidental. Pero, ¿qué circunstancias permiten imputarle a un sujeto un suceso como obra propia? Si se acude a la relación causal se fracasaría, porque conforme a la teoría de la condición no puede tomarse una sola de ella, pues todas las condiciones tienen idéntico valor.

En el plano jurídico penal, la introducción al estudio de la imputación se dió con Karl Larenz, el cual retomando las ideas de Hegel, acuñó el concepto "imputación objetiva", y esto lo hizo para resaltar que la imputación podía analizarse independientemente del valor moral de una acción, pues lo que debería de tratar es un juicio sobre una relación objetiva.

Las críticas finalistas por la denominación objetiva se originaron porque la teoría no es completamente objetiva y los criterios reconocidos subjetivistas (intencionalidad y conocimientos especiales) son algunas críticas que veremos más adelante.

Recapitulando para este autor la imputación objetiva no es más que un esfuerzo por delimitar los hechos propios de los acontecimientos accidentales, recurriendo al criterio de la voluntad y de la previsibilidad que poseen todos los hombres y que llevan a la realización de determinados fines. La imputación será entonces un juicio teleológico que determina si el suceso realizado por el autor estuvo o no dirigido por su voluntad y si le fue o no objetivamente previsible. Karl Larenz es uno de los dos autores que se les atribuye el origen de la imputación objetiva, Larenz y Honig, este último, como el primero que la introduce al derecho

penal. Por su parte Larenz, como ya hemos dicho, basándose en las teorías de la imputación de Hegel, trata de desligar la adecuación de la conducta de la causalidad afirmando que en el derecho lo que en realidad tiene que exigir es una causalidad objetivamente imputable.

En pocas palabras, el termino imputación objetiva se atribuye a Larenz, la imputación es analizada con independencia del valor moral dado a una acción (de allí el termino objetiva).

En un resumen más preciso, las aportaciones de Larenz son las siguientes:

- a) Separa adecuación de causalidad.
- b) Que el derecho exija una causalidad objetivamente imputable.
- c) Lo que se le debe atribuir a un sujeto como su acción y por ende debe ser responsable.
- d) Criterios de voluntad y previsibilidad.

#### **2.3.1.5. Richard Honig.**

Posteriormente, el penalista neokantiano Honig reiteró estas ideas a comienzos del siglo XX, en donde la base del nuevo sistema constituye “la acción peligrosa, jurídicamente desaprobada”, y recogió los planteamientos de Kant, en el texto de la crítica de la razón pura, en donde todas las cosas pueden ser aprendidas por medio de la intuición.

Richard Honig escribe un artículo en 1930 titulado la causalidad e imputación objetiva, la tipicidad va a establecer el objeto del enjuiciamiento y será la base de la responsabilidad. Dijo: si hay voluntad, hay dirección a la realización de una conducta típica, es decir, el sujeto puede predecir y dirigir su curso. Tal

como lo señala el alemán Hirsch: "*Honig a principios de los años 30 busco restringir de modo objetivo el concepto ilimitadamente objetivista del tipo penal*"<sup>64</sup>

Honig analiza la acción desde el punto de vista normativo (a partir del tipo y no a partir de la causalidad naturalista). En el ejemplo de la tormenta se debe tener la posibilidad objetiva de perseguir el resultado, hay una diferencia entre desear y querer el resultado, para que haya un querer el sujeto tuvo que ver el resultado, en otras palabras, haber sido previsible conscientemente. De tal suerte que la posibilidad objetiva de persecución del resultado es la base para la imputación objetiva.

Honig en 1930 también recurrió a la perseguibilidad objetiva como criterio decisivo de un juicio de imputación autónomo e independiente del juicio causal. Sentó las bases para que la imputación objetiva dejara al margen, posteriormente, los cursos causales imprevisibles e improbables y también aquellos resultados del curso ordinario de la vida social (riesgo permitido).

Otro aspecto que nos da idea del corte neokantiano de Honig se puede apreciar en el ejemplo de la responsabilidad del peatón que ve y no ayuda, pues todo aquel que no evita el resultado pudiendo haberlo hecho, es imputable, otro ejemplo, el caso del ahogado cuando el salvavidas no actúa, no es imputable el que no sabe nadar, porque nadie está obligado a lo imposible, pero el que si sabe nadar, realiza una conducta antijurídica con su omisión al no prestar ayuda.

De tal suerte que el desplazamiento de la teoría de la imputación al ámbito del Derecho penal, se debe a Richard Honig, quien en 1930, en un artículo elaborado en homenaje a Reinhard Frank "Causalidad e Imputación Objetiva", afirma que desde el punto de vista jurídico, no es posible que todo suceso se haga

---

<sup>64</sup> Hirsch, Joachim, *op. cit.*, pág. 38.

depender de la relación de causalidad, puesto que ese nexo, asimilado en sentido ontológico, es decir, al amparo de la equivalencia de las condiciones, es demasiado extenso.

En consecuencia, la relación de causalidad sólo adquiere valor para el Derecho cuando se encuentre dominada por la voluntad, a saber, cuando el hombre pueda prever y dirigir su curso. Imputable, por tanto, es aquel resultado que puede ser concebido como dispuesto finalmente.

Honig va un poco más lejos y establece que el derecho exige algunas conductas que pueden ser esperadas pero agrega que sólo se pueden esperar aquellas conductas que sean posibles, es una diferencia entre poder y deber. Cuando dicho autor caracteriza la imputación a través de la posibilidad de actuación alude en realidad a la antigua *imputatio facti* y cuando edifica la antijuridicidad sobre un juicio basado en el deber de actuación está refiriéndose a la *imputatio iuris*. Honig hubiera estado cerca de la imputación objetiva actual, si hubiera tomado estas imputaciones como dos fenómenos aislados y no como partes de una misma teoría la *imputatio plena*.

Con base en los aportes ofrecidos por Larenz y Honig, a comienzos del siglo XX, se ha construido la moderna teoría de la imputación objetiva. No obstante, en la actualidad los fundamentos y alcances de la misma evolucionan en direcciones muy distintas de las que en su momento le imprimieron Larenz y Honig. El eje central se ha desplazado de la posibilidad de dominación de la causalidad y de la separación del hecho propio de los sucesos accidentales, a la acción peligrosa jurídicamente desaprobada, que se constituye en la base del sistema.

Tal como lo atesta W. Frisch:

*“Honig se convirtió en el otro gran representante y precursor de la teoría de la imputación objetiva, al establecer una insuficiencia del acontecer causal para imputar un resultado,*

*siendo necesario además que el hecho sea producto de la manifestación de la voluntad del hombre, en donde lo que es atribuible objetivamente al individuo es aquello que es configurado a partir de la voluntad, no lo accidental o lo fortuito. (La imputación objetiva se vale de criterios normativos, valorativos, para fundamentar la imputación o para descartarla).”<sup>65</sup>*

### **2.3.2. Los creadores, Principales exponentes.**

La imputación objetiva es una teoría moderna creada en 1970 por Claus Roxin y Günter Jakobs, surge como un estudio funcionalista, erigiéndose Jakobs como el creador de la corriente más radical o desvinculante del aspecto subjetivo, dejando la inquietud en los que ven una vuelta a lo establecido por Pufendorf, lo único cierto es que tanto la propuesta por Roxin como por Jakobs, son dos formulas distintas. En efecto, a Roxin se le debe la teoría de la imputación objetiva como una teoría final racional valorativa, en cambio a Jakobs se le debe la corriente radical que propugna por un normativismo sistémico lo que nos lleva a comprender que en toda teoría hay puntos medios en relación a los extremos, ejemplos el eterno conflicto entre empíricos y naturalistas o entre iuspositivistas y iusnaturalistas.

Tal idea del modelo erigido por Roxin es apoyada por Mir Puig quien afirma que:

“Roxin tiene raíces neokantianas, valores y fines es un sistema” y por lo tanto, “El neokantismo como base de la teoría de la imputación objetiva.”<sup>66</sup> Al referirse a Jakobs el

---

<sup>65</sup> Finalmente Honig en 1970 pasó de su importancia, filtrar determinados cursos causales con la exigencia de la previsibilidad del curso causal (teorías de la adecuación). Teniendo en cuenta las consideraciones generales de Larenz, pues lo realmente importante en derecho y en los tipos penales es saber si el resultado puede verse como la obra de una persona y por consiguiente puede serle imputable. Frisch, Wolfgang, op. cit., pág. 23.

<sup>66</sup> Mir Puig, Santiago, Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en el Derecho Pena, op. cit., pág. 5.

maestro Mir comenta: “Jakobs es hegeliano y su discípulo, para quien la imputación es un instrumento no natural para identificar la acción y el hecho típico”.<sup>67</sup>

Se comentó antes de la importancia de la relación entre acción y resultado y de su relevancia penal como desvalor de acción, desvalor del resultado y su nexos objetivo, como realidades ontológicas previas. Haciendo una diferencia entre reglas del comportamiento y las reglas de la imputación unas son para los gobernados, las otras para el juez, para un momento posterior.

Un último precedente. Para Roxin, no se debe negar del todo la presencia de subjetividad, en cambio para Jakobs, deshacerse de ella es un conveniente que debe perseguirse. Son dos grados o temperamentos entre la separación y la supremacía entre el aspecto subjetivo y objetivo del delito. Para muchos entre ellos, Paz de la Cuesta: “Roxin y Jakobs representan una vuelta a Pufendorf<sup>68</sup>”, para quien sólo lo que no ha estado en poder de un hombre, ni en sí mismo tratado, ni en su causa, no le puede ser imputado.

### **2.3.2.1. La imputación objetiva en la obra de Claus Roxin**

El verdadero nacimiento de la imputación objetiva se da en 1970 por Roxin autor del funcionalismo teleológico racional que fue más allá de la posibilidad objetiva de imputar de Honig, como posibilidad de dominio mediante la voluntad humana, vinculación con la creación de un riesgo jurídicamente relevante de una lesión típica del bien jurídico, estableciendo entre otras consideraciones la disminución del riesgo, el incremento del riesgo que en sí es permitido, la causación del resultado fuera del ámbito de protección de la norma de cuidado.

La concepción más garantista hasta ahora sigue siendo la de su principal impulsor, el profesor Claus Roxin. Este autor trata de fijar los límites de la teoría de

---

<sup>67</sup> *Ídem.*

<sup>68</sup> *De la Cuesta Aguado, Paz María. op. cit., pág. 38.*

la "imputación objetiva", haciendo referencia a criterios político-criminales, así como al "principio de culpabilidad", el cual, se reflejaría ya a nivel de la tipicidad (parte externa del principio de culpabilidad) para excluir las "causalidades" del injusto mediante los criterios de la imputación objetiva, especialmente cuando se trata de excluir la imputación debido a la falta de realización del riesgo permitido, pese a haberse dado una infracción de la "norma de cuidado" y existir un resultado típico.

Ahora bien, acerca del funcionalismo como base de la teoría de la imputación objetiva hemos de tener en cuenta lo dicho por Lummann *"no ha sido utilizado en su verdadero potencial, es necesario radicalizar el objeto. División del todo complejo en partes posibles con el mismo equivalente funcional. La necesidad de sentido que lo lleve a explicar una teoría social y los fenómenos sociales"*<sup>69</sup>

Por otro lado, los principios político-criminales de "exclusiva protección de bienes jurídicos" y de no represión ante la falta de "necesidad de pena" permitirían decidir cuándo, pese a la existencia de causalidad y de una realización del riesgo creado en el resultado, no debe imponer sanciones penales. Esto se reflejaría especialmente con el "principio de intensificación" (del peligro para bienes jurídicos) para solucionar problemas de cursos causales hipotéticos, excluyendo la imputación cuando el resultado no es abarcado por el fin de protección de la norma de cuidado, y en los diferentes supuestos de relevancia del "radio de acción del tipo penal", en los que la imputación se desvía hacia la víctima o terceros, los cuales asumen la responsabilidad por los sucesos ocurridos.

De tal suerte que es Claus Roxin quien puede ser considerado como el científico que dió, un impulso decisivo a la teoría de la imputación objetiva, con un

---

<sup>69</sup> Niklas Luhmann, *Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo*, op. cit., pág. 10.



trabajo suyo de gran importancia "Contrariedad al deber y resultado en los delitos culposos", en el cual resuelve el problema de las llamadas "conductas alternativas conforme a derecho", con base en la "elevación del riesgo". Posteriormente expone, en el homenaje a Richard M. Honig, lo que serían las primeras bases de su sistema de la imputación; "Pensamientos sobre la problemática de la imputación en Derecho Penal". Estudio que complementa en 1973, en el libro homenaje a Wilhelm Gallas, con un trabajo sobre el "fin de protección de la norma en los delitos culposos".

Cabe mencionar que Roxin como uno de los precursores de esta teoría se aparto de los conceptos de estructura-lógicas (acción final y de adecuación social), su acierto fue invertir la relación acción, finalidad y tipo, con tal de que no sea la acción considerada como estructura lógica, sino que sea una serie de consideraciones valorativas jurídicas orientada a los contenidos sociales, por lo que considera que para que la conducta sea final en sentido jurídico, habría que sustituir la acción final por una teoría final del tipo y lo importante sería el ámbito de protección de los distintos tipos penales: se debe excluir entonces, el caso fortuito o la disminución del riesgo.

En consecuencia, se le debe a Claus Roxin, desarrollar y sistematizar la teoría de la Imputación Objetiva a propósito de establecer varios criterios excluyentes de la tipicidad, entre los que destacan los siguientes: riesgo permitido, disminución del riesgo, fin de protección de la norma y competencia de la víctima.

Según la disminución del riesgo no le puede ser imputado, por lo que reduce la probabilidad de lesión. Ejemplo: Juan lanza una piedra a Pedro, pero Mario evita el golpe hacia la cabeza pero le da en la pierna, no se le puede achacar por lesiones a Pedro.

Según, cuando no ha creado un riesgo jurídicamente relevante, permite resolver las desviaciones de curso causal, si alguien es atropellado y la

ambulancia se estrella y muere no se le puede ser achacado el homicidio. (Pues no violó el deber objetivo de cuidado), y si le violó y muere por culpa de la ambulancia sólo responderá por lesiones culposas.

Según el aumento del riesgo permitido: Sólo habrá imputación cuando aumente en el caso del médico que no esteriliza los instrumentos dando la muerte al paciente por una grave infección.

Según el último criterio, la esfera de la protección de la norma, el legislador no quiso hacer responsable de la conducta a la persona que la realiza valga como ejemplo: de la madre que recibe la noticia del hijo que está muerto “shock”, de la cual fallece, desde el ámbito de la protección de la norma sólo se le imputa los daños directos (la muerte del hijo), más no la muerte de la madre.

Estas son algunas de las tesis de Roxin que han ejercido un gran influjo en la dogmática penal alemana, más adelante dentro de este opúsculo se hablara un poco más, sólo cabe señalar que sus ideas sobre la imputación han sido desarrolladas, fundamentalmente, por tres de sus más distinguidos discípulos: Rudolphi, Schunemann y Woltex.

A pesar de que ya en los trabajos mencionados Roxin había esbozado los lineamientos centrales de su teoría de la imputación objetiva, es en su libro de derecho penal parte general, donde expone el sistema completo de la imputación. Teniendo en cuenta que este último trabajo es la síntesis de su pensamiento actual, por lo tanto, haremos el estudio de su teoría con base en los fundamentos expuestos en él.

Para Roxin, la primera tarea de la imputación objetiva del hecho consiste en describir las circunstancias que hacen de una causación una conducta típica; para lograr este objetivo se deben tener en cuenta dos principios fundamentales:

Primero, se imputa a un autor un resultado cuando con su conducta ha creado un peligro no cubierto por el riesgo permitido, que se hace realidad en un resultado concreto. Ejemplo: "A" dispara dolosamente con el fin de matar a "B", quien sólo sufre unas lesiones leves; al ser trasladado a un hospital, muere a consecuencia de un incendio que allí se desata. "A" ha sido la causa, ciertamente, de un peligro no permitido, pero en el incendio del hospital no se concreta el peligro que parte de una lesión leve producida por un disparo. Por esta razón, el resultado (muerte) no se le puede imputar al autor. El respondería sólo por tentativa de homicidio.

Segundo, excepcionalmente, a pesar de que se presente el resultado como la realización de un peligro desaprobado, se puede suprimir la imputación cuando el alcance y el fin de protección del correspondiente tipo penal no comprendan la obstrucción de esos peligros y sus resultados. Ejemplo: "X" convence a "Y" para que intente ascender a una elevada montaña, por un camino supremamente peligroso; de acuerdo con lo previsto por "X"; "Y" sufre un accidente mortal; en este caso "X" no sólo ha causado la muerte de "Y", sino que también ha facilitado la concreción de un peligro desaprobado, originado por él. No obstante, "X" no ha cometido una acción punible de homicidio, ya que no es punible la instigación a arriesgar la propia vida.

Entonces, la imputación objetiva del resultado es un problema valorativo y tiene que resolverse con criterios racionales que permitan fundamentar dicha imputación.

Se defiende aquí dos procesos valorativos de injusto, primero el de un juicio de atribución para la determinación de la tipicidad mediante el cual se trata de establecer el desvalor de actor y un juicio de imputación objetiva para dar fundamento a la antijuridicidad con el desvalor de resultado, el planteamiento de Roxin parte sólo del desvalor de resultado y reduce el injusto a un problema de

imputación objetiva esto de afectación de bien jurídico y desconoce el desvalor de acto.

Por ultimo, señala el propio Roxin:

*“Si todos se comportan conforme **al rol** sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia y aunque haya dolo si cumples tu rol no hay imputación.”<sup>70</sup>*

En resumen, al enumerar las características del funcionalismo de Roxin:

- a) Alejamiento del razonamiento lógico objetivo del finalismo.
- b) Desarrollo ulterior del neokantismo.
- c) Deducción de los diferentes niveles sistemáticos de los valores y fines que desempeñan el papel rector.

### **2.3.2.2. Sistema funcionalista sistémico de Günter Jakobs.**

Tomando el punto de partida que para **Jakobs** la imputación objetiva consiste en la interpretación, en cuanto acto de comunicación de un comportamiento<sup>71</sup>

Por ende, también hay que tener presente que el Derecho es un hecho social y la justicia es un suceso de la naturaleza. Un sujeto ya no es culpable por que pudo ocasionar un suceso, sino porque es responsable bajo un modelo de regulación. Por tal motivo, se debe renormativizar sin perder la sistematización frente a la realidad. El mismo Jakobs es puntual al señalar que *“El objetivo es una*

---

<sup>70</sup> Roxin, Claus, *Política Criminal y Estructura del Delito*, op. cit., pág. 143.

<sup>71</sup> Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suarez González y Manuel Cancio Meliá, *Un Nuevo Sistema Penal: Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günter Jakobs*, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 1999, pág. 104.

*sistematización óptima, algo así como matemáticas, pero las variables son infinitas*".<sup>72</sup>

En cuanto el significado del delito. Jakobs le da el contenido en su "teoría del significado del comportamiento".<sup>73</sup> En específico el rol social es un presupuesto delimitador en la imputación penal, por ende si la función social esta conminada a no rebasar otras funciones, esto es el rol, esta función crea expectativas sociales de comportamiento. Por ende, el rol como mucho es una abreviatura del ciudadano modelo en cada contexto, y esto último es precisamente lo que la imputación objetiva del comportamiento debe determinar.

Las incumbencias sociales se permiten en términos de utilidad y función, el papel, que incumbe a un estudiante, medico, soldado, bombero, comerciante, debe ser asignado, contestando a la pregunta en que función es útil un sujeto o como le sirve a la sociedad, la respuesta será el papel y su lugar en la misma. Por lo tanto, el sistema busca crear personas que sean autores responsables de acuerdo a su función social.

En cuanto a las implicaciones dogmáticas de las diferencias entre rol y posición, rol material y rol formal tenemos que rol previene del debido cuidado, lo que en el finalismo, el hombre medio, sin embargo, con la teoría de la imputación objetiva ya hay un parámetro, si el medio de los policías o el medio de los abogados cumplen con determinadas funciones como expectativas sociales, es más fácil determinar el rol, que funge como criterio más específico de comparación, pues el hombre medio es un criterio más general, pero si nos enfocamos al rol, en específico, puede resultar menos complicado.

---

<sup>72</sup> *Jakobs Günther, op. cit., pág. 57.*

<sup>73</sup> *Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suarez González y Manuel Cancio Meliá, op.cit., pág. 105.*

De esta diversificación de funciones (roles) a los que se les exige ciertas conductas y se le niegan otras, sólo aquello que caiga en el ámbito de competencia se considera como libertad de actuación, es a su vez, hacerse responsable por las consecuencias. Por lo tanto, el derecho es una estructura de un sistema social que se basa en una generalización congruente de expectativas, donde sólo es exigible, aquellos que caigan en el ámbito de competencia.

Para Jakobs, no todo le incumbe a todos, en la sociedad todos somos garantes en relación con determinadas actividades, sólo a quien respecto de determinadas actuaciones, posee una función de garante, puede serle reprochado su comportamiento, a pesar que a cada persona de una organización representan un conjunto, cada uno le ha sido asignados funciones distintas (roles), cuando sabes de un posible homicidio y nadie hace nada para evitarlo, es muy común cuando se dice que en un pueblo todo mundo sabe pero a nadie le incumbe.

En consecuencia, al derecho penal no le interesa una acción naturalística, sino aquella conducta que no cumple con las expectativas generales, más allá de que la acción natural sea dolosa, lo relevante es la significación social, lo que importa es el mensaje enviado a la sociedad con el delito y si este mensaje provoca una ruptura comunicativa en la sociedad. Pierde, por ende, importancia la división en tipicidad y antijuridicidad, la relevancia la dan las relaciones sociales.

En el mismo orden de ideas, en la responsabilidad, ya no es un portador de funciones o lo que conocemos jurídico penalmente como la calidad de garante, sino un individuo. El contenido de una conducta injusta es labor de la teoría de la imputación objetiva, mientras que las consideraciones no genéricas y si individuales, son de imputación subjetiva, esto debe hacerse como es debido en la culpabilidad. Así, Paz de la Cuesta acertadamente comenta: "*Si para Roxin*

*culpabilidad es responsabilidad, Jakobs va más allá, es lo que la sociedad necesita para equilibrar la confianza.*<sup>74</sup>

Por lo que respecta al dolo, no puede ser parte del injusto, para Jakobs, debe ser tratado en la culpabilidad es comportamiento individual no genérico, pues ya no estamos en los tiempos de juzgar moralmente a otro, sino que es un comportamiento acorde a lo que quiere la sociedad, por lo tanto, permite su funcionamiento social.

Siguiendo en este tenor, Al cambiar función final por función valorativa, el dolo se debe distinguir entre lo subjetivo y lo objetivo, desde el punto de vista naturalístico no se puede entender una conducta sin intencionalidad, sin embargo, no toda subjetividad, es de interés al derecho penal.

Ahora, respecto a la Imputación, cuando se defrauden las expectativas que se derivan de su posición social, por no cumplir con su papel o por salirse de lo que se espera del sujeto actuante (acción) o por no cumplirlo (omisión). Atendiendo a la cuarta evolución sistémica no hay antijuridicidad, ni culpabilidad sólo imputación, ésta retoma una figura destacada, para algunos, por encima de la tipicidad la antijuridicidad y la culpabilidad, para empezar la tipicidad y la antijuridicidad se conjuntan en el injusto penal que en la teoría funcionalista está impregnado de la teoría de la imputación objetiva, y en el tipo de la culpabilidad se le da un papel secundario a la subjetividad (dolo y culpa), es más bien, una corroboración de la creación del riesgo que contempla ambas facetas de subjetividad.

Por lo tanto, a Jakobs, no le interesa la diferenciación entre omisión, acción, culpa o dolo, (distinción naturalístico) sólo se encamina entorno a la competencia, si es organizacional o institucional (puede venir en virtud de un rol especial), se establece deberes de solidaridad que incumben a todos los ciudadanos.

---

<sup>74</sup>. De la Cuesta Aguado, Paz María, *op. cit.*, pág. 60.

En un comienzo los finalistas criticaron duramente la imputación objetiva, consideraban que todo lo resolvía el dolo y pretendían restringirla, esta teoría, sólo para delitos culposos, sin embargo, Jakobs afirma que el finalismo y el causalismo ayudaron para convertir el injusto en una teoría de la imputación objetiva, la causalista por fundamentarlo en un desvalor de resultado y los finalistas en un desvalor de acto.

Con respecto a los cursos causales hipotéticos, se trata de los casos en que el resultado se habría producido de todos modos. Ejemplo, el momento en que la persona incendia un teatro, pero en ese mismo momento, hay un corto circuito, donde el resultado de todos modos se hubiese producido.

Al respecto, la imputación de **Jakobs** tiene dos fases: la primera referida a la imputación objetiva del comportamiento típico al autor y segundo a los delitos de resultado (imputación objetiva del resultado). La primera se refiere al riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y acciones a propio riesgo. Son instituciones estrictamente normativas y en la segunda se refiere cuando la desautorización de la norma penal se ve completada con el resultado. Por tanto, si el resultado no se explica a partir del riesgo desaprobado por la norma, sino a partir del riesgo general de la vida o de un riesgo permitido, no se podrá imputar el resultado.

Ahora bien, conviene resaltar y como ya hemos dicho, el apoyo de la teoría de Jakobs la encuentra en la teoría de los sistemas de Luhmann, mismo que comenta respecto de la teoría de los sistemas: *“ha construido un dialogo constante con los conceptos de otras disciplinas como el derecho.”*<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> Luhmann, Niklas, *Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo*, op. cit., pág. 8.



También conviene tener presente que el penúltimo discípulo de Welzel fue Jakobs, quien pese a esta relación, se desvinculó del criterio subjetivo y centro sus esfuerzos en las relaciones del hombre con su entorno, hasta ahora hemos comentado a lo largo de este estudio que si el causalismo se enfoca más en la relación del hombre con su entorno y el finalismo en la relación del hombre con su interior, el funcionalismo, lo hará en la relación del hombre con los demás.

En este orden de ideas, hemos comentado también que para Jakobs no todo le incumbe a todos, al respecto Cancio Meliá nos dice:

*“En la sociedad todos somos garantes en relación con determinadas actividades, sólo a quien respecto de determinadas actuaciones posee una función de garante puede serle reprochado su comportamiento, a pesar de que a cada persona de una organización son conjunto, cada uno le han sido asignados funciones distintas (roles). En este sentido, ya dentro de la teoría del tipo objetivo, no todo es asunto de todos, o dicho de otro modo, no todo causante del hecho realiza el tipo.”<sup>76</sup>*

Cuando un miembro del grupo sabe de un homicidio y nada hace por evitarlo, o cuando todo el pueblo sabe pero a nadie le incumbe, es porque al derecho penal no le interesa una acción naturalística, sino aquella conducta que no cumple con las expectativas generales, más allá de que la acción natural sea dolosa, lo relevante es la significación social, por lo tanto, pierde importancia la división en tipicidad y antijuridicidad, la relevancia la dan las relaciones sociales.

Para el sistema funcionalista sistémico, la función del subsistema penal es mantener la confianza de los cuidados en el sistema. El derecho penal se presenta, pues, como un instrumento para estabilización del sistema. La protección social se produce "reafirmando al que confía en la norma". En este

---

<sup>76</sup> Cancio Meliá, Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2005, pág. 73.

sentido la norma tiene los siguientes efectos: a) ejercitar en la confianza de la norma; b) ejercitar en la fidelidad al derecho; c) ejercitar en la aceptación de las consecuencias. Todos ellos resumen, el reconocimiento de la norma. De esta manera el Derecho penal contribuye al mantenimiento de la configuración social y estatal mediante la función de garante de normas. Esta garantía consiste según explicación de Jakobs en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento para la vida social, en la forma dada y exigida legalmente no se den por perdidas en caso de que resulten “defraudadas”. Por tal motivo, el bien jurídico penal que debe proteger al derecho es la “firmeza” de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción. Por ejemplo, lo que constituye una lesión de bien jurídico-penal no es la causación de una muerte, sino la oposición a la norma subyacente en el homicidio evitable.

Por ello, a palabras del mismo Jakobs:

*“El derecho no se concibe como protector de bienes jurídicos, ni en instrumento de valorizaciones, sino que es un instrumento de estabilización social. La pena no es infligir un mal a causa del mal cometido, no es venganza, es estabilización de la norma, o sea, salud.”<sup>77</sup>*

La decepción de la expectativa o la defraudación normativa, exige la estabilización del sistema mediante reafirmación de la vigencia de la norma. Con ello se consigue la confianza en la norma y en la funcionalidad del sistema. El delito constituye una disfuncionalidad y la pena el medio como se produce la estabilización del sistema. La pena reafirma la vigencia de la norma. Lo que establece que la norma rige y que la disfuncionalidad no.

Y continúa comentando Jakobs: *“La relación entre individuos es una suma que ambos esperan, hay confianza, pero si uno, no da, hay un desequilibrio”<sup>78</sup>*

---

<sup>77</sup> Jakobs Günther, *op. cit.*, pág. 9.

<sup>78</sup> *ibídem*, pág. 11.

El derecho penal es un generador de expectativas a nivel social cuya inobservancia es una defraudación, hay una diversificación de funciones (roles) a los que se le piden ciertas conductas y se le niegan otras, sólo aquello que caiga en el ámbito de competencia es por lo que puede hacerseles responsable. Por lo tanto, el derecho es una estructura de un sistema social que se basa en una generalización congruente de expectativas, donde sólo es exigible aquello que caiga en el ámbito de competencia. Al respecto, Jakobs es puntual al afirmar: *“El que no sabe matemáticas, es tonto, el que no sabe convivir, es inepto, con la pena....”*<sup>79</sup>

En cuanto al tema de la responsabilidad, hay que considerar también que el sujeto activo ya no es un portador de funciones (garante) sino un individuo, por lo que es diferente hablar de imputación, sin recurrir al termino de garante que es un término más general.

En cuanto al sujeto responsable, el sistema funcionalista sistemático conforma dos fundamentos de responsabilidad de la persona:

a) Responsabilidad por organización, según el cual una persona puede organizar el mundo en una forma que tenga por conveniente, pero será responsable de esa organización. En la responsabilidad por organización la persona ha conformado el mundo, lo ha organizado pero defraudando las expectativas sociales, esto es, es desobedeciendo la norma, se presenta cuando se defraudan las expectativas mediante los delitos de dominio.

b) Responsabilidad institucional, según la cual las expectativas sociales conforman el mundo en la que vive la persona y ésta es responsable en virtud del rol que la corresponde. La responsabilidad institucional se configura mediante los delitos de infracción del deber.

---

<sup>79</sup> *Ídem.*

Para entender mejor la responsabilidad, tenemos que la acción relevante es aquel hecho que es culpable, para nada importa el movimiento corporal, pues lo que interesa es la relación que tiene la acción con la norma. Para ello Jakobs señala que lo grave no es el suceso externo, sino la actitud del autor ante la norma, puesta de manifiesto en el hecho de la ejecución de la acción. Para este autor, acción es la causación del resultado individualmente evitable o la causación evitable de un resultado, y la omisión es la no evitación evitable de un resultado, es Jakobs quien difumina la división entre acción y omisión, y esto se produce, por el traslado de la posición de garante de los delitos omisivos a los de comisión. En efecto, tanto en uno como en otros, existe una posición de garante, dado que la responsabilidad del sujeto procederá de su rol, esta responsabilidad podrá estar fundada por su responsabilidad, por organización o bien en la competencia institucional. En pocas palabras, la conducta es la evitabilidad de una diferencia de resultado.

En este sentido, el funcionalismo sistémico admite responsabilidad penal de las personas jurídicas, por ejemplo, las actuaciones de los órganos con arreglo a sus estatutos se convierten en acciones propias de las personas jurídicas, esto ocurre cuando un órgano actuó con efecto para la persona jurídica, sin que la competencia del órgano pudiera recortarse mediante los estatutos de la persona jurídica. Aún cuando el órgano se ha impuesto a la persona, sus acciones son también acciones de la persona jurídica, pero no se basan en las peculiaridades de esta persona. En tales casos, el marco estatutario legal indisponible es condición de la acción y por ello la persona jurídica queda disculpada.

En cuanto a la evitabilidad individual, una de las cuestiones que resulta actualmente polémica y en la que el funcionalismo sistemático mantiene una postura diferente al finalismo, se encuentra en la cuestión relativa a los conocimientos especiales y la evitabilidad individual.

Para el funcionalismo lo que el sujeto debe conocer estará en función del rol que desempeñe. Los conocimientos (especiales) serán o deberán ser los que deba tener en razón a su posición. En otras palabras, la evitabilidad individual hace referencia a los conocimientos especiales que el sujeto tiene debido a circunstancias particulares.

Este concepto de evitabilidad y el concebir la acción como la causación del resultado individualmente evitable le permite a Jakobs considerar que se trata de un supra concepto que engloba, tanto al actuar doloso como el imprudente "El conocimiento de la ejecución de la acción y en su caso de sus consecuencias (dolo) o la cognoscibilidad individual (en la imprudencia), como condiciones de la evitabilidad, pertenecen a la acción.

Recapitulando, Jakobs comenta que el funcionalismo radica en:

- a) Orientación hegeliana.
- b) La teoría de la adecuación social de Welzel.
- c) La imputación objetiva para Jakobs es una interpretación derivada de la función que desempeña el derecho penal en la sociedad y si esta prohibición resulta relevante para el tipo penal.

#### **2.4. Principales críticas a la Teoría de la imputación objetiva.**

La teoría de la imputación objetiva ha encontrado aceptación en la doctrina dominante de Alemania, España, Latinoamérica y en general en todo el mundo que sigue una tradición jurídica romano germánica, sin embargo, todavía hay posiciones minoritarias que la rechazan.

Al resumir en un postulado la teoría de la imputación objetiva, esto es, con una fórmula consistente en: la acción considerada como típicamente prohibida, cuando constituye la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y éste sea

materializado en un resultado. Pese a que este postulado o proposición, es aceptado, por la mayoría de los partidarios de esta teoría como un principio, cabe hacer esta salvedad: la sería problemática a la que se enfrenta dicha teoría radica en la figura de la tentativa, cuando no se ve realizado el riesgo en el resultado o sea cuando la acción en cuestión no se ha realizado.

Por lo tanto, se critica que la imputación objetiva no sea una teoría uniforme, sino un conjunto de principios aglutinados donde no hay sistemática. También se critica que la fórmula sea demasiado estrecha para explicar la imputación objetiva, pues deja inconcluso el estudio de la tentativa y deja de aclarar lo que se considera como un riesgo jurídicamente desaprobado. La imputación objetiva, por ende, sólo tendrá sentido si se determina previamente que se entiende por riesgo desaprobado.

A continuación haremos una síntesis de estas críticas:

Comencemos por la crítica del maestro Mir Puig: *“La imputación objetiva es una causalidad abierta hacia el pasado no contempla los delitos dolosos, es innecesaria la teoría de la imputación objetiva, es muy poco lo que llega a resolver”*.<sup>80</sup>

Ahora, dentro de otras críticas a la teoría de la imputación objetiva, algunas de ellas radican en que ésta tiene una deficiente sistematización, porque se dice que se necesita la distinción entre lo causal y lo no causal, después lo causal y lo normativo, lo que dicha teoría no considera.

Así, en Alemania, los seguidores más estrictos del finalismo la consideran superflua porque muchos de los problemas que pretende solucionar podrían ser

---

<sup>80</sup> Mir Puig, Santiago, *Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, op. cit., pág. 5.

resueltos mediante una correcta (extensiva) conceptualización del dolo y una mejor interpretación de los elementos del tipo objetivo. Así, por ejemplo cuando un médico proporciona un medicamento a un moribundo para que éste pueda vivir el tiempo suficiente y así escribir su testamento, la acción del médico no sería típica, pues no habría "matado". No hay necesidad de recurrir a la imputación objetiva (aumento de riesgo o ámbito de aplicación de la norma o aumento del riesgo permitido), pues con una correcta interpretación del verbo "matar", en el sentido de "acortamiento de la vida", quedaría claro que el médico no ha cometido la acción típica; lo que él ha hecho es "alargar la vida" del paciente.

Estas críticas a la imputación objetiva continúan propugnando que sólo habría lugar de su intromisión en los delitos culposos. Uno de estos severos críticos es Hirsch para quien no se trataba de una teoría la originada por Roxin y sólo eran un conjunto de criterios:

“Roxin cuya teoría dogmática de la imputación objetiva consiste en la introducción de criterios de la imputación generales y objetivos determinadas normativamente”<sup>81</sup>

En España son los causalistas los que se oponen a la teoría de la imputación objetiva. Para Cobo del Rosal y Vives Antón, bastaría la comprobación de una bien entendida causalidad para solucionar los problemas presentados por los defensores de la teoría en cuestión. Esta causalidad se afirmaría cuando las consecuencias de la acción pudieran haber sido previstas por un espectador imaginario que tuviera todos los conocimientos del autor y de la humanidad. En los casos de cursos causales atípicos, la solución estaría en el dolo, pues éste presupone vía el conocimiento del curso causal. No habría dolo, por ejemplo, en el caso del herido de bala que muere en camino al hospital por un accidente de tránsito, porque el autor del disparo actuó sin dolo al no haber podido conocer el curso causal completo. Por

---

<sup>81</sup> Hirsch, Joachim, *op. cit.*, pág. 38.

último, otros casos podrían ser contemplados posteriormente a nivel de las causas de justificación y de exculpación.

Por otro lado, se censura, inicialmente la indeterminación de los conceptos utilizados por la teoría de la imputación, tales como peligro desaprobado y realización del peligro, ya que ello implica cierta peligrosidad para la determinación de los tipos penales. También se critica la superficialidad y la inadecuación dogmática de los correctivos que han sido propuestos por los partidarios de la imputación objetiva, pues muchos de ellos dependen del alcance que se les da a los elementos de creación y realización objetiva de un peligro jurídicamente desaprobado. Se acusa además a la teoría de la imputación de darle una excesiva significación al desvalor del resultado, ignorando de esta forma la comprensión personal del injusto que, ciertamente, ha sido reconocida desde hace mucho tiempo.

Para los finalistas es superflua la posición de la imputación objetiva, porque basta con el correctivo del dolo (o de la culpa) en el tipo subjetivo; en efecto, conforme a los elementos de la fórmula de la imputación (creación y realización del riesgo desaprobado jurídicamente) resulta imprescindible "el saber" del autor como fundamento de la valoración.

Manifiestan también los finalistas que la eliminación de la imputación a través del dolo no llegaría demasiado tarde, como algunos representantes de la imputación opinan, pues el injusto de los delitos dolosos está co-determinado en forma definitiva por lo subjetivo. Por otra parte, también en el ámbito de las justificantes se podría dar una solución satisfactoria.

Así, en los riesgos generales de la vida social (por ejemplo, el caso del tío rico a quien el sobrino le sugiere que viaje permanentemente en avión, con la esperanza de que muera en un accidente), consideran los críticos que ellos ya tenían soluciones antes de aparecer la teoría de la imputación objetiva, pues eran



efectivamente excluidos del tipo penal de los delitos de resultado por falta de dolo; en efecto, el inductor no tiene puntos concretos de apoyo en cuanto a un eventual defecto de la nave accidentada. Dolo entendido como voluntad de realización, el cual presupone dirigibilidad o dominio sobre los hechos.

Tampoco en el campo de los delitos culposos habría espacio para una teoría extensiva de la imputación. Los argumentos de rechazo son ciertamente muy variados, ya que los mismos seguidores de la teoría de la acción final no han logrado ponerse de acuerdo. La opinión mayoritaria considera que la lesión al deber de cuidado, que en esencia es determinada objetivamente, pertenece al tipo de los delitos culposos de resultado. Conforme a esto, es fundamental que la acción del autor pueda llevar al resultado en forma objetivamente previsible. Es decir, que origine un peligro para los bienes jurídicos. Esta puesta en peligro debe sobrepasar la medida del riesgo permitido. Se considera que la proximidad, o incluso la identidad de esta exigencia específica del desvalor de acción en un delito culposo de resultado, se corresponden con el concepto de peligro desaprobado, y por lo tanto no habría ninguna razón para esforzarse en este lugar por una teoría de la imputación objetiva. También sería completamente inútil, según esta opinión, recurrir a esta teoría para fundamentar el elemento de la realización del peligro desaprobado, pues este requisito se ha perfeccionado desde hace tiempo en los delitos culposos, con la exigencia de las llamadas relaciones de violación del deber o de antijuridicidad.

Hay una segunda corriente, impulsada por Everhard Struense que está en contra de la teoría de la imputación objetiva en los delitos culposos, que se remite a la imposibilidad de un Juicio puramente objetivo de la creación de un peligro desaprobado, o sea a la violación del deber de cuidado. Con apoyo en la más o menos amplia incorporación del conocimiento especial del autor en el juicio sobre la violación al deber de cuidado, sería inadecuado un juicio objetivo de esta violación, ya que se trata es de un problema del tipo subjetivo de los delitos culposos.

En relación a este argumento, la penalista Louann Crisanto comenta:

*“Shunemann, responde a la crítica del profesor Struensee, prominente representante del actual finalismo. Esta crítica a la imputación objetiva se genera porque es innecesaria para la teoría de la adecuación, pues ésta señala, que todos los presupuestos adicionales deberían agregarse a la causalidad para que haya relación relevante entre la acción y el resultado, en conclusión señala dicho autor que la adecuación de un curso causal, es una condición necesaria pero no suficiente para la imputación penal.”<sup>82</sup>*

Siguiendo con esta crítica que radica en que la formulación alemana de que el autor debe haber creado con su conducta típica un riesgo jurídicamente no permitido, es una reformulación ostentosa, que materialmente nada agrega a un presupuesto más antiguo, éste consiste en que la acción que es causa del resultado debe ser objetivamente contraria al deber de cuidado y valorar objetivamente esta infracción del deber de cuidado de un modo ex-ante, o sea, en el momento de la acción y considerando los conocimientos y capacidades especiales del autor.

En resumen, los puntos reales de discusión no comprenden los resultados materiales, pues en cuanto a esto, existe acuerdo absoluto. La discrepancia tampoco se encuentra en el ámbito de los criterios e instrumentos utilizados en la eliminación de ciertas conductas, aplicando determinados filtros, ya que los finalistas hablan de riesgos, síndromes de riesgo y riesgos de la vida social. Se discute básicamente, sobre:

a) Que mientras para los defensores de la teoría de la imputación objetiva, son elementos fundamentales la exigencia de la creación de un peligro desaprobado y la realización de ese peligro en el resultado, trátase de delitos culposos o dolosos, para los críticos de la imputación objetiva, estos dos requisitos

---

<sup>82</sup> 31. Crisanto Molina, Louann, Tesis: Prohibición de Regreso “Limite a la Participación y La Responsabilidad Penal, UNAM, México, 2010. pág. 57.

son la esencia del delito culposo. En los delitos dolosos, la no imputación no se debe a la exclusión de los elementos antes nombrados, sino a la carencia de los requisitos específicos de los delitos dolosos; es decir, a la falta de una creación caracterizada y limitada por el poder final de actuar, que encuentra sus fronteras en los principios generales de la experiencia.

b) La segunda crítica está basada en que un juicio razonable sobre la creación de un peligro desaprobado no sería posible de ninguna manera en el marco de una teoría del tipo objetivo, porque la pregunta sobre la valoración de ciertas acciones, bajo los aspectos del peligro, no podrían ser respondidas sin un estado de información, es decir, sin el saber del autor.

Hay otros detractores finalistas de la teoría de la imputación objetiva, tajantes en su postura, como el penalista argentino Raúl Eugenio Zafaroni, mientras hay otros autores moderados como Mirentzu Corcoy Vidasolo quien señala que la teoría de la imputación objetiva debe utilizarse para los delitos culposos y seguir con la finalista para los delitos dolosos.

En efecto, para Mirentxu Corcoy, quien pone en tela de juicio el carácter objetivo de la llamada imputación objetiva, al argumentar, por un lado, que toda conducta es intencional, pero por otro, acepta que no toda intencionalidad es relevante para el derecho penal, entonces, quien genera las expectativas es la sociedad, que sin embargo, puede estar equivocada.

Si el individuo pueda ir en contra del convenio social, y si la mayoría social puede y ha estado equivocada, luego entonces, la democracia debe ser mejor entendida y se debería volver a centrar la vista en el hombre y no sólo en el grupo.

Por tales razones, pareciera ser que el pensamiento sistemático está en contra de la idea democrática. Al respecto Silva Sánchez comenta:

*“La ciencia no se trata de la mayoría de los votos, sino de la fuerza del mejor argumento, quien utilice la ciencia del derecho penal como una ciencia mediadora entre la administración o la política y los ciudadanos, renuncia a la sistemático o cualquier científicidad en las doctrinas del derecho penal.”<sup>83</sup>*

De igual forma algunos también creen que la imputación objetiva no es una teoría, pues no consta de principios o proposiciones homogéneas en un cuerpo integral, sólo son criterios que demarcan o delimitan la tipicidad de un modo abierto. En contraposición hay quienes defienden la teoría de la imputación objetiva como una nueva concepción del delito, posturas que analizaremos en el siguiente tema.

En el caso de, como hemos dicho, uno de los más férreos detractores de la teoría de la imputación objetiva, Hirsch, que dentro de sus principales críticas dice:

*“Concepto unitario de autor en vez de prohibición de regreso para este autor la imputación objetiva es una violación al principio de imputación subjetiva, es una vuelta al versari in re ilícita, hay deficiencias en lo objetivo del tipo que deben subsanarse con el subjetivo, por ejemplo, hablar de expectativas que todavía no son dolo por lo que se le considera una esperanza”<sup>84</sup>*

Y continúa su crítica con:

*“Reducción de riesgo en contraposición del estado de necesidad justificante. El aspecto subjetivo debe alinearse con el dogma causal y no permitir una interpretación puramente objetiva.”<sup>85</sup>*

Por último respecto de la crítica de **Hirsch** a la imputación objetiva:

---

<sup>83</sup> Silva Sánchez, Jesús María, Carlos Caro Coria, Percy Garcia Cavero, Iván Meini, Nuria Pastor, Carlos Parma y José Reaño, *Estudios de Derecho Penal*, Ara Editores, Perú. 2005, pág. 21.

<sup>84</sup> Hirsch, Joachim, *op. cit.*, pág. 44.

<sup>85</sup> *ibídem*, pág. 39.

“La dogmática penal debería construirse a partir de fenómenos y estructuras de la realidad y no en productos artificiales jurídico normativos. Como vas a desvalorar una acción si no tienes con que compararla tienes que hacer hipótesis, ficciones, lo que hubiera pasado si hubiera actuado bien en base a la norma, pero recordando que nadie está obligado a lo imposible. Por lo que aquel que se va a encargar de hacer la imputación va a determinar a su vez la elevación del riesgo, entonces, tendrá que utilizar ciencias auxiliares (estadística y probabilidad) para hacerlo adecuadamente, entonces, tendría que determinar el objeto antes de ser valorado. ¿Si la realidad supera a la ficción debemos de dejar que pase sin tratar de anticiparla? La imputación objetiva es una reliquia de la etapa tardía del objetivismo en la que no debe utilizarse un método puramente normativo pues se dejaría al margen los importantes datos para valorar los aspectos subjetivos en una valoración, es necesario hacer un juicio objetivo, subjetivo y normativo en base al concepto de acción final, causal y social.”<sup>86</sup>

De tal suerte que la crítica real a la imputación objetiva, la hacen los finalistas quienes aseguran que abriría la vía a la inseguridad jurídica, la vulnerabilidad del programa, por ser un juicio superfluo en el ámbito del delito doloso, además de que en la creación de un peligro desaprobado requiere un juicio de antijuridicidad que va más allá del tipo.

El turno es del finalista Armin Kaufmann, quien también hace una de las más severas críticas de la teoría de la imputación objetiva, señalando, que ésta no es para los delitos dolosos, pues la imputación objetiva lleva desde su nacimiento en la frente el sello de delito culposo. En los delitos dolosos es tan evidente la creación del riesgo que no nos ponemos a pensar en ello.

De tal suerte, las conductas dolosas y culposas antes de calificarlas como generadoras de un riesgo desaprobado: tal como afirma Jescheck, de un riesgo que no es doloso ni imprudente no cabe afirmar que sea típicamente relevante (y

---

<sup>86</sup> Cancio Melía, Marcelo Ferrante y Marchelo Sancinetti. *Teoría de la imputación objetiva*, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 1998, pág. 101.

menos aún jurídicamente desaprobado). En todo caso, se tratara de un riesgo permitido; la norma penal sólo prohíbe conductas típicas, y para ser típicas, han de ser dolosas o imprudentes.

Así, en ese frontal ataque contra la imputación objetiva cuestiono Kaufmann la aplicabilidad de dicha teoría, a los delitos dolosos, llegando a afirmar que se limitan la cobertura de la imputación objetiva a los delitos culposos desconociendo validez dentro del ilícito doloso en cuanto afirma que la imputación objetiva es “poco significativa” en los delitos dolosos, por lo menos en lo atinente a la aplicación de las conductas alternativas conforme a derecho. Por su parte Cancio Meliá considera que en el delito doloso *“Aún en el caso de que se acepte su eficacia, la existencia del dolo confiere un carácter secundario a la imputación objetiva”*<sup>87</sup>

En tal virtud, el reconocimiento y la crítica a la teoría de la imputación objetiva, el autentico núcleo de la disputa y crítica de la imputación objetiva no está en el reconocimiento o aplicación de éste.

Armin Kaufmann, como se dijo, hace la más aguda crítica finalista a la imputación objetiva, pero no en general y si en particular, el dolo. Se opone expresamente a la necesidad e incluso a la posibilidad de un juicio de peligro y de una valoración en el ámbito del delito doloso que deba realizarse con anterioridad al análisis de la existencia de un nexo objetivo suficiente entre acción y resultado. W. Frisch al respecto comenta:

*“Los requisitos de que el fin sea objetivamente perseguible, la capacidad de configuración o la dominabilidad del correspondiente curso causal han sido ampliamente reconocidos y nunca se mencionan dentro de los ataques contra la imputación objetiva.”*<sup>88</sup>

---

<sup>87</sup> Cancio Meliá, Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal*, op. cit., pág. 31.

<sup>88</sup> Frisch, Wolfgang, op. cit., pág. 35.

En cuanto a los conocimientos del autor, según **Armin Kaufmann**, sin ellos, es imposible realizar un juicio puramente objetivo de la creación de un peligro desaprobado, ejemplo el carro que no le sirven los frenos, cuando es vendido, si se sabía o no de dicha condición, no puede llegarse a una solución, sin considerar lo subjetivo y aún más, una vez se ha penetrado en el ámbito de lo subjetivo, la vuelta hacia el juicio de peligro, resulta innecesaria.

Para la culpa, la infracción del deber de cuidado de la conducta no es necesario añadir la creación del peligro desaprobado, es superfluo en la imprudencia, es sólo cuestión de nominación o terminología por que ya está contemplada.

Al respecto Frisch sigue argumentando:

*“El deber de cuidado, la referida normalización excesiva y los peligros de la falta de seguridad jurídica, se torna inverosímil. La voluntad de realización es poder sobre el hecho y el de la ausencia de dominio del hecho.”<sup>89</sup>*

El argentino Marcelo Sancinetti dice que la problemática que nos presenta el tema de la imputación objetiva sería la influencia de conocimientos especiales, por parte del autor del hecho, en la apreciación de la realización del riesgo. Es decir, en este sentido, cabe cuestionarse si el autor que posee estos conocimientos que superan los de la generalidad, realiza un riesgo ¿Jurídicamente desaprobado o permitido? Donde se cumple el tipo en virtud de estos conocimientos especiales, y no la responsabilidad por un riesgo objetivamente permitido. En este mismo orden de ideas Díaz Aranda comenta:

*“Por su parte Sancinetti manifiesta que la teoría de la imputación objetiva es propiamente el nombre con el que hoy son aglutinados diversos principios delimitadores o correctivos de la*

---

<sup>89</sup> *ibídem*, pág. 41-44.

*tipicidad de una conducta punible, especialmente respecto de aquellas formas de conducta que la ley describe de modo relativamente abierto".*<sup>90</sup>

Al respecto y para dar pie al siguiente tema, afirma el penalista argentino Marcelo Sancinetti<sup>91</sup> lo que considera una contradicción. *Si la imputación objetiva es una teoría objetiva, como se puede delimitar los límites de la tipicidad bajo una condición subjetiva.*

## **2.5. Seguidores y Defensores de la teoría de la imputación objetiva.**

Como hemos apreciado, el debate se focaliza entre quienes propugnan por una subjetivización total del injusto, basado en el desvalor de la acción y entre quienes revaloran el desvalor del resultado. En efecto, es en este punto donde centran sus argumentos, tanto los principales críticos, como los defensores, inclusive hay quienes, entre ellos, dicen que todas las teorías se complementan y hay otros que dicen que son ajenas o que incluso son opuestas.

El punto central de la controversia es que ambas posturas teóricas trabajan con distintos criterios objetivos. Lo decisivo no son simplemente criterios ontológicos, como el poder de dominio de producir el resultado o de que sea perseguible objetivamente como fin, sino perspectivas, como la de que determinados riesgos mínimos (que casi toda acción conlleva) de producción del resultado no pueden construir una razón legítima para prohibirlos, por ende, no se pretende anular por completo la libertad.

De lo anterior, hay una presunta imposibilidad de realizar un juicio de peligro objetivo por los conocimientos subjetivos, sin embargo, esos conocimientos

---

<sup>90</sup> Díaz Aranda, Enrique, *Dolo, Observaciones Sobre la Teoría de la Imputación Objetiva*, Editorial Porrúa, México, pág. 39.

<sup>91</sup> Cancio Meliá, Manuel, Ferrante, Marcelo y Sancinetti, Marcelo, *op. cit.*, pág. 111.



son experiencias del autor que existieron real y objetivamente (conocimientos químicos, cibernéticos, etc.)

En este aspecto, Frisch<sup>92</sup> habla de una integración del binomio objetivo subjetivo, no hay un juicio completamente subjetivo ni objetivo, la separación estricta entre lo objetivo y lo subjetivo no es adecuado para lograr una correcta aprehensión del objeto y de eso se trata (lo justo y el tipo de injusto).

En este sentido, la abogada Louann Crisanto refiere:

*“Bernd Shunemann, este autor tudesco explica que la categoría de la imputación objetiva ha abarcado, entre tanto, cada vez más ámbitos de aplicación. Estos ámbitos de aplicación son sumamente heterogéneos en un sentido ontológico y normativo.”*<sup>93</sup>

En efecto, Shunemann comenta también que la imputación objetiva del resultado es también relevante para el delito doloso, sin embargo, considera posible que los criterios de imputación sean diferentes en el delito doloso con respecto a los delitos culposos, a saber, más exigentes pues en los delitos culposos no alcanza la creación de peligros inadecuados.

Contra estas críticas son posibles muchas réplicas. En primer lugar, algunos causalistas no respetan el carácter naturalístico de la causalidad, al utilizar criterios normativos que les permiten excluir las causas del resultado que no interesen al Derecho Penal. Por otro lado, la solución del dolo es discutible, en cuando se extiende demasiado su concepto. En efecto, el concepto de dolo reconocido por la doctrina mayoritaria sólo comprende el "conocer y querer" la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto. Quien dispara con la intención de matar, y a sabiendas de que su acción es suficiente para causar el resultado de muerte, ya realizó el tipo subjetivo de homicidio. Esta valoración no tendría que

---

<sup>92</sup> Frisch, Wolfgang, *op. cit.*, pág. 55- 59.

<sup>93</sup> Crisanto Molina, Louann, *op. cit.*, pág. 55.

cambiar en nada, si la víctima no muere en seguida, sino después, por una causa distinta.

Cuando Jakobs objeta en Kaufmann, el sentido de que se puede explicar los pecados, pero no el ilícito, y que, en definitiva, se trataría en un sistema de las capacidades individuales entre norma e individuo, no de la vinculación del individuo con la sociedad, y agrega en seguida: esta seguridad de poder definir al sujeto antes que a la sociedad, no la comparte el punto de partida aquí defendido.

En tal aspecto, Sancinetti establece:

*“La idea de una objetivación del dolo ya lograda antes de la producción del resultado: la acción exitosa, afirma Jakobs es, ya antes de la producción del resultado, la objetivación lograda de un dolo, la que no tiene éxito, no lo es, aún cuando numerosos casos el logro no pueda ser sabido antes de la producción del resultado. Ejemplo de los sujetos que disparan independientemente sobre la misma víctima, de tal modo que quien apunta mejor yerra el disparo, mientras que quien lo hizo francamente mal acierta por el sorpresivo conocimiento posterior de la víctima, no es factible afirmar que antes estuviera ya lograda la objetivación del dolo del segundo y fracasada la del primero.”<sup>94</sup>*

Ante la crítica a la imputación objetiva por su falta de claridad en los conceptos. Es dable señalar junto a Feijó Sánchez que: *“La imputación objetiva ha sido desarrollada para limitar la responsabilidad penal de personas que causan directamente un resultado (especialmente por imprudencia).”<sup>95</sup>*

---

<sup>94</sup> Sancinetti, Marcelo A., *Fundamentación Subjetiva del Ilícito y Desistimiento de la Tentativa*, Editorial Temis, Bogotá, Colombia 1995, pág. 4-6.

<sup>95</sup> Feijó Sánchez, Bernardo, *Limites de la Participación Criminal, ¿Existe una prohibición de regreso como limite general del tipo en derecho penal?*, Universidad del Externado de Colombia, edición Colombia 2001 pág. 24.

De tal suerte que los criterios vistos aisladamente dan la impresión de una falta de sistematización de la teoría de la imputación objetiva, pero cuando se ven como un verdadero sistema aclaran muchas lagunas de las teorías predecesoras.

Al tener presente que Ingerborg Puppe critica la vaguedad de la imputación objetiva. Cabe mencionar que esta teoría no es sólo un conjunto de criterios de imputación, es una teoría, tampoco es sólo una atribución de resultado, ni la relación entre acción y resultado, es un sistema funcional.

De tal suerte que Puppe busca reconducir la imputación objetiva al terreno de los hechos duros y despojarlo de las ideas de valor, comprendiendo una causalidad natural y una jurídica. Obedece la imputación objetiva a un nexo causal real y no a un suceso hipotético que habrá ocurrido si el autor no hubiese actuado a lo hubiese hecho de otra manera.

De tal suerte, Puppe comenta:

*“Reducir la probabilidad de cursos causales es una afirmación empírico estadística, proceso causal que vincula a los sujetos con el resultado y no su comportamiento. No se requiere causalidad de la acción siendo suficiente que el cómplice favorezca el hecho, para que permita formular reglas generales para lo que pertenece a un resultado penalmente relevante a su concreta configuración.”<sup>96</sup>*

En efecto, la imputación objetiva es una creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se requiere que se haya concretado en un resultado, pero el resultado es natural y normativo. A los que entienden mal a la teoría de la imputación objetiva, que mezcla criterios objetivos y subjetivos, cuestionan a que se le llama objetivo en la imputación objetiva, pues no desaparece la intención, sin embargo, recordemos que el principal error de la teoría final del injusto fue mezclar los planos naturalísticos y normativos.

---

<sup>96</sup> Puppe, Ingerborg, *op. cit.*, pág. 29-35.

Al respecto Bacigalupo<sup>97</sup> parece inclinarse también por un tratamiento diferencial de la imputación objetiva respecto de los delitos dolosos y culposos, en cuanto describe como figuras independientes las del deber de cuidado propio del delito imprudente y la imputación objetiva.

En cambio, en la teoría de la imputación objetiva se determina la conexión entre suceso y querer, si por un lado analiza la objetividad, por otro, también incluye los aspectos subjetivos, pero en su aspecto natural. Por tal argumento, si se interpreta bien esta teoría, no sólo puede ser aplicada para el delito de resultado, sino para cualquier conducta lesiva para los intereses sociales.

Al respecto como se comentó, ya Hegel planteó el desarrollo del concepto de imputación sobre la base de las manifestaciones voluntarias del ser humano, de tal suerte, el dolo está contemplado, aunque este querer de Hegel debe ser tomado no en sentido ordinario, sino como una manifestación de la conducta que socialmente debe desarrollar el individuo. En este sentido, cabe también recordar que Karl Larenz hizo una teoría de la imputación objetiva únicamente de los delitos dolosos, olvidando los culposos.

En un trabajo reciente, Wolfgang Frisch<sup>98</sup> resumió y dió respuesta por su parte a las críticas de los seguidores de la teoría final de la acción. Este autor es parte de los defensores de la teoría de la imputación objetiva, quienes consideran que es injustificado el reproche contra esta teoría, que ha sido acusada por aquellos, por el uso de categorías vagas, sin embargo, junto con los propugnadores de esta teoría, afirma que en todos los conceptos de la teoría del delito existen vaguedades en sus

---

<sup>97</sup> BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, Ara Editores, Lima, 2004, pág. 31.

<sup>98</sup> "Wolfgang Frisch, contenido de sentido, significado unívoco no delictivo de la conducta del autor, queda desvinculada del posterior desarrollo lesivo con independencia de la cognoscibilidad. Establecer un significado objetivo vinculante, esta conducta en todo caso es una aportación inocua." Díaz Aranda, Enrique y Cancio Meliá, Manuel, *op. cit.*, pág. 26.

límites, que llevan a aceptar, en particular la teoría de la imputación objetiva, el concepto de dolo o el de infracción al deber de cuidado. Por lo demás, este reproche es poco convincente, porque los mismos críticos, en el marco de los instrumentos empleados por ellos, respecto al poder final de actuar, recurren también a conceptos comparables con los que emplea la teoría de la imputación objetiva.

En el mismo orden de ideas, Frisch continúa diciendo:

*“El finalismo y sus instituciones dogmáticas no son tan claros como los de la teoría de la imputación objetiva, los límites de la libertad que no vaya más allá porque se perdería el control y dominio de los hechos, sin embargo, la falta de libertad debe ser racional para que la acepte incluso la víctima, las malas intenciones, deseos o esperanzas o creencias puede hacer que la conducta sea inmoral pero la distribución jurídica de la libertad queda siempre intacta.”<sup>99</sup>*

De tal suerte que la teoría de la imputación objetiva tiene toda la razón, al estimar adecuado el primer presupuesto material para la afirmación de un injusto imputable, (creación de un peligro desaprobado) no renunciar al requisito de realización de peligro desaprobado en el resultado. Si se realiza un curso causal que está fuera de la base de la legitimación de la limitación de la libertad y de la prohibición, lo que se realiza entonces, es un riesgo acompañante tolerado como tal o un riesgo general de la vida de manera que el resultado producido no puede definirse como injusto en el sentido de lesión del estado jurídico.

En cuanto al tratamiento del dolo en la teoría de la imputación objetiva es un método para simplificar, pero no debe olvidarse, las condiciones necesarias por razones materiales y no por razones de economía. El sujeto puede imaginarse que un curso causal es altamente improbable pero haber apostado por el (dolo eventual). Los requisitos subjetivos poseen siempre un núcleo objetivo es un

---

<sup>99</sup> Frisch, Wolfgang, *op. cit.*, pág. 48-52.

reconocimiento implícito de determinados filtros objetivos irremplazables, lo objetivo ha de existir realmente, dominio real sobre el hecho que el poder final sobre el hecho de la voluntad de un sujeto se encuentra en la realidad.

La exigencia concreta de la creación objetiva de un peligro desaprobado, no se modifica en nada cuando en relación con la determinación del peligro se preste atención al saber y al estado de información del actuante. Con esto, en verdad, se ha tratado solamente lo concerniente al problema de la constatación del peligro en un caso particular, es decir, en cierta forma, sólo a la pregunta de la correcta identificación y clasificación del caso concreto. Por lo tanto, la exigencia de una determinada creación del peligro no es tratada. Por otra parte, tampoco resulta afectada la opinión de que el objeto al cual se deben referir el conocimiento y ciertas representaciones, se compone de características objetivas. El mismo **Struensee** habla de síndromes de riesgo. Con esto, la pregunta no es sí la exigencia de la creación del riesgo es razonable, sino, solamente, si en vista de la situación concreta descrita es razonable y justo hablar de una categoría objetiva, pues lo determinante aquí no es la intención del sujeto, sino el hecho objetivo.

En cuanto a la crítica de que el riesgo permitido pertenece a la parte especial del derecho penal, como figura de interpretación de cada tipo, se ha dicho, que si bien es cierto, sólo una correcta interpretación de las normas puede precisar donde finaliza una simple causación de un resultado y donde se inicia una acción típica, también es cierto que este principio de interpretación es aplicable a todos los tipos penales; por lo tanto, su estudio ha de pertenecer a la parte general de la teoría del delito.

Tampoco es convincente la afirmación de que la realización del riesgo aparece como momento de la antijurídica. Sostienen los críticos que en tales casos no se carece de una parte del tipo penal objetivo, sino que, dada la tipicidad (la creación desaprobada del peligro que ha llevado al resultado), ante todo se carece de la antijuridicidad. No es convincente esta posición, porque lo fundamental en la

tipicidad es un proceso valorativo de determinación de una situación típica. En cambio, en la antijuridicidad se consideran todas las valoraciones y desvaloraciones que surgen desde todas las reglas del ordenamiento jurídico.

De tal suerte que los partidarios de la teoría de la imputación objetiva consideran que la inclusión o no de su teoría en el tipo penal no se puede fundamentar en un juicio especial de valoración, Al colocar al tipo penal en contraposición con la valoración, se está pasando por alto que la delimitación de los elementos que se consideran necesarios para constituir un tipo penal se basa en valoraciones consecutivas. No se entiende por qué la sola creación del peligro haría por sí sola típica la conducta, esperando otro nivel, la antijuridicidad para decidir si la realización del riesgo es o no jurídica. Se considera que sólo conciernen preguntas sobre la antijuridicidad, cuando ya no se trata más de un problema de la armonización de la libertad de acción y del interés de protección de bienes jurídicos, sino que se trata de excluir de la valoración básica a ciertas creaciones del peligro, las cuales en sí están desaprobadas y se ha realizado el riesgo.

Ya Hans Welzel quien respondió a la crítica hacia la sistemática alemana, de ser idealista y porque sólo cultiva un arte en sí mismo, sin considerar las aportaciones de las ciencias sociales. Se suma a esta respuesta Silva Sánchez quien comenta:

*“Roxin establece el riesgo como una medida de política criminal llevándola al terreno de la sistemática como la medida para que la ciencia del derecho penal establezca fronteras y conceptos, esa medida posibilita y asegura la aplicación práctica del derecho penal, para que se sustraiga de irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación.”<sup>100</sup>*

En síntesis, la teoría de la imputación objetiva acopia una serie de criterios normativos excluyentes de la tipicidad, cuyos principios fundamentales permiten

---

<sup>100</sup> Silva Sánchez, Jesús María, Carlos Caro Coria, Percy García Caverro, Iván Meini, Nuria Pastor, Carlos Parma y José Reaño, *op. cit.*, pág. 15.

demostrar, porqué la relevancia penal de aquellas figuras delictivas, precisa de algo más que la yuxtaposición de elementos ontológicos (acción y causalidad), psicológicos (dolo, culpa consciente y elementos subjetivos de lo injusto) y axiológicos (elementos normativos y deber objetivo de cuidado o culpa sin representación mental).

Al respecto Yesid Reyes Alvarado comenta:

*“Unidad en el sistema y no con inaceptables y estériles discusiones, en donde sean abarcados los delitos culposos y dolosos, los de acción y los de omisión, los delitos de resultado como los de peligro, basta la creación de un riesgo intencional o imprudente y la realización en un resultado.”<sup>101</sup>*

---

<sup>101</sup> Reyes Alvarado, Yesid, *op. cit.*, pág. 23.



### **3. LA TEORIA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA, INSTITUCIONES QUE LA FUNDAMENTAN Y ESTRUCTURA DOGMÁTICA BASICA.**

3.1 Tratamiento dogmático de la imputación objetiva. 3.1.1. Estructura conceptual de la Teoría de la imputación objetiva. 3.1.2. Ubicación sistemática de la imputación objetiva. 3.1.3. Fórmula de la teoría de la imputación objetiva. 3.1.4. Relación de la imputación objetiva y el injusto penal. 3.1.5. Relación de la imputación objetiva y el injusto culpable. 3.1.6. El concepto funcionalista de bien jurídico. 3.1.7. El principio de autorresponsabilidad. 3.1.8. Riesgo permitido y riesgo no permitido. 3.1.8.1. Riesgo permitido o aprobado o no prohibido. 3.1.8.2. Riesgo no permitido o desaprobado. 3.2. El sistema teleológico racional de Roxin: 3.2.1. La creación de un riesgo jurídicamente no permitido, desaprobado o prohibido. 3.2.2. La realización o concreción del riesgo no permitido. 3.2.3. La exclusión de la imputación en resultados no cubiertos por el fin de la norma de cuidado. 3.2.4. Disminución de un riesgo no permitido. 3.2.5. Ámbito de protección de la norma. 3.2.6. El principio de auto responsabilidad. 3.3. El sistema funcionalista sistémico de Günther Jakobs: 3.3.1. Prevención general positiva estabilización de expectativas en la norma. 3.3.2. Acerca del sentido y sin sentido del principio de confianza. 3.3.3. La prohibición de regreso como limitación de la imputación. 3.3.4. Exclusión de la imputación por auto puesta en peligro.

#### **3.1 Tratamiento dogmático de la imputación objetiva.**

No podemos perder de vista que una de las tareas de la dogmática penal consiste en determinar, delimitar y acotar a la imputación penal, esto en cuanto a la conducta que puede ser atribuida a una persona como su propia obra. En pocas palabras, cuando el nexo entre acción y resultado, sea valorativo-normativo. Es lo que se conoce como teoría de la imputación objetiva.

Tal como lo señala Sauer:

*“Una conducta humana es causal, es decir objetivamente responsable del resultado. El problema consiste entonces en afirmar, si ella en todos sus elementos, dentro de la personalidad del autor y el mundo circundante, según una prognosis objetiva, actúa hacia el resultado socialmente dañoso.”<sup>102</sup>*

La imputación objetiva implica un análisis normativo entre el enlace acción y resultado. Este análisis se realiza en dos distintos niveles. Primero deberá examinarse si la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado y en segundo lugar si el resultado producido es el mismo peligro creado por la acción.

Agrega Frisch:

*“La teoría de la imputación objetiva se ocupa de la específica relación entre la acción y resultado postulando presupuestos específicamente normativos (realización en el resultado del peligro desaprobado creado de Roxin) otras versiones son sólo variantes terminológicas o metáforas de presupuestos ampliamente admitidos.”<sup>103</sup>*

En cuanto a la imputación del resultado, no basta con el resultado material, sino que pueda verse como realización del riesgo precisamente inherente a la conducta, esto es la relación del riesgo, por ejemplo: aquel herido de muerte de un disparo, rematado por un tercero o muriendo en el hospital por un bisturí infectado, es una clara desviación del curso causal que aún teniendo la intención o aún elevando el riesgo con la conducta, no era lo que la finalidad de la norma tenía de objetivo, de tal suerte que es el resultado y no la conducta lo que queda fuera de la protección de la norma, resulta claro entender que estamos hablando del desvalor del resultado que una vez acreditado el desvalor de la conducta y

---

<sup>102</sup> Sauer, Guillermo, *op. cit.*, pág. 111- 124.

<sup>103</sup> Frisch, Wolfgang, *op. cit.*, pág. 35.

concretizado en un resultado, aún falta un elemento más que acreditar, si el resultado entra dentro del fin de protección de la norma.

Atendiendo a la forma en que se configura la relación entre acción y resultado para que una conducta pueda ser imputada al autor como un hecho propio. Para Jakobs, la causalidad no es suficiente para imputar responsabilidad, admite que si hay relación causal, finalidad, pero la relación tiene que ser significativa o relevante jurídico penalmente.

Respecto al desvalor del resultado Don Luis Jiménez de Azua señala lo siguiente:

*“El resultado no es sólo el daño cometido, no consiste únicamente en el cambio material en el mundo exterior, sino también en mutaciones de orden moral. El peligro corrido, de que hablo elegantemente Carrara, es el resultado en la tentativa. No se produjo muerte del sujeto en el conato de homicidio, pero se altero el mundo exterior, lesionando la seguridad, la tranquilidad de la víctima”.*<sup>104</sup>

Por lo tanto, en cuanto al desvalor de resultado, el riesgo permitido es un elemento de la imputación objetiva, como tal forma parte del injusto, cabe preguntarse, si es el riesgo permitido una causal excluyente de tipicidad o una causa de justificación del injusto penal, en la tentativa, hay un riesgo desaprobado pero no realización, sólo hay conducta típica y no imputación objetiva del resultado. Al respecto los funcionalistas se atorán en aquellos casos en que no hay realización del riesgo (tentativa). Tal como agrega Jiménez de Asúa:

*“El resultado no es sólo el daño cometido, no consiste únicamente en el cambio material en el mundo exterior, sino también en mutaciones de orden moral. El peligro corrido, de que hablo elegantemente Carrara, es el resultado en la tentativa. No se produjo muerte del*

---

<sup>104</sup> Jiménez de Asúa, Luis, *op. cit.*, 377.

*sujeto en el conato de homicidio, pero se altero el mundo exterior, lesionando la seguridad, la tranquilidad de la víctima”.*<sup>105</sup>

Sin embargo, según **Yesid Reyes**:

*“El funcionalismo afirma que la teoría de la imputación objetiva es aplicable a las tentativas, pues no suponen sólo la creación de riesgos desaprobados, sino igualmente su realización en un resultado entendido como quebrantamiento de la norma. Por lo tanto, no sólo los riesgos de resultado, (**Frisch**) sino también la creación de riesgos.”*<sup>106</sup>

De tal suerte que la producción del resultado es el componente de azar de los delitos imprudentes, ya que estos sólo pueden ser castigados cuando el resultado tiene lugar, por más que la acción imprudente se de, esta consistirá en la lesión de un bien jurídico y otras veces, las menos, en su puesta en peligro.

En este mismo orden de ideas Muñoz Conde establece:

*“Estos dos componentes previsibilidad objetiva y diligencia debida son, al mismo tiempo, los elementos que se emplean para determinar cuándo una conducta es imprudente. Sin embargo, no siempre que se dan la previsibilidad objetiva y la falta de diligencia pueden imputarse los resultados producidos.”*<sup>107</sup>

Lo que busca la imputación objetiva no es diferenciar entre el plano naturalístico y el normativo, tampoco importa cuál será el juicio más importante si el desvalor de acción o el desvalor de resultado, pues se da por sentado que siempre habrán modificaciones al mundo natural, pero no siempre quebrantamiento de una norma, pierde importancia también valorar el aspecto subjetivo propio de las tentativas, pues el verdadero fundamento de las tentativas

---

<sup>105</sup> *idem.*

<sup>106</sup> *Reyes Alvarado Yesid, op. cit., pág. 54.*

<sup>107</sup> *Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal, parte general, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 288-290.*

y el grado de arbitrariedades, existe en su punición, aún por resolver. Al respecto Mir Puig señala: “La gravedad de la imprudencia depende, si, del bien jurídico a que afecta, pero no de su efectiva lesión.”<sup>108</sup>

Recapitulando hasta aquí, para la teoría funcionalista de la imputación objetiva, no basta la relación de causalidad, ésta debe aunarse progresivamente a la relación de riesgo y ésta a la relación de autoría, pues para la ley, no realiza el tipo en forma previsible, todo aquel que cause el resultado, sino sólo aquél a quien además puede imputarse el hecho como propio. En conclusión, se requieren tres niveles de la imputación objetiva.

En tal virtud, quede claro la división entre Imputación de la conducta y la Imputación del resultado, esta relación entre la acción y resultado determina las diferencias entre acción causal, final y funcional. En cuanto al objetivo, también ya lo hemos anticipado, al decir, que la pretensión de la teoría de la imputación objetiva es la debida delimitación del tipo penal que llave a una correcta interpretación de la norma. La imputación objetiva como una forma de analizar la imputación en dos vertientes la conducta y el resultado.

En cuanto a los niveles de imputación, comenta *Bernd Shünemann*:

*“Es necesario sostener que las doctrinas generales sobre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad a menudo prescinden de referirse expresamente a los fines del derecho penal, el estado y a los objetivos de las sanciones penales, por ello, atendiendo a la idea de que los preceptos penales deben determinarse a partir de los objetivos y fines del derecho penal estatal, cabe deducir también que los diversos niveles de imputación deben originarse en ese mismo sentido.”*<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, parte general, op. cit.*, pág. 297.

<sup>109</sup> Shünemann Bernd, *El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales*. Editorial Tecnos, Traducido por Jesús María Silva Sánchez, Madrid, 1991, pág. 81.

La Imputación personal es el parámetro o medida para exigir una determinada fuerza o capacidad al individuo al desplegar su acción, es una cuestión empírica y normativa donde se le exige a un sujeto que aplique una fuerza (corporal o intelectual) para dominar su comportamiento externo.

En la Imputación objetiva del comportamiento anti-normativo destaca la peligrosidad del comportamiento del autor con dos fundamentos: primero desde una anterior representación (ex-ante) que la experiencia actual en el momento de la acción desplegada sea peligrosa para el bien jurídico. Y segundo que la acción peligrosa prohibida jurídicamente, o bien, que el ordenamiento establezca la obligación de un hacer.

Por ejemplo, ante un delito doloso debe sumarse además del desvalor de acción, la pretensión del resultado típico, en el caso del delito imprudente se requiere que la peligrosidad de la conducta omitida fuere previsible, o sea, se agrega lo objetivo, más lo subjetivo, o, peligro, más dolo o culpa, por lo tanto, desvalor de la peligrosidad más el desvalor de la intención.

Por lo tanto, para la Imputación objetiva del resultado se requiere, además de la perspectiva ex-ante, la perspectiva ex-post, esto es, que la peligrosidad se vea concretada en el resultado típico, resultando en una relación de peligro entre la acción peligrosa y el resultado peligroso.

El último nivel de imputación es la imputación individual del comportamiento anti-normativo, esto es, el comportamiento de un sujeto activo en base a la exigibilidad de la conducta y de su capacidad de motivación conforme a derecho, este sujeto escoge entre lo que manda la ley o lo que no.

En otro sentido, la teoría de la imputación objetiva, como limite a la responsabilidad penal, lo consigue al determinar la conexión entre acción humana y resultado previsto, con los criterios necesarios (causales o normativos) para el

ejercicio de atribución del hecho a su autor. Sin embargo, no se distingue entre autoría y participación como un tema ligado a la imputación pues lógico es que para una correcta responsabilidad, hay que tener una correcta imputación.

Ahora bien, ya hemos dejado asentado que la imputación objetiva surge de diversas teorías causales, no es un tema nuevo dentro del derecho penal, tiene como finalidad determinar la responsabilidad de un sujeto, por lo que esta teoría es ampliamente debatida dentro del desarrollo de la responsabilidad penal, la discusión se centra en cuanto a la lesión del bien jurídico que puede cargarse como la obra de determinada persona y cuando es producto de la casualidad o la mala fortuna. De tal suerte que Mir Puig afirma que: *“La imputación objetiva debe entenderse como el juicio que permite imputar jurídicamente la realización de la parte objetiva del tipo a su ejecución material.”*<sup>110</sup>

Y continúa diciendo: *“Tan imprudente es la acción de quien pasa a gran velocidad con semáforo en rojo un cruce concurrido si causa un resultado, como si tiene la suerte de no causarlo. En toda causación imprudente de resultado hay un momento de azar.”*<sup>111</sup>

Es así que la imputación objetiva busca desligar los conceptos causales naturalísticos propuestos por el causalismo y el finalismo para en su lugar construir un nuevo concepto sobre condiciones valorativas.

*En este sentido, Bernardo Feijó completa esta idea diciendo:*

*“La imputación objetiva explica mejor porque no se sancionan igual los delitos dolosos y lo imprudentes, por la existencia de riesgos permitidos o no permitidos pero aceptados.*

---

<sup>110</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, parte general, op. cit.*, 2005, pág. 258.

<sup>111</sup> *ibídem*, pág. 296.

*Plantear filtros más seguros y menos susceptibles de arbitrariedad, es el objetivo de la teoría normativa valorativa como lo es la imputación objetiva.”<sup>112</sup>*

La imputación objetiva no es un corrector de las deficiencias de las teorías causales, ni un cajón vacío donde se ubican los problemas en donde se pretende ubicar los problemas no claros dentro de la sistemática. Tal como lo señala **Yesid Reyes Alvarado**: *“como un cajón vacío en donde se pretende ubicar los problemas que no tienen claridad dentro de la sistemática”<sup>113</sup>.*

### **3.1.1. Estructura conceptual de la Teoría de la imputación objetiva.**

En cuanto a la estructura de la imputación objetiva, hemos dicho también que puede ser considerada en dos posturas seguidas por un lado por Roxin, plantea en primer lugar el requisito de una relación de causalidad y posteriormente que la causación del resultado no sea ajena a la finalidad de protección de la norma de cuidado infringida. Como ya hemos referido, para la relación de causalidad debe decidirse con la equivalencia de condiciones, para después seguir con la relación normativa en donde la imputación objetiva es la creación del riesgo típico que viene ya exigida por la necesidad de infracción de la norma de cuidado, y por último, se requiere que esta infracción esté dentro de la finalidad de protección de la norma de prudencia. Cabe señalar lo establecido por Santiago Mir Puig:

*“Para castigar no basta una estimación estadística, sino una razonable seguridad de que en el caso concreto se ha realizado el riesgo típico. La teoría de la elevación del riesgo formulada por Roxin quien considera suficiente para castigar, en los casos de duda acerca*

---

<sup>112</sup> Feijó Sánchez, Bernardo, *op. cit.*, pág. 29.

<sup>113</sup> Yesid Reyes Alvarado, *op. cit.*, pág. 35.



*de si el resultado constituye o no realización del riesgo típico de la conducta, que se compruebe un incremento del riesgo.”<sup>114</sup>*

Por otro lado Jakobs establece que lo importante es si un determinado sujeto con ciertas funciones, si un garante, alguien de quien se esperaba determinada conducta, la ha externado conforme a la expectativa que la sociedad había establecido o si ha defraudado esa expectativa, en esta expectativa cumplida o defraudada, por lo que no interesa la individualidad del sujeto, sino simplemente que haya existido una conducta que originó el evento concreto.

### **3.1.2. Ubicación sistemática de la imputación objetiva.**

Ya hemos comentado, que la teoría de la imputación objetiva es un sistema funcional de criterios normativos con el fin de delimitar correctamente este tipo penal y hacer una debida interpretación del tipo penal, por lo tanto, no se puede ubicar esta teoría, en otro lugar (pese a tener profunda relación con otros elementos del delito) que no sea en el tipo y en el juicio sobre éste, la tipicidad penal.

Haciendo remembranza, la teoría clásica del delito consideraba éste como la acción típica antijurídica y culpable, donde el dolo y la culpa son elementos de aquél, ubicados en la culpabilidad, después con el finalismo son trasladados como elementos típicos del delito y, desde entonces no han cambiado, lo que ha cambiado es el contenido de estos elementos del delito aunque la ubicación típica continua.

---

<sup>114</sup> *Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, parte general, op. cit., pág. 207.*

Ya en el funcionalismo, para atribuir el resultado al autor, además de la acción causal y final, en 1970, Roxin creó una nueva forma de analizar las conductas reprochables basándose en criterios normativos de imputación poniendo en el centro del sistema a la tipicidad bajo un aspecto de la política criminal. Así, por lo general, Roxin y sus seguidores siguen que sistemáticamente la imputación debe darse en la tipicidad para la determinación de los delitos de resultado.

Por su parte Frisch comenta:

*“La actual imputación objetiva, todo es normativo, determina desde el tipo, lo injusto o no de una conducta. Además de la exclusión de la imputación por la disminución del riesgo, si se previene el mínimo riesgo, aún materializándose la creación de un riesgo en el resultado permitido, no podrá imputarse el riesgo tolerado de manera general. Tampoco habrá imputación cuando el resultado se produce por el obrar auto responsable, criterios de autorresponsabilidad, actuar auto responsable de un tercero se solucionaría con la prohibición de retroceso. El regreso implica un punto de partida.”<sup>115</sup>*

También en este sentido Mirentxu Corcoy comenta:

*“La teoría de la imputación objetiva se configura, como un elemento nuclear de una concepción funcional de la teoría del delito que ha revolucionado la categoría de tipicidad, o que implica una reformulación de la tipicidad, además, es el marco sistemático en el que un número creciente de autores, si bien desde perspectivas materiales distintas, quiere ubicar el problema de la intervención de la víctima. También desde la perspectiva aquí defendida, como se verá, la teoría de la imputación objetiva es el contexto sistemático adecuado para el tratamiento de la cuestión.”<sup>116</sup>*

Las consideraciones anteriores obligan a introducir a la Imputación Objetiva como componente del delito, que tiene la misión de resolver la atribución de un

---

<sup>115</sup> Frisch, Wolfgang, *op. cit.*, pág. 28.

<sup>116</sup> Mirentxu, Corcoy Bidasolo, *Imputación Objetiva y Principio de Lesividad*, Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal, Fecha: 29-11-2011, Cita: IJ-L-797.

resultado penalmente relevante a una conducta, desde el punto de vista teleológico fincado en criterios normativos, cuya ubicación correcta se encuentra en el marco valorativo del tipo.

### **3.1.3. Fórmula de la teoría de la imputación objetiva.**

Conviene recordar para integrar mejor la fórmula de la imputación objetiva que sin la equivalencia de condiciones no hay tal imputación objetiva, porque no toda causa del resultado supone la creación de un riesgo, sin embargo, todo resultado acontece producto de una causa.

Ahora, hay quienes piensan que teoría de la imputación objetiva se resume en su fórmula de la teoría de la imputación objetiva. (Creación de un riesgo y que ese riesgo se realice en un resultado y que éste se encuentre bajo la protección de la norma) o en su correcta denominación, esto es su debido concepto y definición. Con más simpleza la fórmula de la teoría de la imputación objetiva radica en: a) la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado b) que se realice en el resultado y c) que ese riesgo prohibido esté bajo el fin de protección de la norma. Por lo que el maestro Mir Puig es certero en comentar:

“Los dos aspectos de la fórmula citada (creación de un determinado riesgo y realización del mismo en el resultado) tienen distinto significado dogmático. Mientras que el primero afecta a la imputación de la conducta a la parte objetiva del tipo, sólo el segundo se refiere estrictamente a la imputación del resultado.”<sup>117</sup>

En resumen, la imputación objetiva es el conjunto de criterios (normativos) que permiten determinar cuando un resultado puede ser imputado a un sujeto, para lo cual deben darse tres elementos; creación de un resultado jurídicamente desaprobado por la norma, que ese riesgo se haya concretado en un resultado y que el resultado pertenezca al ámbito de protección de la norma.

---

<sup>117</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, parte general, op. cit., pág. 254.*

Condensando aún más la fórmula de la imputación objetiva. Será imputación objetiva cuando se ha realizado en el riesgo jurídicamente no permitido creado por el autor.

#### **3.1.4. Relación de la imputación objetiva y el injusto penal.**

Partiendo de lo establecido por Mir Puig: “recordemos que para el funcionalismo hay una dicotomía entre Tipo de injusto, tipo de culpabilidad.”<sup>118</sup>

En efecto, ha quedado asentado en paginas anteriores, muchos de los pormenores de la conducta típica y su estrecha y casi imperceptible relación entre conducta y tipicidad, ahora, nos abocaremos a considerar la relación entre tipicidad y antijuridicidad, en concreto, entre la teoría de la imputación objetiva y la antijuridicidad, por lo que debemos tener presente que para que haya antijuridicidad debe haber tipo, el problema deviene cuando a este último sea necesario precisarlo, dándole contenido y sentido, para ello, conviene antes hacer algunas precisiones. En este tenor comenta Jakobs: “Cada uno de los presupuestos de la imputación depende de la existencia de otros, el código penal alemán define el dolo con ayuda del concepto del tipo y la culpabilidad con ayuda del concepto de injusto”<sup>119</sup>

Conviene también tener presente que fue Ernest von Beling, el creador del moderno concepto de tipo, sin embargo, la tipicidad no es ningún juicio de desvalor jurídico, sino una constatación lógica de un encuadramiento del hecho a la figura del delito. Posteriormente, el neokantismo con Mezger a la cabeza, sugirió que el tipo ya no era avalorado o neutro, es un juicio previsional de

---

<sup>118</sup> Mir Puig, Santiago, *Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, op. cit., pág. 7.

<sup>119</sup> Jakobs Günther, op. cit., pág. 188.

desvalor, la tipicidad no es un indicio, sino *factio escendi*, no es condición suficiente, pero si necesaria. Por lo tanto, la tipicidad da relevancia a la antijuridicidad y es necesaria para el juicio de desvalor del hecho, este juicio de desvalor provisional que expresa la tipicidad desaparece con las causas de justificación. En pocas palabras, el tipo no es neutro o avalorado, existe la relevancia.

Es en el finalismo donde se experimento una vuelta al indicio, argumentando que no toda acción típica es antijurídica. Si para los causalistas el tipo es un indicio de la antijuridicidad de un hecho, para los finalistas, no todos los tipos pueden ser relevantes, sólo aquellos que persigan una finalidad.

El tipo tiene un significado independiente, no tiene que ser equiparado con la antijuridicidad, este elemento del delito denota aquello que el legislador considera relevante para ser establecido como una ley. Esto es claro por qué la relevancia sigue, aún haya causa de justificación, debido a que el hecho típico es anti-normativo, o sea, ya hay una violación de la norma, pero para que resulta antijurídica no se debe acreditar una causa de justificación. Por ende, las causas de justificación no pueden hacer desaparecer la lesión o puesta en peligro.

De tal suerte, respecto a la relación entre antijuridicidad y tipo, Jeschek comenta:

*“La antijuridicidad es, al igual que la culpabilidad, un elemento general del delito. Sin embargo, en el derecho alemán, por razones de seguridad jurídica, las formas de comportamiento antijurídico merecedoras de pena se encuentran en especiales descripciones de delito recogidas en la Ley, que son denominadas tipos. La antijuridicidad debe así tener expresión, caso por caso, en el tipo de la correspondiente clase de delito. La cuestión es como sucede esto afecta a la relación entre antijuridicidad y tipo.”<sup>120</sup>*

---

<sup>120</sup> Jescheck, Hans Henrich, *op. cit.*, pág. 221.

En efecto, en el tema de la teoría de los elementos negativos del tipo, lo que creían los causalistas, era que no es un juicio de valor provisional, ya que la tipicidad es definitiva, pues la presencia de causas de justificación excluye la tipicidad. No se puede soslayar que la tipicidad tiene su significado propio y no es indiciaria de la antijuridicidad, por lo tanto, para el finalismo como para el funcionalismo, el tipo es relevante pudiendo darse una causa de atipicidad.

Al respecto Roxin comenta: *“Un sujeto es autor de un injusto penal, cuando sin estar amparado por una causa de justificación para un bien jurídico penalmente protegido, este riesgo se ha realizado en un resultado prohibido.”*<sup>121</sup>

En este orden de ideas, el contenido material de la antijuridicidad en el derecho penal de un Estado Social y Democrático del Derecho, en donde no toda antijuridicidad es antijuridicidad penal (hay también civil y administrativa), todo el ordenamiento está interconectado, de tal manera, que si hay una causa de justificación en otra legislación puede ser aplicable en el caso penal.

Puede haber muchas antijuridicidades pero la relevante penalmente es la típica, toda tipicidad es anti-normativa y después será antijurídica. Por lo tanto, no toda conducta antijurídica es penalmente típica, ejemplo: infracciones administrativas. De tal suerte que hablar de relevancia penal es referirse al tipo y no a la antijuridicidad, por lo tanto, en un Estado Social y Democrático del Derecho además, se debe observar el punto de partida como un desvalor de resultado y, además, el desvalor objetivo de la conducta y el desvalor subjetivo de la conducta.

La tipicidad para el funcionalismo, no es un elemento independiente de la antijuridicidad, más bien, junto con la inexistencia de causas de justificación conforman la antijuridicidad o lo que algunos han llamado el injusto penal.

---

<sup>121</sup> Roxin, Claus, *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania*, op-cit., pág. 21.

También el funcionalismo aceptaba la no existencia del tipo cuando no encaja la conducta literal o interpretativamente en éste, ejemplo: la no afectación suficiente del bien jurídico, por no ser imputable su lesión a una conducta suficientemente peligrosa (falta de imputación objetiva) por conformidad de la víctima, por ser adecuados socialmente o insignificantes (derecho penal mínimo).

Al respecto Jakobs es puntual en señalar:

“En cuanto a la relación del tipo con la antijuridicidad, la independencia del tipo ya descrita se entiende sobre todo como independencia, tanto frente al juicio de antijuridicidad, como frente al juicio de justificación, más se engloban en el injusto. La identidad de acción y realización del tipo no obsta para que se traten ambas como escalones del delito separados. En definitiva, nada obliga a la formación de conceptos de acción y de injusto desvinculados del resultado y por lo tanto, no serían determinantes como base de la pena.”<sup>122</sup>

Es el riesgo permitido una justificante general y no particular como las demás justificaciones (estado de necesidad, ejercicio de un derecho, legítima defensa), en base a una permisión general de conductas y una justificante es en atención a una especial situación, por ejemplo: lo que se espera de un soldado en tiempo de guerra, o el que mata como un riesgo permitido (deporte) o como causa de justificación (en defensa de sus bienes). Las soluciones de la imputación objetiva y no las que se consiguen con las causas de justificación, buscan limitar la desmesurada extensión de la equivalencia de las condiciones pero a través de mecanismos propios de la antijuridicidad.

En el derecho penal no son relevantes las conductas típicas, sino aquéllas, además de ser típicas, no están amparadas por alguna causa de justificación,

---

<sup>122</sup> Jakobs, Günther, *op. cit.*, pág. 199-304.

como el riesgo permitido, esto desfortalecería el contenido del tipo penal, sólo sería un referente social.

En conclusión, al extender excesivamente el ámbito de aplicación de la tipicidad a las causas de justificación, no deberían estar cobijadas por una norma penal, sin embargo, cobran relevancia y sólo evaden la punibilidad a través de la ausencia de la antijuridicidad. En esta extensión haya conflicto la imputación objetiva, en el tema del derecho penal del enemigo (parte más radical del funcionalismo de Jakobs), pues justifica un actuar ante quienes son considerados diferentes.

En este orden de ideas Sauer comenta:

“El tipo, sin más ni más, está, por consiguiente, en el punto medio entre el concepto general del injusto y el hecho delictivo; en él se reconoce si un querer y obrar son injustos. El tipo es un síntoma de la criminalidad objetiva, de la dañosidad social y de la peligrosidad social de un obrar.”<sup>123</sup>

Asimismo comenta Miguel Ontiveros:

*“En cuanto a la legítima defensa se relaciona con la teoría imputación objetiva”, en especial podemos hacer referencia a los mecanismos predispuestos de auto protección, por ejemplo, un disparo desde lejos, por un mecanismo predispuesto de auto protección, que hiere a una persona con el ánimo de lesionarla en el caso de que ésta quiera transgredir la esfera atribuida a una persona y protegida por el derecho, debe considerarse como legítima*

---

<sup>123</sup> Sauer, Guillermo, *op. cit.*, pág. 111.



*defensa, pues pese a tener la intención, el sujeto que eleva el riesgo es quien transgrede dicha esfera con el conocimiento de la prohibición.”<sup>124</sup>*

Por último, el tipo es materia de prohibición. Es lo que Roxin diseñó como riesgo desaprobado, precisamente esta desaprobación la hace la sociedad a través de considerar, como ciertas, conductas prohibidas, por no ser comúnmente aceptadas, consideración que nos abre la puerta para hablar de temas subsecuentes.

### **3.1.5. Relación de la imputación objetiva y el injusto culpable.**

Si hemos hablado que en la antijuridicidad se contiene el hecho y autor de forma genérica, lo que conocemos también con el nombre de injusto, hablemos ahora de la culpabilidad que se refiere al hecho y al autor con las circunstancias especiales del individuo. Teniendo presente y siguiendo con esta comparación entre subjetivo y objetivo, el aspecto volitivo o la voluntad de querer, le atañe o le incumbe a la imputación subjetiva y el cognitivo, o el conocimiento, o representación vista objetivamente, a la imputación objetiva, ejemplo: el caso del hemofílico lesionado, el deber objetivo de cuidado para considerar a una persona en esas condiciones previamente y el querer que sin saber, o aún sabiendo de dicha condición, aún así, se aceptan dichas condiciones.

Ahora bien, recordemos que para el funcionalismo la culpabilidad se eleva a la categoría de responsabilidad, Una vez consumado el delito, esto es, la conducta típica antijurídica y responsable (culpabilidad más los fines de la pena), la consecuencia será entonces la responsabilidad penal, para posteriormente con dicha integración del injusto culpable, seguido de la responsabilidad penal permitirá la punición.

---

<sup>124</sup> *Ontiveros Alonso, Miguel, Legítima Defensa y La teoría Imputación Objetiva, Editorial Instituto Nacional de Ciencias penales 2004. México, D.F. pág. 3.*

Luego entonces, la responsabilidad penal sirve para determinar, por un lado la imputación y los criterios que rigen ésta y, por otro lado, determinar la intensidad de la respuesta penal, cabe mencionar que la imputación como la responsabilidad tiene un origen semántico común, sólo que la dogmática penal le ha dado valores diferentes, para que se complementen, y así, decir que la imputación es necesaria para la responsabilidad.

Es conveniente tener presente que el tratamiento de los delitos culposos y dolosos, en la teoría de la imputación objetiva, no tiene diferencia, es un estudio general, ya que el particular, es posterior dentro de la imputación personal, aquí se pueden diferenciar precisamente por los aspectos personales del sujeto actuante. En la imputación objetiva no hay lugar para la diferencia entre el delito de acción y omisión, pues lo determinante es la calidad de garante, ya no sólo para los delitos de omisión también para los de acción.

Ahora, para plantear una relación objetiva, en vez de una solución subjetiva o de culpabilidad, se debe atender a la tendencia siempre presente en el derecho penal, que es reducir la amplitud para evitar el desbordamiento del sistema punitivo, situación no conseguida por quienes inclinándose por el aspecto subjetivo en la valoración causal, trae como resultado aceptar la causalidad pero no la responsabilidad, tan necesaria para hacer una delimitada responsabilidad, verbigracia, el conocido caso del sobrino heredero que envía a su tío rico a un viaje esperando muera, y/o, el caso del sujeto que desea la muerte de su amigo provocándole una lesión con la que no se da el resultado inmediatamente pero si eventualmente, en pocas palabras, en ambos casos los sujetos activos si querían matar (elemento subjetivo presente), lo que finalmente ocurre, pero no pudieron tener la previsión de ese resultado dolosamente, por la extrema posibilidad de que

ocurra. A tales consideraciones Jakobs comenta: “*Dos maldades se neutralizan así mismas, no hay pena, la culpabilidad da medida y límite a la pena.*”<sup>125</sup>

En consecuencia, la responsabilidad es un concepto filosófico, basado en argumentos naturales provenientes de las teorías causalistas, mientras que los argumentos axiológicos son de la teoría de la imputación objetiva, la cual pretende abandonar los correctivos subjetivos o de culpabilidad y la búsqueda de nuevos criterios que permitan fijar con mayor precisión las fronteras entre la responsabilidad y el infortunio.

En este punto, Jakobs establece que si nos limitamos al aseguramiento del orden social, y no pretendemos desvalorizar a la persona realizando un juicio de reproche, por ello, en la culpabilidad no debemos examinar si el autor tenía realmente una alternativa de comportamiento (culpabilidad establecida como juicio de reproche por obrar contra derecho cuando podía o tenía una alternativa real de obrar conforme a derecho) realizable individualmente, sino lo que se debe individualizar en la culpabilidad es la existencia de una alternativa de organización que sea preferible a la imputación del hecho al autor, de manera que si falta una alternativa de organización, se le asigna al autor una alternativa de comportamiento y se le reprocha que no lo haya utilizado, tal como lo señala Mir Puig: “*No hay acuerdo definitivo como queda integrada una teoría del injusto personal desde los criterios de la imputación objetiva*”<sup>126</sup>.

En esta línea de pensamientos, la culpabilidad se dará no sólo cuando el autor no se ha motivado por la norma, sino, cuando además, estuviera obligado a ello, es decir, cuando fuera competente por su falta de motivación. Por ello, Jakobs afirma que en la culpabilidad lo que se ha de determinar es que factores

---

<sup>125</sup> Jakobs, Günther, *op. cit.*, pág. 23.

<sup>126</sup> Mir Puig, Santiago, *Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, *op. cit.*, pág. 4.

relevantes para la motivación pertenecen al ámbito de tareas del autor, y que factores pueden invocar el autor como no disponible para él. Por consiguiente la culpabilidad supone un déficit de motivación jurídica cuya competencia pertenece a la persona y no a la estructura social. De ahí que Jakobs indique que para determinar la culpabilidad deberán establecerse cuantas presiones sociales se le pueden achacar al actor afectado por la atribución de la culpabilidad y cuantas cualidades perturbadoras del autor han de ser aceptadas por el Estado y por la sociedad o han de soportarlas terceros.

Por ende, el funcionalismo considera que la culpabilidad supone un déficit de motivación jurídica en la persona de cuya ausencia es competente. Para evaluar ese déficit o carencia de motivación jurídica deberán determinarse que presiones sociales ha de soportar el autor, y, que cualidades perturbadoras de éste, debe soportar la sociedad. Esta evaluación se realizara considerando cuales sean las condiciones imprescindibles del sistema por lo que culpabilidad dependerá del rigor del baremo que se aplique. Conforme a este criterio el imputable es el autor que en el momento del hecho es responsable (pertenece al ámbito de su competencia) por el déficit de motivación jurídica.

Aunque se trata de desligarse del hombre medio, no se aparta el funcionalismo de la ficción de este hombre medio, en la imposibilidad de actuar de otro modo, al hacer una valoración y posteriormente una ponderación de valores, para determinar el grado de culpabilidad, método muy parecido y utilizado por las anteriores teorías.

Los elementos de la culpabilidad son: La Imputabilidad misma determinada por la posibilidad de definir a la persona como igual por lo que su determinación implicara la igualdad de la persona con respecto a cualquier persona; la conciencia de la antijuridicidad que precisamente existe cuando el sujeto que realiza una acción tiene conocimiento del ordenamiento jurídico, y por último, la exigibilidad de la conducta que se da cuando en el supuesto no será exigible la

obediencia de una norma, cuando la vinculación no jurídica del autor imputable, se puede explicar por una situación que para el autor constituye una desgracia, o bien, se le puede imputar a otra persona.

El injusto se da por una defraudación social, pero para que además sea culpable, se requiere de una imputación personal, al primero se le impondrá una medida de seguridad y al segundo una pena.

Por último, un primer ejercicio sintético, la imputación tanto objetiva como subjetiva en los juicios del injusto y de culpabilidad, en una apreciación particular, supera la teoría de la imputación objetiva, en términos de practicidad, tanto a la postura causalista y a la del finalismo en cuanto al juicio de la conducta.

Al respecto hay que señalar lo comentado por Jescheck sobre la antijuridicidad y la culpabilidad en su relación con el tipo:

*“La antijuridicidad es, al igual que la culpabilidad, un elemento general del delito. Sin embargo, en el derecho alemán, por razones de seguridad jurídica, las formas de comportamiento antijurídico merecedoras de pena se encuentran en especiales descripciones de delito recogidas en la ley, que son denominadas tipos. La antijuridicidad debe así tener expresión, caso por caso, en el tipo de la correspondiente clase de delito. La cuestión es como sucede, esto afecta a la relación entre antijuridicidad y tipo.”<sup>127</sup>*

### **3.1.6. El concepto funcionalista de bien jurídico.**

Para dar continuidad a nuestro estudio respecto de acción y resultado, al determinar desde la antijuridicidad material y desde la protección del bien jurídico, la imputación objetiva, se comprueba si se plasmó o no el resultado en el bien jurídico, por lo que es necesario el desvalor de resultado. El injusto está constituido por el desvalor propio de la tipicidad y de la antijuridicidad que es el

---

<sup>127</sup> Jescheck, Hans Henrich, *op. cit.*, pág. 221.

desvalor de acto y resultado, estos desvalores conforman el injusto que hace referencia a una situación social desvalorativa.

De tal suerte que el primer problema de la antijuridicidad es fundamentar que un resultado de lesión de un bien jurídico es imputable objetivamente a la interacción típica provocada por el autor, no se trata de imputación subjetiva que ha sido calificada en la tipicidad con la atribución dolosa del comportamiento, ahora falta que sea imputable objetivamente; puede que sea atribuible subjetivamente y no lo sea objetivamente (como la *aberratio ictus*) se trata de establecer la conexión entre el desvalor de acto y de resultado.

Ahora bien, acción es igual a elevación del riesgo, mientras que el resultado es la concreción de ese riesgo. Ciertamente es que el injusto no puede limitarse sólo al hecho, la conducta de ese hecho es lo que realmente modifica el mundo, pueden darse resultados o hechos naturales que no pertenecen a nadie pero que lesionan los bienes jurídicos.

Por tal motivo, para estudiar el desvalor de resultado es necesario hacer referencia al bien jurídico penal, que considera la sociedad como un bien valioso que necesita de la protección del Estado. La aproximación de los criterios o presupuestos de la imputación objetiva creada por Roxin<sup>128</sup>, en el ámbito de los tipos imprudentes de resultado podría iniciarse como:

Primero: la relación de causalidad entre acción y resultado,

Segundo: la creación de un riesgo típicamente desaprobado, que es lo mismo que la determinación de la violación al deber objetivo de cuidado.

---

<sup>128</sup> *El derecho penal no tiene como finalidad la protección de todo bien jurídico. Roxin, Claus, Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania, op. cit., pág. 22.*

Tercero: concretización de ese riesgo no permitido y

Cuarto: el fin de protección de la norma penal establecida en el tipo.

En un mismo sentido, el desvalor de resultado posibilita la responsabilidad objetiva del derecho penal, que basta sólo con la afectación de dicho bien para fundamentar una pena. Los desvalores se deben dar para que se dé el injusto, pero en caso que no se de uno, se elimina el injusto, recordemos que una tipicidad indiciaria, estudia la imputación objetiva en el desvalor de resultado, por lo que tiene que comprobar primero la tipicidad para llegar a la segunda como indicio.

Entonces, toca ver ahora si una acción ha afectado o no un bien jurídico en forma de lesión efectiva o puesta en peligro. En la antijuridicidad cuando se habla de resultado no se está haciendo referencia a un resultado material, sino a uno valorativo que tiene que ser determinado conceptualmente referido a la afección del bien jurídico, por lo tanto, puede referirse a dos acepciones: primero a las manifestaciones sociales externas de un comportamiento que puede o no formar parte del tipo penal, y segundo, a un resultado de carácter conceptual de afección del bien jurídico protegido por la norma.

Pasemos ahora a la siguiente interrogante ¿Cuales son aquellos bienes que deben ser protegidos? Teniendo presente que su existencia depende de los intereses y valores del grupo hegemónico, en un tiempo y lugar determinados, elevados, de esta manera, dichos bienes protegen siempre igual, inclusive extendiendo su protección a intereses menos individuales. Por ejemplo, la vida se protege no como dato biológico, sino como valor funcional (los bienes son las cosas, más el valor que se les ha incorporado).

De la idea de que el concepto de bien jurídico es dinámico y no estático se entiende que una lesión a otro no debe ser reprochable, si las relaciones son socialmente adecuadas, en cuanto no exceden de un grado de tolerancia

adecuada. Por lo tanto, al derecho penal no le interesan los bienes jurídicos, sino las relaciones interpersonales, es un generador de expectativas a nivel social, cuya inobservancia es una defraudación. En efecto, los bienes jurídicos no son estáticos, sino que forman parte de la vida en sociedad que está en continuo y permanente movimiento, por lo que no le interesan todas las lesiones a los bienes jurídicos, sino sólo aquellos que trastornen las relaciones sociales. Regresando a la frase tan recurrida de que hay lesiones que dañan bienes jurídicos, pero son socialmente adecuadas, por eso no le interesan al derecho penal.

En cuanto a estos casos de riesgo socialmente adecuado. Las conductas de utilidad social carecen de relevancia jurídico penal. Algunas de estas actividades adecuadas socialmente, como el deporte, el tráfico, la industria o la investigación, son distintas al riesgo típicamente relevante, en vez de riesgo jurídicamente desaprobado, pues en el primer término se hace la imputación, para después seguir con el análisis de la causa de justificación que desaprobaba la conducta o la antijuridicidad y no viceversa.

Por tales motivos, se hace una adecuación social de una conducta que pese a ser peligrosa por implicar un riesgo del bien jurídico, es aceptada por que no es la conducta que busca prohibir la norma, Cobrando aún más relevancia la interpretación de la norma con la imputación objetiva para adecuar la conducta al tipo. En pocas palabras, es una valoración normativa jurídica y cultural, siendo el tipo penal el que marca la relevancia de la conducta, señalando cualitativamente y cuantitativamente las que son prohibidas.

*De tales argumentos Roxin es certero en comentar: “Si se prohíbe superar los límites de riesgo tolerado para proteger los bienes jurídicos y alguien supera mediante su actuar los límites permitidos del riesgo y éste se realiza en el resultado, entonces se es autor de un hecho prohibido.”<sup>129</sup>*

---

<sup>129</sup> *Ídem.*



Para que se genere una lesión del bien jurídico tutelado, el conjunto de criterios normativos conforman un reproche social que corresponde a un aspecto general, mientras que la necesidad de pena obedece al caso particular. De tal suerte que para la imputación objetiva lo relevante es que el bien jurídico sea considerado, como dice Mir Puig: “como criterio interpretativo”.<sup>130</sup>

Sin embargo convendrá en el presente trabajo de investigación no entrar a fondo en el tema del bien jurídico, pues es realmente muy extenso.

### **3.1.7. El principio de autorresponsabilidad.**

Es un principio general del derecho en el que cada individuo debe responder de sus propias actuaciones y no por las de los demás, éste es un principio reconocido aunque en muchas legislaciones no esté tipificado.

*Mir Puig es certero en comentar:*

*“La imputación en el ámbito de responsabilidad de la víctima en la realización de la conducta, haya intervenido un sujeto que resulta lesionado posteriormente, o sea, la víctima. Autonomía de la víctima o principio de autorresponsabilidad, las consecuencias del consumo de sustancias es asunto de cada uno, lidiar con los riesgos de contagio implícitos, en tal contacto sexual es asunto de cada cual.”<sup>131</sup>*

Al continuar con esta idea, en la autorresponsabilidad, en vez de lo que el individuo pudo hacer para evitar el resultado, cambiar a aquello que debió haber hecho para impedirlo, con lo cual se abandona el subjetivo hombre prudente y se adopta uno objetivo fundado en una posición de garante. El resultado de esta

---

<sup>130</sup> Mir Puig, Santiago, *Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, op. cit., pág. 3.

<sup>131</sup> Díaz Aranda, Enrique, y Cancio Meliá, Manuel, op. cit., pág. 31.

modificación del contenido es la confrontación entre la conducta efectivamente efectuada y una hipotética, es aquí donde se valora el riesgo con la manifestación de reglas de conducta social.

Responsabilidad exigida desde fuera o desde dentro. Lo importante está en el mundo exterior, contraponiéndose a los que piensan que lo importante está en el mundo interior del hombre, o para aquellos que piensan que lo que importa está en la relaciones con los demás, en otras palabras, lo que importa es lo que puede ver un sujeto, o lo que los demás pueden ver en él, o lo que el sujeto puede ver en él, para después poder verlo en los demás, (lo objetivo) o ¿será que primero tiene que verlo en los demás y después en el, o primero manejar su aspecto subjetivo, o sea, su situación emocional, para después enfocarlo en el mundo? Luego entonces, el sujeto debe ver su entorno para partir de ahí, o primero debe verse a sí mismo, conocerse en su universo interior, lo que sin duda no podrá hacerlo si no ha vivido y experimentado el mundo, aunque sabe también que cuando la razón no pueda ayudarle, la intuición también debe obedecerse, esto es una historia de ida y vuelta entre lo subjetivo y lo objetivo.

Lo que nos resta por comprender, según Frisch es que:

*“Una conducta se amolda a la petición del titular del bien, con su consentimiento, por lo que se afirma que la lesión del bien que se acaba produciendo no puede imputarse (normativamente) al agente, sino al propio titular. Es una teoría normativamente orientada de la imputación objetiva del resultado, donde el delito imprudente es aceptado, también se acepta la exclusión de la imputación del resultado por la autopuesta en peligro o autorresponsabilidad de la víctima (ingestión de drogas)”<sup>132</sup>*

Diferente es la discrepancia en los casos de comportamiento alternativo ajustado a derecho, hasta ahora sólo ha sido reconocida especialmente por parte

---

<sup>132</sup> Frisch, Wolfgang, *op. cit.*, pág. 33-35.

de la jurisprudencia en el ámbito de los delitos imprudentes y no para los delitos dolosos.

### **3.1.8. Riesgo permitido y no permitido.**

El hombre no puede separarse del riesgo, busca prevenir con el debido cuidado lo más que se pueda, dicho riesgo, por ejemplo, el riesgo puede controlarse y neutralizarse al apagar, por ejemplo, completamente una fogata o declarar el ingreso de dinero a un país, cuando éste es una fuente o foco de riesgo. Pues el Estado no puede dar y hacer todo, pues donde quedaría el poder y derecho individual que tiene aparejada responsabilidad y obligación. Tal como lo comenta Kindhauser: *“El límite entre lo permitido y lo prohibido lo establece la misma sociedad en función de sus expectativas sociales.”*<sup>133</sup>

#### **3.1.8.1. Riesgo permitido o aprobado o no prohibido.**

Para hablar del riesgo no permitido o prohibido o desaprobado como parte esencial de la fórmula de la imputación objetiva, primero se tiene que conocer lo que no es, es conveniente iniciar por determinar lo que significa el riesgo permitido.

Incluso antes de hablar de riesgo permitido, conviene saber que el riesgo es un desfavorable devenir de un suceso o la posibilidad de que una acción traiga consecuencias desventajosas, y que el avance tecnológico es igual a aumento de riesgos, entonces, si se dejaran de usar las herramientas riesgosas representaría un retroceso al desarrollo, por citar algún ejemplo: el manejo de la energía nuclear trae beneficios, sin dejar de soslayar los riesgos, de tal suerte, estamos en la disyuntiva de determinar, si es mejor disfrutar de los beneficios, sin eliminar los riesgos o hacerlo, esto nos lleva ineludiblemente a una ponderación entre los

---

<sup>133</sup> Kindhauser Urs, Miguel Polaino Orts, Fernando Corcino Barrueta, *op. cit.*, pág. 45- 49.

riesgos generales de la vida y los costes provocados, en otras palabras, se valora entre el costo-beneficio que representaría una acción determinada.

Para llevar a cabo una solución normativa, en frente de un riesgo desaprobado, como ya dijimos, conviene determinar antes el riesgo aprobado en el cual se debe ponderar los intereses, entre ventajas y riesgos de una actividad, por ejemplo: el debate legal sobre la legalización de las drogas. En este caso hay que considerar que cuando se reducen las desventajas hasta límites tolerables para la sociedad, entonces, son permitidos. En efecto, siempre que hay riesgo residual, sólo será tolerado, si se tienen las medidas de prevención exigidas dentro de los niveles moderados, en el ejemplo anterior, sólo se legalizarían estas sustancias, si el gobierno y sociedad fueran capaces de reducir al límite tolerable los riesgos considerados como desventajas.

En cuanto al riesgo no prohibido, la conducta dentro de un orden históricamente constituido o sea, quedan fuera conductas permitidas socialmente, por lo que un sujeto sólo es responsable de lo que está en su ámbito de competencia (posición de garante). La finalidad del derecho penal, es pues, interacción social (comunicación), donde no están prohibidos los riesgos cotidianos.

El profesor Frisch, como ya se ha dicho, va más allá de la ponderación en el caso específico, señala la necesidad de determinar si la intervención del derecho penal es apropiada y necesaria, por lo que la ponderación cede el paso a la relevancia para que el derecho penal pueda fundamentar un riesgo permitido. Por ende, lo que hace un riesgo permitido o no permitido es la indeterminación y no individualización de una víctima potencial, ejemplo: jugar arrancones, como una clara muestra de transgresión al reglamento de tránsito vehicular, pero cuando acontece un accidente o evento de resultados dañosos, serán desaprobados todas aquellas conductas que exceden el riesgo permitido, incluido los arrancones. De igual manera cuando estamos en presencia de una intervención médica con

resultado de muerte, si ésta se llevo con las normas de cuidado preestablecidas y éstas no exceden el límite del riesgo permitido, nada tendrá que ver el aspecto subjetivo, para la determinación del caso en concreto.

Para una mejor comprensión recordemos la figura del hombre medio o prudente, tan socorrido por teorías anteriores, recordemos, en particular, lo propuesto por Karl Englich en su teoría de la causa adecuada, que consistía en comparar las conductas desarrolladas con la ficción del hombre prudente para determinar la causa penalmente relevante o la causa adecuada.

Sin embargo, para los actuales seguidores de la teoría de la imputación objetiva, el hombre modelo, irreprochable, no existe. Un hombre medio que sea siempre prudente, conozca todo o pueda usar todo, es una ilusión, en efecto, se trato de defender a esta figura, con el argumento de que el hombre ideal debe pertenecer al círculo de actividades del autor, sin embargo, esto aún más al caso concreto, en vez del general ideal que se proponía. Por ejemplo, en un medio rural, el no contar con el equipo suficiente para el ejercicio de una intervención quirúrgica, es una circunstancia determinante. Cabe aquí, la conocida frase (Aristóteles): “Un niño no sabe la magnitud de lo riesgoso de su obrar esta escala la determina el hombre medio.”

Por tales consideraciones, los detractores de la figura del hombre medio cuestionan que no se sabe quién determina a este hombre medio o que requisitos debe tener éste para ser considerado ese súper hombre, a este aserto conviene tener presente que el derecho no está dirigido a superhombres ni a lo imposible.

Ahora bien, las sociedades tienen sus procesos racionales para regularse con el objetivo funcional. Es claro que los hombres se juntan (las hormigas también, aunque instintivamente) y sólo permanecerán juntos, si hay reglas que den certeza y seguridad. Más, sin embargo, en las sociedades de riesgo, no hay cabida para una limitación intolerable de la libertad de acción, expresada en una

desmesurada reglamentación. Precisamente en el mundo actual existe un conjunto de actividades que entrañan riesgo, como el tráfico aéreo, el tránsito terrestre, la energía nuclear, el ejercicio de la medicina, etc., que son tolerados socialmente, porque son útiles al desarrollo de la sociedad. Haciendo memoria en la historia, estas sociedades de riesgo se consolidan a partir de la revolución industrial, en donde han surgido un conjunto de conductas y actividades que, no obstante, generan riesgos de lesionar bienes jurídicos, son socialmente permitidas, originando lo que se conoce como riesgo permitido, el cual, de acuerdo a Bernardo José Feijó Sánchez, se encuentra estrechamente vinculado a las ventajas o utilidades generales o interpersonales que reporta un determinado tipo de actividad. Cuanto más valore la sociedad los fines a perseguir por una determinada modalidad de conducta o actividad, más riesgo estará dispuesta a aceptar, es más, en la inmensa mayoría de los supuestos, cuando más cercana sienten los ciudadanos la utilidad más dispuestos a aceptar el que un determinado tipo de riesgo forme parte de sus vida, por ello Cancio Meliá concluye: *“El riesgo es posible medirlo causalmente o por lo que es jurídicamente relevante.”*<sup>134</sup>

Asimismo, del catalogo de comportamiento de una persona diligente habitualmente no consta sólo de prohibiciones de puestas en peligro abstractas, sino también contiene permisiones de comportamiento, mientras que las regulaciones jurídicas de carácter negativo tienen vigencia de modo categórico, aquellas otras que establecen una permisión, sólo rigen de manera relativa, concretamente, sólo cuando se ven acompañadas de unas condiciones ideales. Así, por ejemplo, nunca se debe sobrepasar la velocidad máxima permitida cuando no concurre una causa de justificación, pero en modo alguno cabe pensar que esté permitido alcanzar esa velocidad máxima en cualquier circunstancia, sino que sólo lo está cuando concurren unas condiciones ideales.

---

<sup>134</sup> Díaz Aranda, Enrique y Cancio Meliá, Manuel, *op. cit.*, pág. 18.

Günter Jakobs señala que los riesgos permitidos se determinan mediante el cálculo de costes y beneficios, el beneficio estará constituido por la libertad de comportamiento que se obtiene con la ayuda de la permisión de riesgo, mientras que los costes serian la pérdida de aquellos bienes cuya destrucción conduce el riesgo. Para determinar las conductas o actividades que constituyen riesgos socialmente permitidos tenemos que recurrir a la ciencias sociales o políticas o el estudio de las circunstancias históricas que pueden explicar cuál es la razón que permite explicar que una determinada actividad se asuma a costas de ciertos sacrificios o costes, para determinar con precisión cuales son los riesgos permitidos debemos comenzar con una determinación negativa, que a criterio de Günter Jackbos consiste en la siguiente regla:

*"Deja de estar permitido aquel comportamiento que el propio derecho define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo la amenaza de pena o de multa administrativa. Por ejemplo, quien conduce un automóvil en estado de ebriedad, quien lo conduce a demasiada velocidad, o quien infringe cualquier otro reglamento que regule el tráfico rodado, quien manipula de modo contrario a las disposiciones pertinentes materiales venenosos radioactivos o que entrañan otro tipo de peligros, de tal suerte, que el riesgo permitido se define en la concepción de Jakobs como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente status quo de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dió lugar a su establecimiento".<sup>135</sup>*

Sin embargo, existen ámbitos de la vida en los que no es necesaria una regulación jurídica, porque se puede obtener un alto estándar de inseguridad por otras vías, por ejemplo, en la formación de quienes actúan en el ámbito medico mediante la *lex artis* o normas técnicas de la industria.

En aquellos ámbitos vitales en las que no hay reglas establecidas ya sea por el derecho o por otro elenco normativo, lo relevante es el estándar de una

---

<sup>135</sup> Enrique Peñaranda Ramos, Carlos Suarez González y Manuel Cancio Meliá, *op. cit.*, pág. 93.

persona prudente perteneciente al ámbito vital correspondiente en determinados ámbitos vitales se conforman tomando en cuenta cierto componente individual.

El derecho establece como estándares, esto es, a las normas contra las puestas en peligro abstractas, normas que excluyen de manera radical del ámbito de lo socialmente adecuado, un determinado tipo de comportamiento; de allí que haya que evitar puestas en peligro abstractas, por lo tanto, si el sujeto que ejecuta el comportamiento no respeta estas reglas jurídicas, su actuar no se convierte en socialmente adecuado, porque la prohibición de la puesta en peligro abstracta discrimina un determinado tipo de comportamiento y no de un determinado nivel de riesgo, así mismo, si el sujeto que ejecuta el comportamiento no respeta estas reglas jurídicas, su actuar no se convierte en socialmente adecuado por el hechos que el comportamiento incorpore como elementos destinados a compensar el peligro.

Por ejemplo, constituye un riesgo mucho mayor conducir con niebla y concurriendo el peligro de hielo en la calzada, aunque se emplee el máximo cuidado posible, que conducir bajo condiciones ideales superando un diez por ciento la velocidad permitida; sin embargo, lo primero está permitido, mientras que lo segundo no está permitido.

En conclusión, conviene responder la siguiente interrogante ¿Quién determina el comportamiento socialmente adecuado? el aparato de normas y de convenciones de la sociedad es la base sobre lo que se determina lo que en un determinado caso aún está o no permitido. En otras palabras, El comportamiento socialmente adecuado se determina de acuerdo al aparato de normas y convenciones de la sociedad.

El ámbito que se administra de manera descentralizada por los ciudadanos corresponde al titular de un rol que en el desempeño de ese rol pueda realizar la actividad de modo socialmente adecuada; por lo tanto, no se requiere del juicio de



un experto dotado de facultades especiales. En consecuencia, el rol relevante no siempre es del mayor experto; éste únicamente constituye el rol decisivo cuando la actividad sólo pueda ser realizada de modo socialmente adecuado por especialistas, como sucede, por ejemplo, respecto al funcionamiento de una central nuclear. En los demás casos, el rol de referencias es el de quien está autorizado a tomar parte en ese ámbito vital. En consecuencia, puede suceder que dependiendo del contexto respectivo, rijan condiciones muy diversas respecto de una permisión de riesgo; por ejemplo, en un contexto profesional dichas condiciones serán elevadas, mientras que si se trata de un contexto más bien de legos serán limitadas. En este sentido, verbigracia, la madre que venda con un trozo de tela una pequeña herida en la pierna de su hijo, actúa aún dentro del riesgo permitido, mientras que el médico ya estaría de lleno en el ámbito de lo no permitido a causa de la falta de perfección higiénica.

De lo dicho se desprende que a un único riesgo descrito de modo naturalista, no le corresponde un único riesgo permitido; por el contrario puede haber tantas permisiones de riesgos diferentes como roles distintos haya en los que se pueda administrar el riesgo de modo socialmente adecuado. La base del enjuiciamiento lo constituye lo que conoce el titular de dicho rol acerca de la situación correspondiente. Ejemplo. Una señal de stop que éste totalmente doblada, ya no puede ser reconocida como tal; por consiguiente para un conductor cuidadoso ya faltaría la base sobre la cual cabría deducir la existencia de una normativa especial del derecho de preferencia. Lo que alguien conocedor del lugar supiera es irrelevante, puesto que no forma parte del rol de conductor conocer los distintos lugares. Por consiguiente se trata de un juicio relativo al rol correspondiente, es decir, lo que no está permitido tiene un carácter relativo. Los conocimientos especiales tienen relevancia jurídica en la medida que el sujeto por el rol que desempeña tenga la obligación o el deber de tenerlos, en tanto que el autor no ha de ser uso de los conocimientos especiales en la medida que no formen parte de su rol; por ejemplo, el médico anestesiólogo tiene que tener conocimientos respecto a la dosis de xilocaína que tiene que colocar al paciente,

en razón al sexo, edad, peso, y antecedentes médicos. El estudiante de biología que gana algún dinero trabajando por las tardes como camarero. Cuando se le encarga servir una ensalada exótica descubre en ella una fruta de la que se sabe por sus estudios que es venenosa, de todos modos, sirve la ensalada. En este caso el estudiante de Biología carecía de la posición de garante, pues, no creó un riesgo especial del que tuviesen que responder los intervinientes.

Lo expuesto precedentemente tiene como excepciones el caso en el que el autor sea garante de asegurar que en su ámbito de organización se respeten los estándares habituales de seguridad, lo cual puede suceder con independencia de su comportamiento actual. Ejemplo. Cualquier propietario de un vehículo de motor es garante de la seguridad en el tráfico de dicho vehículo o cualquier propietario de una casa es garante de que las tejas estén aseguradas de manera habitual. De tal manera que si por cualquier medio llega a saber que los frenos de su automóvil no están en las condiciones debidas, siempre lo vendrá a saber en su rol de propietario, con independencia de que se lo comunique el taller mecánico, un vecino que de alguna manera se halla enterado, o que el mismo se halla percatado, al mirar casualmente debajo de su vehículo, de esta manera, se llega a la conclusión que el conocimiento y el rol quedan vinculados por el deber de mantener determinados estándares.

Además, existe un vínculo entre conocimientos especiales y rol, cuando 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. Volviendo al ejemplo del camarero que descubre en la ensalada una fruta venenosa, retiene el plato hasta que se presente una persona a la que odia, entonces no consume un destino que se ha generado con independencia de su persona, sino que manipula el destino y lo convierte en objeto de su organización, por lo que ha de responder por las consecuencias.

Ahora bien, y antes de pasar al siguiente tema, hay que comentar que además de la competencia en virtud de un vínculo organizacional existe la competencia por un vínculo institucional. También en este ámbito puede suceder que forme parte del contenido de la institución una comunidad más o menos completa entre garante y favorecido que en casos límites incluye todo conocimiento que el garante tenga, de modo que éste no puede dejar al margen de su rol unos determinados conocimientos especiales. Probablemente sea ésta la configuración de la relación de los padres respecto de los hijos sometidos a su tutela. Cuando un hijo se encuentra en una situación de necesidad, y los padres sea como fuere conocen una solución, este conocimiento, por lo general pasa a formar parte de su rol de padres. Asimismo hay instituciones en las que se debe llevar a cabo prestaciones estándar.

#### **3.1.8.2. Riesgo no permitido o desaprobado.**

¿Qué es un riesgo desaprobado? El riesgo desaprobado es descontextualización peligrosa. La respuesta a esta interrogante parece simple como aquella que resulta cuando una conducta excede el riesgo permitido, sin embargo, para superar la teoría de la adecuación social se debe precisar que, como ya lo hemos dicho anteriormente, hay conductas desaprobadas consideradas socialmente como tolerables cuando el conglomerado acepta soportar los peligros inherentes, ejemplo, el chofer de un microbús en la ciudad de México, que comete riesgos al conducir pero pondera que la manutención de su familia es más significativa, que esos riesgos.

De lo anterior se desprende que en las normas como indicadores, no basta la sola ponderación entre la conducta efectiva desarrollada y la que debería haberse desarrollado, verbigracia, quien conduciendo observando el reglamento vehicular, no hace nada por evitar atropellar a un ebrio, aún percatándose de él y pudiendo hacer una maniobra evasiva, no la hace, en efecto, en este caso, en

que, aún obedeciendo el reglamento, se pone en riesgo la integridad de una persona, genera, según la teoría de la imputación objetiva, un riesgo desaprobado.

De tal suerte que la violación o el cumplimiento de un reglamento sólo es un indicador de una eventual desaprobación, pero no es un requisito suficiente. En Alemania, por ejemplo, el comportamiento que se espera del conductor depende siempre de la situación concreta en que él se encuentra, además del hecho indicador violar o respetar el reglamento procede al análisis de cada situación concreta, es como se determina el riesgo desaprobado. En México podemos remitirnos al ejemplo muy comentado hace unos años del grupo de motociclistas que en una vía rápida, (periférico) lo hicieron por debajo de la velocidad permitida, esto, sin embargo, no puede justificar el que un conductor se haya quedado dormido al volante y los haya impactado. Es el caso de “sólo para mujeres”, como se le conoció en su momento.

Si el sujeto crea un riesgo jurídicamente desaprobado, lo hace en virtud de que defraudó las expectativas que nacen de su rol, por lo tanto, el riesgo prohibido se determina dinámicamente teniendo en consideración los roles y la expectativa de ese rol. Tal como lo señala Reyes Alvarado:

*“Que debe saber y que sabe un sujeto, sólo debe saber lo que su mismo rol social le conmina, no lo de otras profesiones y oficios fuera de su competencia, en un accidente automotriz, por un falla mecánica, debe responder, no el conductor, sino el que no verifico el automóvil cuando debía hacerlo”<sup>136</sup>*

Siguiendo con esta idea, en ocasiones el violar un reglamento, eleva por si el riesgo, pero cuando cesa tal violación, puede ocurrir un percance del cual el sujeto actuante no debe responder, y si debe hacerlo cuando se transgreda dicho ordenamiento.

---

<sup>136</sup> Reyes Alvarado Yesid, *op. cit.*, pág. 129.

Para determinar aún más el riesgo no permitido, además de las normas como indicadores debemos considerar los siguientes criterios:

A. Fuentes normativas. La Reglamentación de actividades en unos países como Alemania, es casi total, en cambio en otros como México, ni siquiera la conducción de vehículos, lo está, ejemplo, el inexistente examen para conducir vehículos en México. De estas fuentes normativas se derivan:

a. Normas penales, es la propia normatividad penal la que describe comportamientos que por ser generadores de considerables riesgos deben ser evitados.

b. Normas no penales, son las que existen más frecuentemente, son normativas diversas del derecho penal las que contienen reglamentaciones tendientes a la reducción o eliminación de peligros, ejemplo: no proporcionar casco al trabajador es una contravención del patrón en el ámbito laboral o la falta de licencia para conducir vehículos, en el reglamento de tránsito.

B. Reglamentaciones extra jurídicas. Con la evolución tecnológica es imposible que el Estado se encargue de ellas, en su totalidad, es la causa de que las asociaciones privadas sean las que expidan reglamentaciones, como las asociaciones profesionales de los médicos (CONAMED) o la de futbolistas (FEMEXFUT), instituciones de carácter privado, quienes vigilan la práctica adecuada con su práctica habitual. De tal suerte que el dejarse meter un gol, puede llegar a considerarse un fraude, pues la conducta desviada puede llegar a generar un riesgo jurídicamente desaprobado y puede caer bajo el ámbito del derecho penal. Para lo cual el perito determina el riesgo desaprobado sin que haya unanimidad sólo la mayoría de razón. Por ejemplo, el del boxeador con intención homicida, cuando éste golpea reglamentariamente, es un riesgo

permitido, este riesgo sustituye al deber objetivo de cuidado que abarca únicamente la culpa, en cambio aquél, supone el dolo como a la culpa.

a. Reglamentaciones escritas. En países donde la seguridad es prioridad, las asociaciones han generado experiencia para reconocer peligros inherentes y recomendar al Estado medidas mínimas para mantener los riesgos en rangos tolerables.

b. Reglamentación no escrita. En Alemania hay conductas que escapan de la reglamentación en Latinoamérica, hay conductas frecuentes que no están reglamentadas, ejemplo, el caso de un choque de vehículos operados por una visitante alemana y unos residentes colombianos, en Bogota Colombia en 2005, ahora, con la condición de que en dicho país no se exige el cinturón de seguridad, aunque debería ser reglamentado, sin embargo, la responsabilidad fue para quien provoco el accidente, sin observar las violaciones a todo el ordenamiento escrito y no escrito.

De tales criterios se desprende la necesidad de los lineamientos generales (principios) como el empleo del derecho penal en cada caso (caso concreto). La tarea del perito consiste en determinar el riesgo jurídicamente desaprobado en base al requerimiento social, porque es la sociedad la que da la respuesta en general y en específico, si la sociedad no considerara necesario el cinturón de seguridad, los fabricantes simplemente no lo fabricarían, ni el gobierno o las autoridades alentarían o exigirían su uso, de esta forma se da la creación de un riesgo desaprobado generalmente.

La otra vertiente que se desprende de las normas no penales es el análisis de la situación concreta. En la teoría del delito, para hacer un juicio de valor, es necesario una reglamentación no sólo escrita, en razón de que no se puede seguir una visión iuspositivista completa, donde la ley está por encima de la moral,

ejemplo, una forma de vestir es correcta o incorrecta de acuerdo a lo que una sociedad establezca, en un momento y lugar determinado, lo mismo ocurre para la desaprobación jurídica de un riesgo que depende de las reglas de conducta socialmente admitidas.

Pese a esta exposición surge una cuestión más: ¿pueden las leyes escritas y no escritas estar en un error? o ¿puede la convencionalidad imperar, pese a carecer de sentido y contenido? Por ejemplo, en las normas de etiqueta, existe consenso en relación con lo que está bien o mal, aunque no haya una ley o reglamento y puede acontecer que mientras en una comunidad socialista, se establezca una conducta generadora de riesgos permitidos, en una comunidad capitalista serán riesgos desaprobados, o viceversa.

A estas preguntas les siguen, en mi comprensión, más interrogantes: ¿Quién y porque perdió la guerra fría? ¿Serán los mismos riesgos permitidos o desaprobados los que hay en Alemania y España o entre México y Colombia?

Cuestionamientos harto difícil de responder, pues hasta en una misma sociedad o país puede cambiar la forma de considerar un riesgo como permitido o desaprobado, no sólo por razón del tiempo y lugar, sino por las demás circunstancias sociales, ejemplo, el muro de Berlín antes de su caída se premiaba a quien no dejara cruzarlo, después se castigó al que con violencia no permitía el paso. En consecuencia, el incumplimiento de las reglas generales de comportamiento (escritas y no escritas) es el riesgo jurídicamente desaprobado.

Ahora bien, si el riesgo desaprobado es el primer elemento de la imputación objetiva y si la sociedad determina lo que es desaprobado de acuerdo a la moral o a los usos y costumbres, por lo tanto, en el caso de que no haya certeza sobre la pertinencia de una actividad riesgosa, se procederá conforme al principio procesal del *indubio pro reo*.

Por tal motivo, al establecer algunas características del riesgo permitido, por ejemplo, es un elemento y no un criterio de la imputación objetiva, en donde la relación entre deber objetivo de cuidado y riesgo permitido para unos autores son iguales, otros piensan que se complementan y otros que nada tienen que ver.

Otra característica es que el riesgo permitido no es un principio, sino un requisito previo para el delito doloso y culposo igual que el deber objetivo de cuidado y por último, hay que tener presente que el riesgo permitido es justificante, mientras que en la adecuación social, es distinto el tratamiento, en éste, es excluyente.

### **3.2. El sistema teleológico racional de Roxin:**

Cabe advertir que no existe todavía unidad sobre los rubros bajo los cuales se pueden identificar los principios o reglas de la teoría de la imputación objetiva. Por ello, siguiendo a Díaz Aranda, sólo atenderé a los rubros que Roxin<sup>137</sup> ha establecido y dentro de cada uno de ellos me referiré a la distinta denominación que se les ha dado por otros dogmáticos.

#### **3.2.1. La creación de un riesgo jurídicamente no permitido, desaprobado o prohibido.**

Ya se habló en líneas anteriores de la fórmula de la teoría de la imputación objetiva, figura que condensa los elementos esenciales de la teoría creada por Roxin y Jakobs, en sentido positivo, como primer elemento, hay que hablar de la creación de un riesgo desaprobado, característica ya tratada también en el tema anterior, sin embargo, conviene ahora hacer hincapié en el aspecto negativo de este elemento que excluye la imputación.

---

<sup>137</sup> Díaz Aranda, Enrique, *El Dolo*, Editorial Porrúa, México, pág. 83.



a) La exclusión de la imputación cuando hay disminución del riesgo.

Cuando se da este criterio negativo en el aspecto cuantitativo del riesgo, estamos en presencia de la disminución del riesgo, en el muy recurrido ejemplo del que desvía el golpe dirigido a la cabeza de la víctima, con el peligro para su vida, y logra que dicho golpe dé en el hombro de aquella. Aunque el ejemplo en cuestión se puede resolver con ayuda del estado de necesidad, esto, si se piensa en dos bienes distintos, el de la vida y el de la salud como integridad física y la ponderación entre ellos, pero si se piensa en este último como una causa que disminuye la muerte de una persona, entonces, la salud, en relación a la muerte, es la fusión de dos bienes jurídicos, si entendemos a la muerte como la carencia de la salud.

De lo anterior, se observa que se produce desde el principio una falta de creación del riesgo y con ello de imputabilidad cuando el autor modifica un curso causal de tal manera que disminuye un riesgo ya existente para la víctima, es decir, cuando mejora la situación del objeto de la acción, cambiando con su accionar el resultado por una de menores consecuencias para el agente. Así también se ha dispuesto rápidamente la exclusión de la imputación en los casos de disminución del riesgo, ya que ni el sentido ni el fin de las normas penales pueden estar dirigidos a que se prohíban acciones que reduzcan el riesgo de producción del resultado. Aquí el autor realiza acciones típicamente delictivas que tienen que imputárseles como la realización del tipo; pero él puede justificarse mediante un consentimiento presunto o mediante el estado de necesidad justificante.

De tal suerte que las conductas valoradas en el momento de su realización y no cuando el resultado se ha producido, no representan ningún peligro relevante para un bien jurídico, ya que como se sabe para la causalidad, en los delitos de comisión, los cursos causales hipotéticos son irrelevantes; es el ejemplo de una persona X que aconseja a otra Y que de un paseo en plena tormenta con la

esperanza de que un rayo lo alcance y mate, si se da este hecho, no se puede atribuir a X el resultado, ya que en el momento en que da el golpe, no ha creado un peligro relevante para la muerte de Y (caso del sobrino del tío rico).

Otro criterio excluyente de la imputación es la ausencia de un determinado grado de riesgo, se habla del riesgo insignificante producido ex-ante, el criterio es el mismo que el de la teoría de la adecuación por ejemplo: desde una posición ex-ante, una persona prudente con los conocimientos que habría tenido, si hubiera vivido lo que vivió el autor (no sus errores vencibles), al momento de crear el peligro. Por lo tanto, el grado de peligro traza la frontera de la imputación objetiva de la intención del sujeto y la estadística basada en la probabilidad.

Lo mismo ocurre cuando un peligro ya existente es incrementado de manera no medible; es el ejemplo de la persona que hecha una jarra de agua en las aguas marinas que están a punto de romper un dique de contención, debe ser resuelto en el siguiente sentido: si bien puede afirmarse la causalidad debido a la modificación del resultado, en todo caso, esta conducta no puede ser imputada como la realización de una inundación, pues los peligros que esta disposición penal quiere prevenir no son incrementados agregando una mínima cantidad de agua. Por lo que es considerado este criterio como excluyente de la imputación y por ende, de la responsabilidad penal, tal como lo señala Díaz Aranda.

*“La teoría de la imputación objetiva del resultado evita llegar hasta el análisis de la antijuridicidad para excluir la responsabilidad penal de una conducta que, desde una interpretación del tipo como captador de conductas disvaliosas debe quedar excluida del ámbito de prohibición penal.”<sup>138</sup>*

b) La exclusión de la imputación si falta la creación del peligro

En este caso se presentan dos aspectos en consideración:

---

<sup>138</sup> *Ídem.*

a') Creación de peligros de cursos causales hipotéticos.

Surge el problema sobre en qué medida deben considerarse cursos causales hipotéticos, en el juicio sobre la creación o la elevación de un riesgo; para la causalidad, mientras en los delitos de comisión, los cursos causales hipotéticos son irrelevantes. En este campo hay todavía mucho por aclarar. Sin embargo, hay consenso en cuanto al caso más importante: la imputación de una realización típica antijurídica no puede ser descartada cuando estaba disponible un reemplazante que hubiera asumido el hecho en caso de que el actor se hubiera retirado. Por ejemplo, en el caso que durante una guerra se fusila de manera antijurídica a alguien, el autor no puede liberarse y defenderse, recurriendo como criterios de imputación, diciendo que en caso de negativa otro hubiera realizado el fusilamiento.

Esto resulta de la idea teleologicamente obligatoria de que el ordenamiento jurídico no puede retirar sus prohibiciones por el hecho de que otro estaba dispuesto a infringirlas, de lo contrario se produciría la impunidad sólo porque en lugar de una sola persona que decidiese cometer el hecho, había varias.

En el mismo orden de ideas, hay que hacer presente que lo señalado también vale cuando el autor reemplazante habría actuado de conformidad con el derecho; por ejemplo, siempre será punible por delito de daños, aquel que tala un árbol, aún cuando su mismo propietario lo hubiese querido talar. Igualmente debe ser condenado por delito de homicidio en el caso típico de aquel particular que (en casos de que exista la pena de muerte), ocupa el lugar del Juez y pone en funcionamiento la silla eléctrica. Al respecto Díaz Aranda agrega: "Es más, dichas conductas se pueden considerar como normales en la vida y jurídico penalmente irrelevantes."<sup>139</sup>

---

<sup>139</sup> *Ibidem*, pág. 90.

Algunos autores aceptan la exclusión de la imputación en los casos de cursos causales hipotéticos, cuando se trata de bienes jurídicos con contenido patrimonial; así por ejemplo, si alguien da muerte a un animal envenenado, que de todas maneras fallecerá posteriormente, no le es imputable este hecho como daño en bien ajeno; también a alguien que destruye un bien que necesariamente será alcanzado por el fuego.

En concreto y acorde a lo comentado, Roxin señala:

*“La imputación de una realización antijurídica del tipo no puede excluirse por que estuviera dispuesto un autor sustitutivo, que en caso de fallar el agente hubiera asumido el hecho (principio de asunción)”<sup>140</sup>*

b') La exclusión de la imputación en supuestos de riesgo permitido.

Ya hemos hablado de este importante tema, baste decir que aún cuando el autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante, todavía se excluye la imputación cuando se trate de un riesgo permitido. Aquí debe entenderse bajo riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que generalmente es permitida, y por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye la imputación al tipo objetivo. Un ejemplo del riesgo permitido, es el caso del conductor que toma todas las medidas de seguridad, respetando las reglas de tráfico. No puede negarse que el tráfico vehicular constituye un riesgo relevante para la vida, la salud y los bienes; no obstante el legislador permite el tráfico vehicular en el marco de determinadas reglas de cuidado, porque esto es exigido por intereses superiores del bienestar común.

En este sentido comenta Roxin:

---

<sup>140</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal, parte general, Traducción Luzón Peña, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, pág. 368.*

“Una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) esta permitida, y, por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo.”<sup>141</sup>

Puesto que la observancia del riesgo permitido impide una imputación al tipo objetivo, la causación de una lesión del bien jurídico, producida pese a respetarse todas las reglas de tráfico, no constituye una acción típica. En el campo del riesgo permitido, cae todo tipo de tráfico público, es decir, tráfico aéreo, ferroviario y acuático, la actividad de instalaciones industriales, etc.

*Al respecto continúa exponiendo Roxin:*

*“Existen conductas que desde una perspectiva ex ante elevan el riesgo de lesión de bien jurídicos y, sin embargo, dichas conductas son permitidas en general. Tal es el caso de la conducción de vehículos.”*<sup>142</sup>

### **3.2.2. La realización o concreción del riesgo no permitido.**

Del otro lado de la moneda, resulta en contrario, que los desvíos causales son irrelevantes, el resultado debe ser imputado cuando la acción de tentativa ha elevado de manera jurídicamente relevante el peligro del curso causal subsiguiente; lo que hace que el resultado sea la consecuencia de una adecuada realización del peligro creado por la tentativa; así ocurre, en el caso de un sujeto que arroja a otro a un río desde un puente con el fin de que se ahogue, ya que no sabe nadar, sin embargo, el sujeto no muere ahogado, sino como consecuencia del golpe que se da en la cabeza al caer sobre unas rocas. En este ejemplo, el peligro estaba unido desde un comienzo con la caída desde el puente, el resultado

---

<sup>141</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal, parte general, op. cit.*, pág. 371.

<sup>142</sup> Roxin, Claus, *“Finalidad e Imputación Objetiva”*. Cuadernos de política criminal, traducción Augusto Asís, Munich 1989. pág. 139-141.

no es entonces causal, y por ello, pese al desvío causal y la intención, debe imputarse el resultado al autor como acción consumada de homicidio; lo mismo sucede en el caso de la persona que quiere matar a otro con un hacha, no muriendo la víctima como consecuencia directa de los hachazos, sino por la infección en las heridas causadas por estos. Debe entenderse que cuando el resultado es consecuencia directa de la acción desplazada no se puede hablar de una exclusión de la imputación.

a) La exclusión de la imputación por falta de realización del peligro.

Para el maestro Díaz Aranda existe la exclusión cuando:

*“Existen supuestos en los cuales se ha realizado una conducta peligrosa para el bien jurídico tutelado, pero la lesión de dicho bien se debe a otro curso causal imprevisible aunque relacionado con el riesgo original. Ejemplo: el del lesionado que muere en el hospital a causa de otro evento.”<sup>143</sup>*

La imputación al tipo objetivo presupone que en el resultado se haya realizado precisamente el riesgo no permitido creado por el autor. Por eso se descarta primeramente una imputación cuando, si bien el autor había creado un peligro para el bien jurídico tutelado, el resultado no se produce como efecto de este peligro, sino sólo relacionándose causalmente con él. Dentro de este esquema se ubican principalmente los delitos dolosos que quedan primero en la tentativa, pero después, a consecuencia de un curso causal impredecible, llega todavía a causar el resultado; por ejemplo, el caso de la víctima de una tentativa de homicidio, que muere no como consecuencia del atentado, sino del incendio del hospital al que es llevado para ser atendido.

---

<sup>143</sup> Díaz Aranda, Enrique, *El Dolo*, op. cit., pág. 95.

b) La exclusión de la imputación si falta la realización del riesgo no permitido.

En los casos de riesgo permitido, la imputación al tipo objetivo presupone sobrepasar la frontera de la trasgresión, y con ello la creación de un peligro desaprobado. Pero no basta con dicha trasgresión, porque para poder imputar el resultado, es necesario que la creación del riesgo permitido haya influenciado en la forma concreta del resultado. Se pueden presentar tres casos:

El caso más sencillo es el de que la trasgresión del riesgo permitido no incide absolutamente en el resultado en su forma concreta; en el caso del director de una fábrica de pinceles que proporciona a sus trabajadores pelos de cabra china para su elaboración, sin haber cumplido con desinfectarlos, tal como prevé el reglamento, y como consecuencia del contacto con dichos pelos de cabra, mueren cuatro trabajadores que se infectan con el bacilo del carbunco y mueren. Una investigación posterior determina que el desinfectante preceptuado hubiera sido ineficiente contra el bacilo desconocido en Europa. Evaluando los hechos en el ejemplo anterior, el autor, al pasar por alto la desinfección, ha creado un peligro grave; sin embargo, a pesar de haber cumplido con su deber el resultado se hubiera dado de igual manera. Cuando el curso de los hechos corresponde plenamente a aquél que hubiera ocurrido respetado el riesgo permitido, la imputación del resultado tampoco debe ser tratada de diferente manera.

Otro caso es cuando si bien la lesión del deber que infringe el riesgo permitido es causal para el resultado, el riesgo de la producción del resultado o ha sido elevado por la infracción; verbigracia, el autor sobrepasa por un momento la velocidad máxima permitida, regresando después a la velocidad preceptuada; pero entonces arrolla a un niño que en ese momento cruzaba la calle, siendo objetivamente inevitable el accidente para el conductor. En este caso el accidente no solamente es causado por el conducir (hecho permitido) del autor, sino debido también a la infracción de la velocidad máxima permitida, pues, si ésta no se

hubiera dado, el autor todavía no hubiera llegado al lugar en que el niño cruzó la calle. Pese a todo aquí tampoco se ha realizado el peligro específico que es eminente al hecho de sobrepasar la velocidad. Por ello, la asunción del riesgo prohibido sólo ha llevado casualmente al accidente, de manera que se descarta una imputación del resultado.

Un último caso, cuando en ocasiones, la infracción del riesgo permitido no es totalmente irrelevante para el resultado concreto, sin embargo, el desarrollo de los hechos había sido tan atípico que ese resultado no puede ser considerado como la realización del riesgo no permitido. Es el caso de cuando alguien muere de un ataque al corazón porque otro lo ha adelantado indebidamente. Es cierto que en un conducir indebido puede haber un mínimo aumento de peligro de que alguien sufra un ataque al corazón debido al susto, pero la elevación es demasiado pequeña como para hacer imputable el resultado, la finalidad de las normas de tráfico no es la de impedir afecciones anímicas, sino afecciones corporales inmediatas. Al respecto, recordemos el caso de Mariana Levy que fue asaltada afuera de un centro comercial y sufrió un paro cardíaco por el susto, en el caso de que hubiera la detención de un sujeto activo, éste no hubiese respondido por la muerte y solamente por el robo con violencia. En este sentido Díaz Aranda es certero al comentar: *“Si por el contrario éste no observa dichos deberes y, por tanto, eleva el riesgo, pero si el resultado de todas formas se habría producido aunque el autor hubiese observado dicho deber, entonces ese resultado no se puede imputar a su conducta”*<sup>144</sup>

### **3.2.3. La exclusión de la imputación en resultados no cubiertos por el fin de la norma de cuidado.**

*Díaz Aranda comenta al respecto:*

---

<sup>144</sup> *Ibidem*, pág. 97.



*“Cuando el autor eleva el riesgo al desobedecer el deber impuesto produciendo un resultado cuya evitación no estaba dentro del fin de protección de la norma, entonces se puede negar la imputación de la conducta al tipo.”<sup>145</sup>*

Efectivamente, en los casos en los cuales la infracción del riesgo permitido, desde el principio ha elevado considerablemente el peligro de un curso de los hechos, tal como después se ha producido, pero pese a ello no debe darse una imputación del resultado, ya que su finalidad estriba en prevenir resultados concretos; en consecuencia, si el daño producido no es de aquellos que la norma de cuidado trataba de evitar, no le es atribuible al sujeto. Roxin reconoce que todos los problemas de imputación en la esfera del tipo penal se pueden reducir al fin de protección de la norma. No obstante, deja este grupo de casos como último criterio de limitación del tipo. En efecto, se parte del punto de vista que ha existido un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción del resultado. No obstante, el resultado no puede ser imputado, porque las acciones realizadas no llegan a quedar cubiertas por el alcance de prohibición.

Ejemplo: dos ciclistas marchan, uno detrás de otro, sin luz en la oscuridad. Un tercer ciclista, que transita en dirección contraria, colisiona con el primero de aquéllos, y le produce una lesión a la integridad personal. En el caso planteado, puede sostenerse que el ciclista que transita detrás del primero ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, porque se desplazaba quebrantando las normas de circulación al no tener luces en su bicicleta. También puede aceptarse que el riesgo creado por él ha contribuido la realización del resultado, pues si hubiere observado cuidado debido (portar luces), no se habría producido accidente. No obstante, a pesar de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, que se concretó en la producción del resultado, éste no puede imputársele, porque no encuentra dentro del fin de protección de la norma.

---

<sup>145</sup> Roxin, Claus, *Derecho Penal, parte general, op. cit.*, pág. 377-379.

Como situaciones ubicables dentro del alcance del tipo, tenemos las siguientes:

A) El alcance del tipo.

*A este respecto Cancio Meliá ilustra:*

*“Alcance del tipo real objetivo, en una relación fáctica de causalidad pero normativamente determinada, si hay un homicidio, además se debe tomar en consideración que se entiende por homicidio y cuál es su significado normativo expreso o implícito en la norma, por lo tanto, la imputación objetiva es un proceso de interpretación normativa de los tipos penales conectando el texto de la ley y la realidad social, ya que la imputación objetiva puede mostrar un divorcio entre la norma y la realidad social.”<sup>146</sup>*

B) Autopuesta en peligro de la víctima.

En cuanto a la participación en una autopuesta en peligro, se considera la cooperación en una auto puesta en peligro dolosa. A estos supuestos en los cuales la propia víctima se pone en peligro concurriendo la cooperación o participación de terceros, se les ha denominado también como supuestos de autolesión y, recientemente Manuel Cancio Meliá, “bajo el rubro de imputación a la víctima.”<sup>147</sup>

Alguien puede inducir a otro a realizar y/o participar en acciones que exceden la medida normal de peligrosidad; por ejemplo, "A" aconseja a "B" atravesar un lago cubierto por una capa de hielo frágil. Cuando el irreflexivo "B", quien conoce el peligro encuentra allí la muerte, surge al punto la pregunta de si "A" debe ser considerado responsable de ese homicidio doloso o culposo. Conforme al derecho alemán debe negarse la responsabilidad, pues, en principio,

---

<sup>146</sup> Díaz Aranda, Enrique y Cancio Meliá, Manuel, *op cit.*, pág. 40.

<sup>147</sup> Cancio Meliá, Manuel, *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal op. cit.*, pág. 423.

la participación en un suicidio o en una autolesión dolosa no es punible. Por lo tanto, la participación dolosa en una autopuesta en peligro dolosa tampoco puede ser castigada.

Dentro de esta problemática se incluye el caso presentado en Alemania en 1981, en el cual "A" le dió a "B" heroína para su propio consumo, sabiendo ambos de la peligrosidad de esa sustancia; "B" se inyecta la droga y muere por causa de sus letales efectos. Según la perspectiva de Roxin, es evidente que A creó un peligro no tolerado socialmente, el cual se concretó en un resultado mortal. La jurisprudencia alemana había sancionado en estos casos por homicidio culposo, sin tener en consideración la autopuesta en peligro. Debido a la crítica de la doctrina, en 1982 el Tribunal Supremo Alemán modificó su criterio, y rechazó la imputación al tipo de homicidio, argumentando de la siguiente manera: "Si por decisión propia, se quiere y se hace realidad el que el mismo autor se ponga en peligro, no se considera como tipificado ni el delito de lesiones personales ni el de homicidio, cuando se realiza el riesgo que conscientemente fue enfrentado y que acompaña a la postura de peligro" además "Quien únicamente causa, facilita o favorece una autopuesta en peligro, no se hace responsable ni de un delito de lesiones personales ni de un homicidio"

A partir de esta decisión, la nueva jurisprudencia no imputa la participación en una autopuesta en peligro responsable, si el propio actuante, lo mismo que quien presta la colaboración, hacen caso omiso del riesgo, en la misma medida.

También el consentimiento en una autopuesta en peligro. En este grupo se trata de circunstancias en las que alguien no se arriesga por sí mismo, sino que se hace poner en peligro por otra persona, teniendo conciencia del riesgo existente.

Ejemplo: en el norte de Alemania dos personas querían ser transportados durante una tormenta al otro lado del río Memel. El conductor de la barca trató de disuadirlos y les señaló los peligros que implicaba la travesía en tales condiciones.

Los pasajeros insisten y el transportador afronta el riesgo; finalmente la nave se hunde y los pasajeros se ahogan.

También incluye Roxin en esta constelación, el caso actual de quien tiene relaciones sexuales con otro, con riesgo de contagio del sida. La transmisión del virus no podrá ser sancionada cuando ambas partes conocen el peligro y se responsabilizan conjuntamente de su actuación. Por el contrario, se le deben imputar los resultados al enfermo del sida cuando oculta su enfermedad y mantiene relaciones sexuales sin protección.

Por lo que respecta al traslado del riesgo a un ámbito de responsabilidad ajeno. En estos supuestos, alguien crea un riesgo jurídicamente desaprobado y este riesgo se concreta en la producción de un resultado. No obstante, cuando el riesgo se realiza, el deber de seguridad que tenía la persona que ha originado el peligro, se ha trasladado a un ámbito de responsabilidad ajeno. Un caso fallado por la jurisprudencia alemana nos aclara esta figura: "A" conduce un camión en la oscuridad, cuya parte posterior no dispone de luces. Una patrulla de la policía lo detiene y lo amonesta, imponiéndole también una multa. Para darles seguridad a otros vehículos que transcurren por allí, uno de los agentes coloca una linterna de luz roja en la calzada. La policía le indica a "A" que se dirija a la estación de servicio más cercana, al tiempo que lo quiere seguir para asegurar la parte posterior no alumbrada. Pero antes de la partida, uno de los policías retira la linterna del piso. En ese momento, otro camión se estrella contra la parte posterior del carro sin luces. El Tribunal Supremo Alemán condenó por homicidio culposo al conductor que transitaba sin luces en la parte posterior.

Respecto de esta puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, al respecto Cancio Meliá señala acertadamente que:

*"Diferentes son los supuestos denominados de heterolesión, en los cuales la víctima también participa, pero su lesión si le es atribuible al sujeto activo. En el mismo sentido no se puede afirmar que el copiloto haya dado su consentimiento para morir. De lo anterior se*

*deduce que se le podría imputar al conductor la muerte del copiloto. El copiloto no ha realizado una conducta para morir, aunque si se ha sometido a una situación demasiado arriesgada.*"<sup>148</sup>

Este caso debe resolverse con el criterio mencionado. En efecto, a pesar de la causalidad, de la infracción al deber de cuidado (transitar sin luces) y de la concreción del riesgo no permitido, al conductor no se le puede imputar el resultado, pues en el momento en que el riesgo se realiza, éste era administrado por otro, había entrado en su ámbito de responsabilidad, y al policía le era perfectamente evitable la producción del resultado.

#### C) Daños causados por shock.

Se consideran a los daños causados por un shock como perjuicios o menoscabos físicos que un tercero padece cuando tiene noticia de la muerte o lesión grave de una persona cercana a sus sentimientos. La pregunta es: ¿Se pueden imputar los daños al primer causante? La respuesta ha de ser negativa, pues, como ya se ha dicho, el fin de protección penal del homicidio o de la prohibición de las lesiones, no está en preservar a otro de efectos corporales que se producen como consecuencia de un primer accidente, en caso contrario se estaría regresando a la imposición de la figura del *versari in re ilícita*.

En concreto los daños causados por shock el riesgo de la producción del resultado también se hubiera producido con el comportamiento conforme al cuidado, es igual que establecer que los delitos de lesión, sean convertidos en delitos de peligro.

#### D) Daños posteriores sobrevinientes.

---

<sup>148</sup> *ibidem*, págs. 108- 111.

En esta situación se produce en la misma persona un segundo daño posterior, ocasionado por un primer accidente. Ejemplo: dos vehículos colisionan, y uno de los conductores resulta lesionado; como consecuencia, se le amputa una pierna. Años más tarde, al andar con sus muletas, cae y se produce su muerte. ¿Le es imputable este resultado al primer causante? No le es atribuible, porque no está dentro del fin de protección de la norma evitar daños posteriores que surjan después del restablecimiento, como consecuencia de la reducción de fuerzas que genera normalmente un accidente. De modo contrario, se regresa a la figura del *versari in re ilícita*.

Otra cosa bien diferente ocurre, desde luego cuando, sin solución de continuidad, la persona fallece después de una larga enfermedad causada por la lesión.

E) Conducta alternativa ajustada al derecho y teoría de la elevación del riesgo.

Se refiere a la cuestión de si debe imputarse un resultado cuando no hubiera sido impedido con seguridad mediante una conducta alternativa conforme con la ley, sino sólo lo hubiera sido de manera probable o posible. Por ejemplo: El conductor de un camión quiere adelantar a un ciclista y lo hace sin respetar la separación preceptuada, pues conduce a sólo 75 cm. del ciclista. Durante la maniobra de adelantamiento del ciclista, quien se encontraba muy ebrio, cae sobre las ruedas traseras del remolque del camión, porque, debido a una reacción tardía motivada por el alcohol no mueve su bicicleta a tiempo. Se comprueba después que el accidente probablemente (variante: posiblemente) también hubiera ocurrido si se hubiera respetado la separación mandada por el ordenamiento del tráfico vehicular.

Respecto a la conducta alternativa conforme a derecho y teoría del incremento del riesgo, Díaz Aranda afirma:

*“Se encuadran los supuestos en los cuales el autor desobedece un deber de cuidado, eleva el riesgo y lesiona un bien jurídico tutelado, resultando que de haber realizado la conducta debida probablemente o posiblemente habría evitado el resultado”<sup>149</sup>*

La cuestión en este ejemplo es si se debe excluir una imputación cuando la conducta legal alternativa hubiera llevado con seguridad al mismo resultado, está ampliamente aclarada, pues, en ese caso, la infracción del riesgo permitido no se ha realizado en el curso real de los acontecimientos. En el caso del ejemplo, por el contrario, según la concepción aquí representada, debe darse la imputación, ya que, si bien el conducir correcto no hubiera salvado con seguridad la vida del ciclista, posiblemente si lo hubiera hecho. Entonces la infracción del riesgo permitido ha elevado la oportunidad de un accidente mortal de manera jurídicamente relevante al no observar la separación mínima.

Por último, al respecto Frisch comenta:

*“En el terreno menos pantanoso de la realización del riesgo se excluye cuando es un riesgo tolerado como un riesgo general de la vida es un riesgo que se haya más allá del fin de protección de la norma, el caso oscuro de no imputar en el caso de aún actuando correctamente el resultado de todas maneras se hubiera producido, el problema se da cuando pudiendo ejercitarse o no mediante una conducta conforme a derecho, es claro, que aumento el riesgo y se creó el riesgo, lo difícil es probar hipotéticamente si actuó o no correctamente.”<sup>150</sup>*

### **3.3. El sistema funcionalista sistémico de Günther Jakobs.**

Para la determinación de la imputación objetiva Jakobs acude principalmente a cuatro instituciones: el riesgo permitido, el principio de confianza,

---

<sup>149</sup> *Díaz Aranda, Enrique, El Dolo, op. cit., pág. 99.*

<sup>150</sup> *Frisch, Wolfgang, op. cit., pág. 31.*

la prohibición de regreso y la actuación a propio riesgo, basando estas instituciones en la prevención general positiva.

### **3.3.1. Prevención general positiva estabilización de expectativas en la norma.**

Recordemos que para el ilustre Emanuel Kant, la pena era una imputación moral, pero ya no retribución, y después con el funcionalismo hubo la necesidad de mirar más el efecto y la consecuencia en función de la reparación del daño (fin de la pena) en vez de castigar la moral del delincuente.

Retomando ideas dentro de esta investigación comencemos por considerar a la teoría de los sistemas elaborada por Niklass Lummann como aquella que ha servido para englobar, en la prevención general positiva, el sustento de la teoría de la imputación objetiva creada por Roxin y Jakobs. Tales autores consideraron y fundamentaron, que en vez de protección de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal y la resocialización como fin de aquél (base de teorías dogmáticas del delito anteriores), la prevención general positiva busca una estabilización de expectativas en la norma, en este punto convendrá hacer las siguientes interrogantes. ¿Será el castigo el único medio para conseguirlo? y ¿será que la mayoría de integrantes de un grupo nunca debe ser defraudada?

Las respuestas a las anteriores interrogantes deberán ser tratadas en otras investigaciones, por ahora debemos centrarnos en la comunicación. Al respecto, cuando un niño marginado delinque en el seno social, es evidente que esto rompe la comunicación constructiva en la sociedad, inclusive antes de delinquir, por lo tanto se dice que hay también una responsabilidad de la sociedad afectada. Por ende, si hay solidaridad para pedir el debido cumplimiento del ordenamiento, también debe haberla para responsabilizarse de las condiciones que producen la transgresión de las normas, o dicho de otro modo, la responsabilidad compartida de la sociedad por no haber tomado injerencia debida en la prevención del delito.



En este orden de ideas, existen dudas en si es correcto que siempre deba haber un responsable, aunque dicha responsabilidad no provenga de un delito doloso y sólo sea por solidaridad social. Los detractores de la imputación objetiva consideran esto una paradoja. En efecto, quienes se oponen a esta teoría consideran que el riesgo se establece por la seguridad y no por la solidaridad, pues si antes de esta teoría la prevención general y especial se lograba con la pena, ahora lo hacen con el tipo relevante que se le imputa un sujeto activo por elevar el riesgo.

Ahora bien, Jakobs señala que el fundamento de la pena es la Prevención General Positiva: si la pena es una muestra de vigencia de la norma, y se constata un responsable de su transgresión. De ahí surge un mal, pero con tal efecto, la pena no ha cumplido ya su cometido, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada. Esta infracción de la norma o la desobediencia a la norma, pone de manifiesto expresivamente que para el autor tal norma no rige; paralelamente, la imposición de la pena tiene el significado de expresar que tal idea del infractor no es correcta, que la norma rige, que está vigente. De manera que con la pena lo que se expresa es la vigencia de la norma, por lo que con ellas se mantienen estabilizadas las expectativas de la sociedad. Por ello, la misión de la pena, no es evitar lesiones de bienes jurídicos, sino que su misión es, como señala Jakobs, reafirmar la vigencia de la norma, en pocas palabras, la norma es el modelo del contacto social y la desobediencia de ésta significa que eso no es el modelo.

En tal virtud, la imputación objetiva puede ser tratada magnánimamente cuando el fin de la pena así lo disponga. En la pena muy poco importa el significado sino la función. Así, señala Jakobs: "la misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación en los contactos sociales"<sup>151</sup>.

---

<sup>151</sup> Jakobs, Günther, *op. cit.*, pág. 15.

Cobra sentido el párrafo inicial que establece que al derecho penal funcional, le interesa el hombre y la sociedad más que al hombre y su relación con el mundo. Por ende, si el causalismo vió el precepto natural girando alrededor del mundo normativo, el funcionalismo vió a la inversa.

*Y agrega Jakobs:*

*“La prevención general negativa es intimidación, el Estado interviene sensualmente a una sensualidad o un mal mayor en caso de delinquir... Prevenir que sensualmente el delito atraiga más, por lo provechoso que significa.”<sup>152</sup>*

En el mismo orden de ideas, la castración al violador, significa inocuación e intimidación, luego entonces, el derecho penal juvenil es un déficit educativo, lo especial se suma al modelo de la prevención general positiva, en pocas palabras, ni intimidación, ni solidaridad con la norma, la prevención especial, es peligrosidad.

Por otro lado, La imputación civil dista a la penal, ya que en la primera es una distribución de daños producidos, en el penal es una función de la prevención de daños, la imputación penal sólo tienen sentido cuando puede ser incorporada a un mecanismo de efectos de prevención general. Por lo tanto, sin la prevención general, la imputación no tendría sentido, ya que tan es reprochable que un sujeto activo haya infringido desde la perspectiva previa al hecho, como posterior al hecho, esto es, el desvalor de conducta y resultado. Al respecto el Penalista mexicano Díaz Aranda establece:

*“Por ello se puede sostener que el tipo penal no está dirigido a simples procesos causales naturales sino a un individuo que lo asimila a través de su raciocinio, proceso cuya finalidad político-criminal es la de evitar los riesgos socio-políticamente intolerables para el particular*

---

<sup>152</sup> *Ibidem*, pág. 27-31.

*y la sociedad. El tipo así concebido obedece a los lineamientos generales de un derecho penal preventivo general.*"<sup>153</sup>

### **3.3.2. Acerca del sentido y sin sentido del principio de confianza.**

La ubicación de este principio es discutida algunos lo sitúan en el segundo nivel, con el riesgo permitido, otros preferirán hacerlo extensivo a toda la imputación objetiva. Únicamente podemos dejar una frase de Lumman que respecto a la confianza concluye:

*“La confianza no es la única razón del mundo, pero una concepción muy compleja y estructurada del mundo no podrá establecerse sin una sociedad definitivamente compleja, que a la vez no podrá establecerse sin confianza.”*<sup>154</sup>

El principio de confianza, que de acuerdo con la norma se puede y debe de confiar que todos los participantes de la misma norma, también lo hagan, a no ser que, de manera fundada, se suponga lo contrario. Precisamente este principio radica en que tiene y que deba esperarse de los demás, el profesor Jakobs señala que debe esperarse un comportamiento conforme a derecho, ya que al sujeto que actúa correctamente no se le podrá imputar objetivamente. Verbigracia, quien lleve la preferencia de circular por una calle no tiene necesidad de disminuir la velocidad para evitar choques, sólo habrá culpa de quien no ha observado la norma, es necesario que esa violación de la disposición legal o reglamentaria haya influido en el accidente.

El médico debe de hacer lo posible por lograr el equilibrio físico de su paciente, así como el abogado debe defender con tenacidad las libertades de su cliente y el piloto debe cumplir con todos los reglamentos y medidas para llegar a

---

<sup>153</sup> *Díaz Aranda, Enrique, El Dolo, op. cit., pág. 39.*

<sup>154</sup> *Niklas Luhmann, Confianza, Editorial Antropos, Universidad Iberoamericana Barcelona, 1996-2005, pág 98.*

buen puerto su nave, por lo tanto, de cada uno de los roles sociales existen grandes expectativas que el grupo exige por medio de su sistema de justicia penal.

El principio de confianza también se extiende a los ámbitos que rige la división del trabajo, por ejemplo, en la actividad médica, laboral, artística, etc. De tal suerte que lo que se debe esperar de una instrumentadora quirúrgica es esterilizar las herramientas.

Situación diferente sucede en Estados donde le principio de confianza es débil o nulo, el ambiente en el que se dan las relaciones sociales es de inseguridad, nadie quiere hacer tratos con personas que no están dispuestas a cumplir debidamente con la función que la sociedad le ha encomendado.

Espero quepa aquí un comentario personal, en cuanto a que la confianza, no se razona, se siente, cuando los mexicanos logremos ese nivel de confianza, no sólo en nuestra integridad de la que se debe de partir, sino sobre todo en nuestro actos, en específico aquellos actos que la sociedad considera valiosos, (cuando se hacen debidamente) este nivel de confianza sensible, es en el que se desarrollan muchos de los países llamados del “primer mundo”, cuando nuestro país alcance tal meta, es cuando empezara una nueva era en las relaciones sociales, precisamente en el comportamiento esperado de los que integramos nuestra sociedad.

Para concluir, cierto es que debido al Principio de confianza se logra una mejor tipificación de las normas de cuidado, pues cuando surgen los delitos de peligro se castiga sin necesidad de resultado.

### **3.3.3. La prohibición de regreso como limitación de la imputación.**

Ahora, se puede determinar que si el resultado se produce por la acción posterior dolosa de un tercero no se le podrá imputar a quien creó el riesgo inicial de su producción de un modo imprudente o culposo. Ejemplo: quien se encuentre en un hospital a causa de un disparo y llegue el enemigo y le dispare, o el de la suegra que ve su yerno en el hospital y no sabe lo que contiene el refresco que le quiere dar, por lo que se lo dió un enemigo de aquél para matarlo. Está prohibido imputarle el resultado al autor de riesgo inicial pues el regreso a las condiciones que de forma temporal precedieron a un delito doloso no está permitido. Éste sería un delimitador utilizado por Jakobs en su teoría de la imputación objetiva para así limitar la autoría, en suma aquí se ve claro que sólo responde por el hecho propio y no por el ajeno, coactuando con ello la figura arqueológica del *versari in re illicita*.

Tal como lo establece mi compañera Luoann Crisanto en su trabajo de tesis:

*“La teoría de la prohibición de regreso, en su formulación actual, trata de una serie de casos en los cuales alguien colabora dolosa o imprudentemente a la realización del tipo, pero no existe responsabilidad para este tercero, porque la contribución que ha prestado se encuentra dentro del riesgo permitido. En tal virtud, hay que reflexionar si será la causalidad o la imputación del resultado, el razonamiento adecuado para negar o sostener dicha prohibición de regreso. O en pocas palabras si esta figura, determina el límite de cuando puede hacerse responsable a un sujeto que con su conducta descuidada interviene causal o normativamente en la realización de un hecho del uso ajeno”.*<sup>155</sup>

Ahora bien, recordemos que la prohibición de regreso inicia por Frank y sigue sosteniéndose por Naucke y sus discípulos, la producción del resultado de un autor doloso es exclusiva. Ejemplo: el que mata dolosamente y muere en el hospital tiene el deber de cuidado específico para impedir la comisión de delitos dolosos.

---

<sup>155</sup> Crisanto Molina, Louann, *op. cit.*, pág. 49.

*Al respecto comenta también Cancio Meliá:*

*“Prohibición de regreso, para Jakobs dice que el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral, arbitrario, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado, no quebranta su rol, es inocuo como ciudadano, aunque el otro incordie dicho vínculo en una organización no permitida.”<sup>156</sup>*

Para Günther Jakobs, que es partidario de una prohibición de regreso, la cual se da en dos situaciones:

Así por ejemplo, la ejecución de amenaza, de la frase si tu te vas, yo me mato, no conduce a la responsabilidad de quien se va por participación en el homicidio; el irse no tiene un sentido delictivo.

Si él participe actúa conjuntamente con el autor, se excluye la responsabilidad en los casos en los cuales el contacto social se agota en sí mismo en la prestación o contraprestación de un objeto o una información y la realización de las metas perseguidas continúan según su propio objeto. Como toda prestación puede convertirse en una pieza funcional de un plan delictivo, no sería posible la interacción social, si en el intercambio estandarizado de bienes y servicios no aislamos las finalidades perseguidas en cada transacción.

En este sentido Kindhauser señala:

*“Si todos nos preguntáramos del fin que se le va a dar a producto imposibilitaríamos el contacto social y nos llevaría a una discriminación injustificada y anticipada. Situación diferente cuando alguien sabe que con su aportación se llevara a cabo un delito obteniendo un beneficio y actuando fuera de su rol, el aspecto subjetivo cobra relevancia otra vez.”<sup>157</sup>*

*También Feijó Sánchez agrega:*

---

<sup>156</sup> Díaz Aranda, Enrique y Cancio Meliá, Manuel, *op. cit.*, pág. 23.

<sup>157</sup> Kindhauser Urs, Miguel Polaino Orts, Fernando Corcino Barrueta, *op. cit.*, pág. 79.

*“Al igual que la prohibición de regreso la imputación objetiva señala los criterios normativos que se han de considerar para limitar acusaciones irrelevantes, injustificadas, ilegales cuyo fundamento no es la causalidad ni está más la finalidad, sino que lleve a imputar objetivamente una conducta. Limitar que la responsabilidad penal retrocediendo desde el autor hasta otras personas que han tenido alguna relación aún remota con el hecho típico.”<sup>158</sup>*

Así por ejemplo quien normalmente ejerce la actividad de conductor de taxi, o de cualquier vehículo de transporte público, no responde como cómplice del hecho punible que pueda realizar el pasajero al llegar a su destino, quien vende armas en un establecimiento legalmente autorizado, no responde como partícipe del delito cometido por el comprador del arma.

En los casos anteriores existe una prohibición de regreso, en el sentido de que si la conducta de un tercero es en si misma inocua o socialmente adecuada, no se le puede imputar la conducta de un autor que desvía esa contribución hacia fines delictivos.

Existe prohibición de regreso cuando alguien unilateralmente desvía hacia fines delictivos propios, una conducta que es en si misma inocua o socialmente adecuada, o que se ha realizado en virtud de autorizaciones provenientes del ordenamiento jurídico.

Cuando se trata de conductas estereotipadas o permitidas expresamente por el ordenamiento, también hay prohibición de regreso cuando quien crea la situación que favorece la conducta delictiva de otro, tenía derecho a esperar que no actuara dolosamente.

---

<sup>158</sup> Feijó Sánchez, Bernardo, *op. cit.*, pág. 22.

No hay prohibición de regreso si quien crea la situación peligrosa tiene una posición de garante en virtud de deberes preexistentes a la conducta que realiza y ha defraudado las expectativas que emergen en su ámbito de responsabilidad. Así, por ejemplo, quien arrienda una casa en las condiciones de riesgo debe responder penalmente, porque es garante en razón de tener bajo su custodia un objeto peligroso, o la mujer que entrega el veneno a su amante.

En cuanto a la prohibición de regreso. estas conductas insignificantes que, si bien llegan a significar un peligro, son consideradas socialmente adecuadas; ya que al derecho no le interesan los riesgos mínimos adecuados socialmente y vinculados a aquéllas, de tal manera que una causación del resultado derivada de estas conductas no es imputable desde el principio, puesto que la ejecución de una conducta socialmente normal y generalmente no peligrosa no es imputable desde el principio, por ejemplo: el caso del vendedor de licor que le vende cerveza a una persona que luego en estado de embriaguez atropella a otra; no se le puede atribuir ningún tipo de imputación al vendedor, ya que su conducta es socialmente adecuada, en todo caso sería posible encontrar responsabilidad, en el distribuidor de cerveza que le vendió al dueño del local, al fabricante y así sucesivamente, lo cual es desde todo punto de vista inaceptable e ilógico.

A tales consideraciones, Puppe comenta:

“Causal es también quien entrega al ladrón una copia de la llave, pues modifica la forma y el modo concretos de ejecución. Igual el sujeto que sirve de “campana” en el robo es una cooperación es un robo cometido el que realiza la apropiación y el que vigila, si es suficiente para la complicidad. Todo miembro de un grupo que está conforme con una decisión es también penalmente responsable por sus consecuencias.”<sup>159</sup>

Al mencionar otra relación entre cumplir el rol y prohibición de regreso, el caso del taxista o colaborador, le corresponde un rol que es conducir, o escribir o

---

<sup>159</sup> Puppe, Ingerborg, *op. cit.*, pág. 36-39.



traducir, o fabricar, lo que haga con el producto de esa función es asunto del sujeto activo.

Al respecto Kindhauser opina:

*“Por lo que la causalidad objetiva del versari in re ilícita, todo aquello que contribuye a un resultado sin tener en cuenta la intención o el que a sabiendas, en este caso, el taxista que sabía del robo, o el contador que sabía de la evasión fiscal, por lo tanto, se dice que el rol trae aparejado una garantía objetiva, porque tanto el taxista como el contador no obtienen un beneficio más allá del pago del transporte o su sueldo”.<sup>160</sup>*

### **3.3.4. Exclusión de la imputación por auto puesta en peligro.**

Se entiende por auto puesta en peligro, el reconocimiento político criminal y victimo-dogmático, de las reglas de cuidado que no persiguen el fin de impedir auto lesiones de la víctima.

Por lo que se refiere a competencia de la víctima, a partir de la década de los noventa, en Alemania y España, primero en la jurisprudencia y posteriormente en monografías, se destacaron varios criterios de solución respecto de cuestiones inherentes a la participación de la víctima en los casos en que ésta, interactúa o colabora de algún modo con el delincuente. Los primeros criterios, relacionados con la causalidad y la “conurrencia de culpas”, versaron sobre la imposibilidad de responsabilizar exclusivamente al sujeto activo, debido a la notable intervención de la víctima. En ese sentido, se destacó que en los casos en que se apreciaba una contribución preponderante del sujeto pasivo se imponía la correlativa disminución de la responsabilidad del autor e incluso la exclusión de la misma, lo que dependía del grado de participación de la víctima.

---

<sup>160</sup> Kindhauser Urs, Miguel Polaino Orts, Fernando Corcino Barrueta, op. cit., pág. 75.

Esta fundamentación tiene su origen en la re-normativización de las categorías dogmáticas. Se parte del punto de vista de que la vida en sociedad no se regula con base en la determinación de relaciones de causalidad; se conforma mediante la delimitación de ámbitos de responsabilidad.

La misión de la teoría de la imputación radica en precisar a que ámbito de competencia puede atribuirse una determinada conducta, porque un suceso puede ser explicado como obra exclusiva de un autor o como un suceso fortuito o accidental. Es decir la víctima también puede ser objeto de imputación. Según esta concepción, el ilícito consiste en arrogarse un ámbito de organización ajeno. En consecuencia, no hay arrogación de los bienes de otro cuando con división de trabajo, ha sido la propia víctima quien ha configurado y moldeado su propia autolesión.

En efecto, quien se coloca a sí mismo, consciente y voluntariamente en peligro, debe tener aptitud para valorar el significado de su conducta, las consecuencias y las dimensiones de riesgo asumido y especialmente la importancia del bien jurídico que pone en peligro. Este requisito es una consecuencia del anterior, porque sólo puede considerarse que el hecho es obra de la víctima, cuando ésta puede decidir sobre el sí y el cómo de la actividad riesgosa. Si no se trata de un sujeto auto-responsable, el hecho se explicaría mejor como obra de quien actúa desde atrás, quien pasaría tener dominio sobre la decisión, convirtiendo a quien se auto pone en peligro en un mero instrumento del autor mediato.

Ahora bien, la víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el sí y el cómo del desarrollo de la situación peligrosa. Para que la actuación a propio riesgo de la tal víctima excluya la imputación del tercero, deben reunirse tres presupuestos básicos:

Primero. Que el comportamiento de la víctima sea posterior al del tercero. En estos casos, como se deja en manos de la víctima el dominio de la decisión sobre el aporte producido por el tercero, no existe dificultad en afirmar que quien se auto pone en peligro tiene bajo su control el desarrollo de la situación de riesgo. En consecuencia, el hecho debe atribuirse el ámbito de responsabilidad de la víctima, porque es ella la que ha organizado, con división de tareas, su propia lesión.

Acudiendo al argumento de la participación también es fácil excluir la responsabilidad del tercero; si el comportamiento de la víctima es posterior, es ésta quien tiene el dominio del hecho; por lo tanto, el tercero no es un autor, sino un partícipe; como la participación presupone un hecho principal típico, decae la responsabilidad de quien crea la situación peligrosa, porque la autolesión no es una conducta punible.

Segundo. Que sea simultáneo el comportamiento de la víctima y el tercero. En este caso se puede apreciar una acción a propio riesgo, si la víctima puede decidir tanto tiempo, como el tercero, sobre él sí y el cómo de la situación peligrosa. En consecuencia si el dominio de la víctima se acaba antes que el tercero, a partir de este momento el interviniente (es decir quien crea la situación de riesgo) responde como autor de una heterolesión.

Así, por ejemplo, cuando una persona infectada con el virus de sida tiene contacto sexual con otra, pero observando las medidas de precaución, el riesgo que crea no es jurídicamente desaprobado. Se trata de un riesgo permitido. El problema se presenta cuando la persona portadora del virus tiene relaciones sexuales sin protección alguna con alguien que sabe que su compañero es portador de la enfermedad, aquí nos encontramos ante un caso de participación impune en una auto puesta en peligro.

Tercero. Que el comportamiento del tercero sea posterior al de la víctima. En estos casos, aunque fácticamente el tercero actuó con posterioridad a la víctima, ésta tiene el dominio de la decisión, cuando después de la intervención del tercero está dentro de la orbita de su incumbencia (de la víctima) evitar el resultado y tiene capacidad de hacerlo.

*En este tenor Manuel Cancio Meliá comenta:*

*“La imputación objetiva es el instrumento dogmático que permite aprehender la conducta de la víctima de modo adecuado. Las constelaciones de casos que pueden aparecer en este contexto son de características muy diversas y pueden ser resueltos, como acaba de decirse, de modo satisfactorio con las reglas generales de la teoría de la imputación objetiva.”<sup>161</sup>*

*Y agrega:*

*“En aquellos casos en los que el resultado es consecuencia tanto de la conducta típica como de una conducta inadecuada de la víctima, que pueden denominarse supuestos de confluencia de conductas, ello podrá disminuir, en atención al carácter auto-responsable de la víctima, la responsabilidad del autor, introduciéndose así una regla específica”<sup>162</sup>*

Así por ejemplo, un médico enfermo le pide a su ama de llaves que una vez que se encuentre dormido, abra las ventanas de su cuarto. Como consecuencia del intenso frío del invierno, se agrava la salud del paciente. El ama de llaves actuó en último lugar. Sin embargo, dado su rol, la competencia para la evitación del riesgo recaía en él médico y no en ella, pues no estaba dentro de su órbita de actuación él deber de informar al galeno sobre las consecuencias nocivas de este comportamiento. Ella actuó dentro del rol, contexto del hogar y no dentro del cuidado médico. Se trata de una acción a propio riesgo, porque después de la

---

<sup>161</sup> Cancio Meliá, Manuel, *La Exclusión de la Tipicidad por la Responsabilidad de la Víctima*, Editorial de la Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 1998, pág. 78.

<sup>162</sup> *Ibidem*, pág. 79.

actuación del tercero, la administración del riesgo creado por éste es del exclusivo ámbito de responsabilidad del médico.

En tal virtud, la víctima debe ser un sujeto auto-responsable, con capacidad para calcular la dimensión del riesgo. El peligro debe ser conocido o cognoscente. Y el tercero no debe tener una especial situación de protección frente al bien. Es decir, no debe ostentar una posición de garante con respecto a la persona que se auto pone en peligro. Así por ejemplo, quien conduce un automóvil que le ocasiona a alguien una lesión personal, está obligado a prestar ayuda al accidentado, si no lo presta es autor por omisión (dolosa o culposa) de la muerte de esa persona, como consecuencia de una atención medica.

Bajo tales consideraciones y siguiendo a Jakobs, “debemos estipular que el delito es un menoscabo, cualquier vía de solución, aún funcional, traslada costes a la víctima”.<sup>163</sup>

En otra categoría, se incluyeron soluciones relacionadas con la relevancia del consentimiento otorgado tácitamente por el titular del bien jurídico. Por ejemplo, las lesiones ocasionadas a la víctima como consecuencia de un choque automovilístico, antes del cual, aquélla había solicitado al conductor, en evidente estado de embriaguez, la transportara en su vehículo. En estos casos era decisivo establecer si la víctima solicitante conocía de antemano tanto el estado de ebriedad del chofer, como la posibilidad de que se produjera el percance, en cuyo supuesto, podría concluirse que aquélla, de antemano, había aceptado el riesgo y consentido el daño sufrido. También, respecto del consentimiento tácito, bajo el título de auto exposición al peligro, se concluyó, por ejemplo, que los sujetos que contraían nupcias con personas dedicadas a la prostitución, o adictas a drogas consumidas mediante el empleo de jeringas, a sabiendas de tales circunstancias, en caso de ser contagiadas de alguna enfermedad venérea por sus cónyuges, tal

---

<sup>163</sup> *Jakobs Günther, op. cit., pág. 15.*

resultado no sería imputable al cónyuge adicto o dedicado a la prostitución por formar parte del riesgo consentido.

#### 4. ¿UN MUNDO GLOBALIZADO? SOCIEDADES CON DISTINTAS CONDICIONES SOCIALES, CULTURALES Y JURIDICAS.

4.1. Realidad sociocultural y jurídica en Alemania. 4.2. Realidad sociocultural y jurídica en España 4.3. Realidad sociocultural y jurídica en América Latina 4.4. Realidad sociocultural y jurídica en México 4.5. ¿Dogmática jurídico penal nacional o teoría del delito de origen alemán pero reconocido con carácter transnacional? 4.6. ¿Dogmática penal de origen alemán o la teoría del caso anglosajón? 4.7. ¿Expansión del derecho penal o la relevancia jurídico penal?

Sin duda, como ya hemos hecho mención, la razón de hacer este estudio comparativo es el de determinar si la figura dogmática de la imputación objetiva originada en Alemania, puede ser instituida en otras realidades socio-económicas y culturales, tales como la de México.

Sin embargo, conviene contemplar que dichas realidades a las que hacemos alusión líneas arriba, no son los únicos criterios para definir la debida inserción de una herramienta jurídica en un ambiente nuevo y sustancialmente diferente, pues de así requerirse en una investigación completa se debería contemplar, no sólo la esfera social económica y cultural, sino muchas más. En un ejercicio completo, todo puede representar una variable factor o condición que alcance el resultado que nos interesa, o no lo alcance. Por ello, tenemos presente lo dicho por el filosofo del derecho Radbruch: *“la cultura es aquello que sobrevive, ni el individuo ni la sociedad son lo permanente, las obras de aquéllos, es lo que queda plasmado.”*<sup>164</sup>

---

<sup>164</sup> Radbruch, Gustav, *op. cit.*, pág. 37.

Y agrega: “Derecho comparado e historia, el comparado es una yuxtaposición con miras a la política jurídica, componer entre derechos para saber cual puede aplicarse mejor”.<sup>165</sup>

Sin embargo, por razones de extensión sólo se hará mención de aquellos criterios comparativos que representen un poco más el contenido de la teoría de la imputación objetiva dentro de ellos, la educación, la economía, la política, la cultura y el derecho.

#### **4.1. Realidad sociocultural y jurídica en Alemania.**<sup>166</sup>

La República Federal de Alemania es un Estado miembro de la Unión Europea cuyo lema nacional versa de la siguiente forma: *Einigkeit und Recht und Freiheit*, que traducido del alemán reza: “Unidad y Justicia y Libertad” dicho Himno, es tan sólo un ejemplo que denota la unidad nacional, base de su código de valores que fortalece su Estado de Derecho.

La defensa de su Idioma oficial, el alemán, denota también signo de unidad y defensa de los símbolos y tradiciones de los alemanes. Como cualquier otro país de la era moderna su política sigue la tradición de la división de poderes, siendo lo más importante el funcionamiento y organización tanto exterior como interior pasando a segundo término el género o la forma de gobierno.

Alemania es Miembro de: ONU, OTAN, CBSS, OSCE, OCDE, G8, COE, UE, es uno de los países líderes dentro de los países conocidos como desarrollados. Es un país soberano centroeuropeo, miembro de la Unión Europea. Su territorio, formado por dieciséis Bundesländer, El territorio de Alemania abarca

---

<sup>165</sup> *Ibidem*, pág. 15.

<sup>166</sup> Según datos obtenidos de Wikipedia, revista electrónica. En la dirección, <http://es.wikipedia.org/wiki/alemania>.



357.168 km<sup>2</sup> y posee un clima templado. Con más de 80 millones de habitantes, representa la mayor población entre los Estados miembros de la Unión Europea y es el hogar del tercer mayor grupo de emigrantes internacionales.

Está también extendido el uso del gentilicio germano, derivado del nombre con que los romanos se referían a las tribus no romanas de la zona central de Europa, cuyo territorio llamaban Germania. Desde el siglo X, los territorios alemanes formaron una parte central del Sacro Imperio Romano Germánico que duró hasta 1806. Durante el siglo XVI, las regiones del norte del país se convirtieron en el centro de la Reforma Protestante. Como un moderno Estado-nación, el país fue unificado en medio de la Guerra franco-prusiana en 1871. Tras la Segunda Guerra Mundial, fue dividida en dos Estados separados a lo largo de las líneas de ocupación aliadas en 1949, pero los dos Estados se reunificaron de nuevo en 1990. Fue miembro fundador de la Comunidad Europea en 1957, que se convirtió en la Unión Europea en 1993. Es parte de la zona Schengen y adoptó la moneda común europea, el euro, en 1999.

Es una república parlamentaria federal. La capital y ciudad más grande es Berlín. Es un miembro de la Organización de las Naciones Unidas, la OTAN, el G8, las naciones G4, y firmó el Protocolo de Kioto. Es la cuarta mayor economía mundial en cuanto al PIB nominal, la primera de Europa, y el mayor exportador de mercancías del mundo en 2007. En términos absolutos, asigna el tercer mayor presupuesto anual de la ayuda al desarrollo en el mundo, mientras que sus gastos militares ocuparon el noveno lugar mundial en 2012. El país ha desarrollado un alto nivel de vida y establecido un sistema completo de seguridad social. Tiene una posición clave en los asuntos europeos y mantiene una estrecha relación con varias asociaciones a nivel mundial. Es reconocida como líder en los sectores científico y tecnológico.

En cuanto al aspecto histórico, una de las épocas más representativas de la historia de Alemania fue lo que más tarde llegó a ser conocido como el

“Holocausto”, el régimen Nazi promulgó políticas gubernamentales para avasallar a varios sectores de la sociedad: judíos, comunistas, gitanos, homosexuales, francmasones, disidentes políticos, sacerdotes, predicadores, opositores religiosos y las personas con discapacidad, entre otros. Durante la época nazi, unos once millones de personas fueron asesinadas metódicamente por el Holocausto. La Segunda Guerra Mundial y el genocidio nazi fueron responsables de alrededor de 50 millones de muertos, entre ellos seis millones de judíos y un número semejante de rusos y tres millones de polacos.

Alemania es el centro del mundo, pareciera que lo que sucede en el mundo es reflejo de lo que sucede en aquel país. De esta forma, encarnó la situación que se vivía a nivel mundial en el marco de la Guerra Fría. Berlín, la antigua capital imperial, fue dividida en dos bloques. La parte oriental de la ciudad, bajo control comunista, construye un muro para evitar el contacto y la huida de su población hacia la parte occidental, fenómeno que se había intensificado a lo largo de la década de los años 50, como consecuencia del milagro económico alemán.

La caída del Muro de Berlín posibilitó la integración de Europa Oriental en la UE. Tras una historia de incidentes y desencuentros entre los dos Estados alemanes, el muro de Berlín se abrió a la circulación el 9 de noviembre de 1989, con posterioridad a las fugas masivas de ciudadanos de la República Democrática Alemana hacia territorio occidental, que se produjeron a través de Hungría y Checoslovaquia en el verano de ese mismo año. Alemania se reunificó el 3 de octubre de 1990, recobrando su plena soberanía, al quedar definitivamente suprimido el régimen de control político y militar de las potencias vencedoras de la Segunda Guerra Mundial.

La reunificación alemana tuvo consecuencias en todos los ámbitos de la vida alemana, como la participación alemana en operaciones de la ONU para la imposición de la paz, una actitud más crítica de la contribución de los extranjeros a la vida alemana, y enormes costos para los contribuyentes de los antiguos

Estados. Esto también marca diferencia con países como México en donde en lugar de buscar con ímpetu la unidad nacional, la brecha entre los distintos sectores sociales cada vez es más clara.

En cuanto al derecho alemán, el Tribunal de justicia es independiente del poder ejecutivo y el legislativo. Tiene un estatuto civil que se basa en el derecho romano con algunas referencias al derecho germánico. El Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal), con sede en Karlsruhe, es el Tribunal Supremo alemán responsable de asuntos constitucionales, con el poder de realizar procesos de revisión judicial. Actúa como la más alta autoridad jurídica y se asegura de que las prácticas de los poderes legislativo y judicial se ajustan a la práctica la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (Ley Fundamental). Actúa con independencia de los otros órganos del Estado, pero no puede actuar en su propio nombre.

El sistema del tribunal supremo, llamado Oberste Gerichtshöfe des Bundes, cuenta con dependencias especializadas. Para las causas civiles y penales, el más alto tribunal de apelación es el Tribunal Federal de Justicia, con sede en Karlsruhe y Leipzig. La sala es de estilo inquisitorial. Otros tribunales federales son el Tribunal Federal del Trabajo en Erfurt, el Tribunal Social Federal de Kassel, el Tribunal Federal de Hacienda en Múnich y el Tribunal Administrativo Federal en Leipzig.

El derecho penal y derecho privado están codificados en el plano nacional en el Strafgesetzbuch y el Bürgerliches Gesetzbuch, respectivamente. El sistema penal se dirige hacia la rehabilitación del criminal, su objetivo secundario es la protección del público en general. Para lograr este último, el condenado penal puede ser puesto en prisión preventiva (Sicherheitsverwahrung), además de regular la pena si se le considera una amenaza para el público en general. El Völkerstrafgesetzbuch regula las consecuencias de los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra. Podríamos decir al respecto que

Alemania al igual que todos aquellos países que siguen la tradición romano germánica del “civil law” comparte el origen y los fundamentos jurídicos están firmemente presentes en su sistema jurídico en especial el penal.

Por el desarrollo de su economía, es considerada en términos generales como la cuarta potencia mundial y la primera de Europa. En 2006 su Producto interior bruto (PIB) rebasó los 3 billones de dólares US. Sus bazas industriales son diversas; los tipos principales de productos fabricados son medios de transporte, aparatos eléctricos y electrónicos, maquinaria, productos químicos, materiales sintéticos y alimentos procesados. Es foco de riqueza y eso se refleja en la creciente economía del centro de Europa. Con una infraestructura de carreteras amplias y un excelente nivel de vida, es una de las naciones más desarrolladas del mundo.

El cristianismo es la religión mayoritaria, con 53 millones de adeptos (64%). La segunda más extendida es el islam, con 3,3 millones de seguidores (4%), seguido por el budismo y el judaísmo, ambos con cerca de 200.000 adeptos (0,25%). El hinduismo tiene unos 90.000 adeptos (0,1%). Todas las demás comunidades religiosas tienen menos de 50.000 (o inferior a 0,05%) adherentes. Cerca de 24,4 millones de alemanes (29,6%) no han registrado denominación religiosa. esta amplitud religiosa en Alemania denota una diversidad de creencias pero también el respeto y libertad de culto. No hay en Alemania una arraigada religión dogmática como otros países donde la creencia se lleva al fanatismo.

Las universidades son reconocidas a escala internacional, lo que indica el elevado nivel de educación en el país. Según QS World University Rankings 2013,

trece universidades alemanas se encuentran entre las primeras doscientas mejores universidades del mundo.<sup>167</sup>

El país es a menudo llamado Das Land der Dichter und Denker (la tierra de poetas y pensadores). La cultura alemana comenzó mucho antes del surgimiento de Alemania como nación-estado y abarcó a toda la zona de habla alemana. Desde sus raíces, la cultura, en Alemania se ha formado por las principales corrientes intelectuales y populares en Europa, tanto religiosas como laicas. Como resultado, es difícil identificar una determinada tradición alemana separado del marco más amplio de la alta cultura europea. Otra consecuencia de estas circunstancias es el hecho de que algunas figuras históricas, tales como Wolfgang Amadeus Mozart y Nicolás Copérnico, entre otras, aunque no fueron ciudadanos de Alemania en el sentido moderno, deben ser considerados en el contexto del ámbito cultural alemán para comprender su trabajo.

La influencia de Alemania en la filosofía es históricamente significativa y muchos notables filósofos alemanes han contribuido a dar forma a la filosofía occidental desde la Edad Media. Gottfried Leibniz y sus contribuciones al racionalismo, Immanuel Kant, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Friedrich Wilhelm Joseph Schelling y Johann Gottlieb Fichte que forjaron el idealismo, Karl Marx y Friedrich Engels formularon la teoría comunista, Arthur Schopenhauer desarrolló la composición de pesimismo metafísico, Friedrich Nietzsche desarrolló el Perspectivismo, la obra de Martin Heidegger en Ser y Tiempo, y el de las teorías sociales Jürgen Habermas fueron especialmente influyentes.

---

<sup>167</sup>Fuente buscada en internet en la página [www.timeshighereducation.co.uk/world-university-rankings/](http://www.timeshighereducation.co.uk/world-university-rankings/) Qs World Univesity Rankings.

Actualmente en Alemania, tanto legalmente como culturalmente (sin tintes aparentes de populismo) es un país tolerante hacia los homosexuales. Las uniones de homosexuales se han permitido desde el año 2001, aunque éstas no tienen todos los derechos de un matrimonio heterosexual ante la ley. Gays y lesbianas pueden adoptar legalmente a los hijos de su pareja.

Durante la última década del siglo XX, Alemania cambió considerablemente su actitud hacia los inmigrantes. A pesar de que aproximadamente el 10% de la población era extranjera, hasta mediados de los años noventa, la opinión pública era que Alemania no era un país de inmigración. Sin embargo, las leyes de asilo se endurecieron considerablemente en esa década para evitar su abuso. Situación común en países desarrollados a los que desean emigrar los ciudadanos de países subdesarrollados o en vías de desarrollo.

De todo lo anterior se concluye que Alemania es un país imperialista conquistador con una larga participación en la historia universal que lo ha llevado a ser una nación con identidad, diferente de aquellos países que podríamos nombrar “modernas colonias” que buscan su libertad e identidad. Cobra más fuerza la frase de Octavio Paz, en el libro “El Laberinto de la Soledad” quien dijo, en síntesis, México es un país que vive una adolescencia en relación a los países desarrollados, (tal es el caso de Alemania) que parecen ya han alcanzado su madurez plena.

#### **4.2. Realidad sociocultural y jurídica en España.<sup>168</sup>**

---

<sup>168</sup> Según datos obtenidos de Wikipedia, revista electrónica. En la dirección, <http://es.wikipedia.org/wiki/españa>.

Es un país soberano, miembro de la Unión Europea, constituido en Estado Social y Democrático de Derecho y cuya forma de gobierno es la monarquía democrática parlamentaria. Su territorio está organizado en 17 comunidades autónomas y dos ciudades autónomas. Su capital es la villa de Madrid.

Es un país transcontinental que se encuentra situado tanto en Europa occidental como en el norte de África. En Europa ocupa la mayor parte de la península ibérica, conocida como España peninsular

De acuerdo con la Constitución española, el castellano o español es la lengua oficial del Estado y todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.

La economía española es la 13.<sup>a</sup> economía mundial en términos de PIB, por delante de Indonesia y de Turquía, y según Eurostat, el PIB per cápita español se situó, en 2011, en el 99 % de la media de la Unión Europea, por delante de Chipre.<sup>19</sup> Es el 8.<sup>o</sup> país del mundo con mayor presencia de multinacionales, tras Japón y por delante de Australia, Hong Kong y Canadá.<sup>20 21</sup> Además, según el informe de 2010 de la ONU, tiene un índice de desarrollo humano de 0,878, el 23.<sup>o</sup> mayor del mundo, por delante de otros grandes países europeos, como Italia, Reino Unido o Grecia.<sup>5</sup> En contraste, la economía española presenta la mayor desigualdad social de la Eurozona, situación que lo asemeja a los países latinoamericanos donde los contrastes son perceptibles.

España comparte las dos experiencias de ser un país conquistador y un país conquistado, colonizador y colonizado. En el año 689 los árabes llegaron al África noroccidental y en el año 711, llamados por la facción visigoda enemiga del rey Rodrigo, cruzaron el Estrecho de Gibraltar (denominación que recuerda al general bereber Tarik, que lideró la expedición) y lograron una decisiva victoria en la batalla de Guadalete. La evidencia de la superioridad llevó a convertir la intervención, de carácter limitado en un principio, en una verdadera imposición

como nuevo poder en Hispania, que se terminó convirtiendo en un emirato o provincia del imperio árabe llamada al-Ándalus con capital en la ciudad de Córdoba. El avance musulmán fue veloz: en el 712 tomaron Toledo, la capital visigoda; el resto de las ciudades fueron capitulando o siendo conquistadas hasta que en el 716 el control musulmán abarcaba toda la península, aunque en el norte su dominio era más bien nominal que efectivo.

La experiencia de un país conquistador comienza después del dominio árabe con la unión de Isabel I de Castilla y Fernando II de Aragón, los Reyes Católicos. Su matrimonio en 1469 selló la unión dinástica de las Coronas de Castilla y Aragón.

La creación de la Inquisición española (1478). (Carlos I como rey de España 1516, Carlos V como emperador 1521), que junto con la enorme dimensión territorial de la recientemente descubierta América (1492), convertida en un verdadero imperio colonial, hizo de la Monarquía Hispánica la más poderosa del mundo.

Después, en otro momento digno de considerar en la historia española, la victoria del general Franco que supuso la instauración de un régimen dictatorial. El desarrollo de una fuerte represión sobre los vencidos, obligó al exilio a miles de españoles y condenó a otros tantos a la muerte o al encarcelamiento. A pesar de que Franco mantuvo al país no beligerante en la Segunda Guerra Mundial, su no disimulado apoyo a las potencias del Eje condujo a un aislamiento internacional de carácter político y económico. No obstante, el anticomunismo del régimen español hizo que durante la guerra fría entre Estados Unidos y la Unión Soviética y sus respectivos aliados, el régimen franquista fuera tolerado y finalmente reconocido por las potencias occidentales. A finales de los años 1950 finalizó su aislamiento internacional con la firma de varios acuerdos con los Estados Unidos que permitieron la instalación de bases militares conjuntas hispano-estadounidenses en España. Ésta es una realidad que compartieron en su momento los países



latinoamericanos, quizás de otro modo, por ejemplo la denominada “dictadura perfecta” en México.

Durante este periodo la banda terrorista vasca ETA cometió un gran número de atentados, especialmente contra miembros del ejército y de las fuerzas de seguridad, así como otros de carácter indiscriminado. Durante la sesión de votación de investidura del sucesor de Suárez, Leopoldo Calvo-Sotelo (UCD), el 23 de febrero de 1981, tuvo lugar un intento de golpe de Estado promovido por altos mandos militares. El Congreso de los Diputados fue tomado por el teniente coronel Antonio Tejero, pero la intentona golpista fue abortada el mismo día por la intervención del rey Juan Carlos en defensa del orden constitucional. En 1981 se firmó en Bruselas el protocolo de adhesión de España a la OTAN, dando inicio al proceso de integración en la Alianza que terminó en la primavera de 1982, durante el gobierno de UCD. La lucha de guerrillas es uno de los aspectos que compartió España con los países latinoamericanos como un reflejo de la ingobernabilidad, como una respuesta para el Estado de Derecho no sustentable, la autodefensa.

El Poder Judicial de España está formado por el conjunto de juzgados y tribunales, integrado por jueces y magistrados, que tienen la potestad de administrar justicia en nombre del Rey. Los jueces son funcionarios de carrera cuya cúspide es la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo (el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes excepto en materia de garantías constitucionales), gobernados por el Consejo General del Poder Judicial (controla sus nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario). Los miembros de esa institución, así como los del Tribunal Constitucional (que resuelve los recursos de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia entre el Estado y las comunidades autónomas), son elegidos por distintas instancias políticas; lo que ha devenido en una vinculación implícita de cada uno ellos al partido político que los designa, en contradicción con su teórica independencia, circunstancia explícitamente puesta de manifiesto por los medios de comunicación y el debate político e intelectual.

En la firma y ratificación de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CAT) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD), España ha reconocido la competencia de recibir y procesar comunicaciones individuales por parte del Comité para la Eliminación de Discriminación Racial perteneciente a la Comisión de Derechos Humanos.

La Constitución Española vigente define el país como un Estado aconfesional: “Ninguna confesión tendrá carácter estatal”. Sin embargo, garantiza la libertad religiosa y de culto de los individuos y asegura relaciones de cooperación entre los poderes públicos, y todas las confesiones religiosas.

En cuanto a la dogmática jurídico penal es notorio el puente en que se ha erigido la teoría española para lograr el vínculo entre la dogmática jurídico penal alemana y los países latinoamericanos, mucho de los principales traductores así como de los que han interpretado el pensamientos y los postulados de los jurisconsultos alemanes han sido españoles como ejemplo, algunos de los autores consultados en esta tesis.

En cuanto al catolicismo, es la religión predominante en el país. La Iglesia católica es la única mencionada expresamente en la Constitución, en el mismo artículo 163: España es actualmente la décimo segunda potencia económica mundial, pero ha llegado a ser la octava, e incluso la séptima según el PIB nominal, aunque en la actualidad es la tercera economía con mayor decrecimiento en el mundo. La economía española es una de las más abiertas de la eurozona y una de las economías con más internacionalización en sus productos financieros, servicios, etc. Tradicionalmente España ha sido un país agrícola y aún es uno de los mayores productores de Europa occidental, pero desde mediados de la década de 1950 el crecimiento industrial fue rápido y pronto alcanzó un mayor peso que la agricultura en la economía del país. España dado su estrecha relación y

semejanza con países que fueron sus colonias, podría servir de modelo idóneo en muchos tópicos, uno de ellos la teoría y práctica del derecho penal.

Junto con la crisis económica de 1981 que llevó a la reconversión industrial y al desmantelamiento de gran parte de la industria pesada en España, pasando el sector servicios a ser una parte más importante de la economía, la crisis económica mundial de 2008-2013 tuvo consecuencias especialmente graves en España. Uno de los motivos es que entre 1998 y 2008, la economía de país había experimentado una burbuja inmobiliaria muy importante, por lo que una gran parte del empleo dependía del sector de la construcción y sectores relacionados.

Los diferentes pueblos que pasaron por España a lo largo de la Historia, la situación fronteriza de la Península entre dos continentes con tradiciones culturales diversas, el largo período de influencia política de la monarquía hispánica, y la expansión de la misma en el continente americano, han determinado que el acervo cultural y artístico de España sea uno de los más ricos, variados e influyentes de Occidente. Destaca la gran riqueza patrimonial que conserva España, tanto en yacimientos arqueológicos, templos, palacios, fortalezas, jardines históricos, conjuntos urbanos monumentales, patrimonio etnográfico o museos, entre los que están varios de los más conocidos y visitados del mundo, como el Museo del Prado o el Museo Reina Sofía, como en otra serie de manifestaciones culturales.

Dado las semejanzas entre un país conquistado por un país conquistador y el inevitable encuentro entre dos mundos seguido del mestizaje de culturas, dió como resultado el nacimiento de un pueblo con características de uno y otro, obviamente que en este mestizaje no se impone la visión de los vencidos y si la del pueblo tecnológicamente superior. Por eso hablar de asimilar las ideas del viejo continente a través de España es posible gracias a la familiaridad de costumbres que provienen de la época de la colonia en América que duro aproximadamente tres siglos. Periodo suficiente para crear lazos muy profundos

en todos los territorios conquistados por los españoles, especialmente México, en diferentes fases pero es un país que parece compartir el mismo destino que España.

#### **4.3. Realidad sociocultural y jurídica en América Latina.<sup>169</sup>**

Con el estudio de la realidad que se vive en los países latinoamericanos, se hace presente la pretensión de delimitar también el territorio físico en donde es posible instaurar más fácilmente la teoría de la imputación objetiva, pues en dichos territorios habitan personas que comparten una misma tradición cultural y por ende, también jurídica.

Así, América Latina o Latinoamérica es una región del continente americano que se define como el conjunto de países donde tres lenguas romances o lenguas neolatinas español, portugués y francés son lenguas mayoritarias. Generalmente, esta definición incluye dieciocho naciones hispanoamericanas independientes, Canadá (parte francófona), Brasil, Haití y Puerto Rico y las posesiones francesas de ultramar en la cuenca del Caribe y en el Atlántico septentrional. El idioma mayoritario es el español, seguido por el portugués, siendo el francés de muy escasa cuantía e irrelevante en cuanto al número de población que lo habla.

La región comprende más de veinte millones de kilómetros cuadrados de superficie, que corresponden aproximadamente al 13.5% de la superficie emergida del planeta. Por su amplitud, América Latina presenta una gran diversidad geográfica y biológica. En ella se encuentran prácticamente todos los climas del mundo y es el hogar de numerosas especies animales y vegetales. Cuenta

---

<sup>169</sup>Según datos obtenidos de Wikipedia, revista electrónica. En la dirección, <http://es.wikipedia.org/wiki/americalatina>

también con algunos de los mayores ríos del mundo e importantes recursos minerales, entre los que destacan sus yacimientos de petróleo, cobre, litio y plata. Pese a contar con los recursos, es común que estos no sean debidamente aprovechados por los países con profundos rezagos.

La historia de América Latina comienza con el desarrollo de los pueblos amerindios durante la época precolombina. Las expediciones españolas hacia América a partir de 1492, fecha del descubrimiento de América por la Corona Española, fueron el inicio del proceso de colonización del continente. Es en el siglo XIX cuando las naciones latinoamericanas se separaron de sus antiguas metrópolis, España, Portugal y Francia, y comenzaron su vida independiente. En algunos países, los conflictos de intereses entre élites políticas o económicas se han reflejado en inestabilidad política, guerras civiles e internacionales. En contraste, también se han realizado esfuerzos de integración política, económica y cultural entre los pueblos latinoamericanos.

El término “América Latina” suele referirse cultural y exclusivamente a los países de habla española y portuguesa del continente americano; incluyendo a Puerto Rico. Según la definición de la Real Academia Española<sup>170</sup>, “América Latina” es el conjunto de países del continente americano en que se hablan lenguas romances, específicamente español, portugués y francés.

Los países que integran Latinoamérica comparten inmensas similitudes culturales por haber sido territorios coloniales de España, Portugal y Francia. Sin embargo, entre ellos también se observan grandes variaciones climáticas,

---

<sup>170</sup> *Diccionario de la real academia de la lengua española* en la página <http://www.rae.es/search/node/america%20latina>.

económicas, lingüísticas, étnicas, políticas y sociales, por lo que no se puede hablar de un bloque uniforme.

Va cobrando fuerza en ámbitos internacionales una nueva postura teórica sobre el concepto América Latina que se vincula más a aspectos antropológicos y sociológicos que al lingüístico, y parte del concepto horizonte cultural. Se entiende por este último, al espacio geográfico y temporal en el que prevalecen pautas culturales comunes, las cuales pueden incluir la utilización de una lengua determinada. En este sentido, los partidarios de esta postura entienden que países del Caribe, Centro y Sudamérica como Jamaica, Surinam, Barbados o Belice son parte de América Latina, ya que las pautas culturales de la población de los mismos poseen similitudes con otros países latinoamericanos, diferenciándose de las prácticas de las naciones de América Anglosajona, a la que ven como otro horizonte cultural. Asimismo, la región francófona de Canadá (pese a que el francés es una lengua latina) la incluirían en la América Anglosajona, por los mismos motivos anteriormente expuestos.

Las similitudes históricas y culturales de los pueblos latinoamericanos han llevado a crear la idea de América Latina como una patria grande común. El plan de regularización de inmigrantes procedentes de países fronterizos iniciado por Argentina en 2006 lleva el nombre, precisamente, de Patria Grande.

Derivado de la idea genérica de unidad latinoamericana se han desarrollado proyectos e instancias políticas de integración de las naciones latinoamericanas. Estos proyectos han tomado cuerpo principalmente en la ALADI, pero también en diversos proyectos de integración física, logística y cultural y se han expresado en un cuerpo teórico particular acerca del proceso de integración. En el marco de la

integración latinoamericana se han desarrollado también experiencias más o menos exitosas de integración sub-regional, como el Mercosur, la Comunidad Andina, o el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), que ha llevado a la teoría de la integración latinoamericana a sostener distintos modelos de interrelación entre los procesos de integración sub-regional, latinoamericano y continental. En Norteamérica, México es el único miembro latinoamericano del TLCAN y es observador en las 3 principales agrupaciones latinoamericanas de Centro y Sudamérica.

En los últimos años, sobre todo en la última década, los gobernantes de los países latinoamericanos han dado pasos firmes y se han pronunciado a favor de una aceleración en la integración regional.

En cuanto al origen histórico de América Latina, es común, pues antes de la llegada de Cristóbal Colón la región era el hogar de muchos pueblos indígenas y de las civilizaciones avanzadas, como los aztecas, los toltecas, los mayas, los nazcas y los incas. La edad de oro de los mayas comenzó alrededor del año 250, con las últimas dos grandes civilizaciones, los aztecas y los incas, emergiendo en la prominencia más tarde a principios del siglo XIV y mediados de los siglos XV, respectivamente.

Las civilizaciones americanas descubrieron e inventaron elementos culturales decisivos para la humanidad como avanzados calendarios, complejos sistemas de manipulación genética como la que generó el maíz y el 75% de los alimentos actuales, así como un dominio en el trabajo de la piedra, sistemas de gestión ambiental de amplias zonas geográficas, avanzados sistemas de riego, nuevos sistemas de escritura, nuevos sistemas políticos y sociales, una avanzada

metalurgia y producción textil, etc. Algunas civilizaciones precolombinas también descubrieron la rueda, que no resultó de utilidad productiva debido en parte a que en las cordilleras y selvas donde se encontraban, pero fue utilizada para la fabricación de juguetes. Se puede decir que cuando se dió el encuentro entre dos mundos, uno de ellos ya había pasado por etapas muy iniciales.

Otro de los elementos comunes de las culturas precolombinas que alcanzó un alto grado de desarrollo fue la edificación de templos y monumentos religiosos, siendo claros ejemplos las zonas arqueológicas de Caral, Chavín, Huacas del Sol y de la Luna Moche, Pachacámac, Tiahuanaco, Cuzco, Machu Picchu y Nazca, en los Andes Centrales; y Teotihuacan, Templo Mayor, Tajín, Copán, Palenque, Tulum, Tikal, Chichén-Itzá y Monte Albán, en Mesoamérica.

La colonización europea de América comenzó a finales del siglo XV después de que Cristóbal Colón llegara en 1492 con el mecenazgo de la Corona de Castilla. A partir de ahí, el Imperio español, el Imperio portugués, el Imperio Británico, Francia y Holanda, conquistaron y colonizaron algunos territorios y poblaciones que ya habitaban el continente.

El Imperio español y el Imperio portugués fueron los primeros en realizar la conquista, y se asentaron principalmente en Norteamérica, Centroamérica y en el área andina de Sudamérica (imperios Azteca e Inca, respectivamente). España fue la potencia que mayor presencia colonial impuso en América. Tomó posesión por la fuerza de los dos grandes imperios existentes en América en ese momento: en América del Norte llegó a apropiarse del Imperio azteca, en el actual México, estableciéndose en sus ciudades. A partir de ahí controló una gran parte de América Central: desde la zona andina de América del Sur hasta la zona central



del actual Chile, incluyendo al Imperio incaico en el actual Perú. En el Caribe, dominó sobre todo Cuba, La Española, Puerto Rico, Jamaica, incluyendo a la península de Florida dentro de sus posesiones caribeñas.

Portugal se apropió de la mayor parte de la franja costera atlántica de la parte norte de América del Sur, que más tarde originaría el Estado de Brasil. Inglaterra estableció trece colonias en la franja costera atlántica norteamericana, además de algunas islas caribeñas. Francia ocupó la actual Guyana Francesa en Sudamérica (aún bajo su dominio), Luisiana en el Golfo de México, algunas islas del Caribe, y la región canadiense de Quebec. Holanda estableció colonias en América del Sur (Guyana holandesa hoy Surinam) y algunos asentamientos en islas caribeñas (Antillas Neerlandesas y Aruba).

La crisis política en España y la ocupación de su territorio por parte de Francia en 1808 constituyen dos hechos que incentivaron el independentismo en Hispanoamérica. Como respuesta a la entronización de José Bonaparte en España, entre 1808 y 1810 se instalaron juntas de gobierno que ejercieron la soberanía ante la ocupación francesa, tanto en la península como en las posesiones de ultramar. Las diferencias entre España y las colonias se fueron agudizando después de esa crisis, lo que finalmente desencadenó los movimientos armados independentistas hispanoamericanos. La lucha armada entre los americanos y los ejércitos coloniales inició alrededor del 1810 en la mayoría de los dominios españoles. La independencia de las nuevas naciones se consolida en la década de 1820. Después de perder El Callao en enero de 1826, los únicos territorios dominados por los españoles en América eran Cuba, Santo Domingo y Puerto Rico.

Estados Unidos, el Reino Unido y Francia establecieron relaciones comerciales con los nuevos gobiernos americanos y posteriormente reconocieron la soberanía de los nuevos Estados a lo largo de la década de 1820. Sin embargo, España sólo abandonó los planes de reconquista después de la muerte de Fernando VII, ocurrida en 1833. Las Cortes españolas renunciaron a los dominios americanos en 1836 y autorizaron al gobierno para que pueda realizar tratados de paz y reconocimiento con todos los nuevos Estados de la América española.

En la actualidad, podemos reconocer 3 tipos de sistemas económicos en Latinoamérica, que si bien pueden mantener contenidos generales y mantener espectros de simbiosis, sus economías siguen una línea predeterminada, en esto reconocemos los netamente capitalistas, economías abiertas, los cuales se basan en el modelo del libre mercado, países como Chile, México, Colombia, Panamá y en menor medida Perú, que siguen los modelos económicos de Estados Unidos y Europa. Por otro lado, existen los países que si bien, sostienen una estructura de apertura al mundo, son claramente proteccionistas, modelos más enfocados a la Economía social de mercado o de economías mixtas en diferentes magnitudes, el caso de Argentina, Uruguay, Brasil, Ecuador, Bolivia, Paraguay, Costa Rica, finalmente existen aquellos países que sostienen economías cerradas, o con muy poca relación de libre mercado, manteniendo relaciones económicas con países exclusivos de sus bloques, con clara tendencia al modelo económico marxista, el caso de Cuba y en menor medida Venezuela y Nicaragua que a pesar de sostener modelos económicos semi-cerrados, mantienen relaciones comerciales con las potencias del capitalismo Estados Unidos y Europa.

Fuera del ámbito continental, Argentina, Brasil y México son los únicos países de la región que forman parte del Grupo de los 20 (países industrializados y emergentes); mientras que Chile, México y Perú forman parte de la APEC (Foro

de Cooperación Económica Asia-Pacífico). Finalmente, Chile y México son los únicos que forman parte de la OCDE.

América Latina es una de las zonas del planeta con mayor diversidad étnica y ofrece una amalgama de pueblos cuya presencia y porcentaje varía de un país a otro dependiendo de los movimientos migratorios recibidos a lo largo de su historia. Se pueden distinguir cuatro grupos predominantes: amerindios, mestizos, criollos y afroamericanos (negros, mulatos y zambos).

La mayoría de la población latinoamericana profesa el cristianismo, principalmente el cristianismo católico. Aparte de éste (que es profesado por la mayoría de la población), el cristianismo protestante se profesa de forma minoritaria (aunque influyente) en países como Argentina, Brasil, Chile, El Salvador, Costa Rica, México, Colombia y Guatemala. Puerto Rico es la excepción ya que la población que profesa el protestantismo se equilibra casi con los que profesan el catolicismo. Por lo tanto, en casi todos los países latinoamericanos el catolicismo es la religión dominante. También cabe mencionar las creencias indígenas que se han conservado hasta el día de hoy, y que además son practicadas mediante rituales en países como Bolivia, El Salvador, Guatemala, México y Perú. En México y Guatemala, la más conocida es la típica ofrenda de día de muertos. En Bolivia y Perú se hace un ritual conocido como ofrenda a la Pachamama y la Challa.

Hablar de dogmática religiosa, es la aceptación de cánones establecidos por una autoridad religiosa predominante, es el caso de la encíclicas, son pueblos histórica y culturalmente acostumbrados a aceptar dogmas como ciertos.

En materia de estudios universitarios, la Argentina, Brasil y México poseen los sistemas de educación superior más avanzados y complejos de la región, al concentrar, juntos, el 55 % de los estudiantes de grado y posgrado, el 62% de los establecimientos (5.548 en total), el mayor número de doctorados (69.472), el 82% de la producción científica y el 78% de la solicitud de patentes.

La desigualdad social y la pobreza siguen siendo los principales desafíos de toda la región: según informes de la CEPAL América Latina es la región más desigual del mundo.

La cultura de América Latina tiene como principal característica el sincretismo de culturas muy diferentes, siendo las principales fuentes: Las culturas nativas de América, como la maya, la azteca, la inca y otras culturas precolombinas. Las culturas europeas, en especial las provenientes de la península ibérica: la española y la portuguesa. Además, está la francesa, y en menor medida, la de Italia, Alemania, Inglaterra y Holanda. Las culturas africanas, con impacto principalmente en el Caribe y Brasil.

Hoy en día la mayoría de los países latinoamericanos reconocen el derecho de las mujeres a la salud, al trabajo, ocupación de cargos superiores, políticos, etc., e incluso se castiga el maltrato con sanciones severas. Otros derechos que también han sido reconocidos son tanto el de formar parte del ejército como el de realizar el servicio militar. Irónicamente, en muchos países en donde una mujer puede realizar el servicio militar, sólo es voluntario mientras que en el caso del hombre, la realización de este servicio es obligatorio. Otro es el caso de Costa Rica y Panamá que no tienen ejército.

Los derechos a la educación, así también a la vestimenta, alimentación y protección contra maltratos. En esta región algunos niños o jóvenes adolescentes son víctimas de los maltratos, explotación, pedofilia o acoso sexual. Algunos países ya tipifican leyes para sancionar estas prácticas motivadas por el maltrato y la discriminación. Existen sistemas de educación gratuita a la que concurre la mayor parte de los estudiantes, que en estos países no cuenta con altos recursos económicos. También existen establecimientos privados que sólo son accesibles a las familias de mayores recursos. El mismo escenario se repite para las universidades. Cuba es en el único país que no cuenta con instituciones privadas y su población accede a los derechos educacionales de manera gratuita.

El derecho de los pueblos indígenas, como también de los descendientes de África. Debido a que el racismo todavía es fuerte, algunos países han reconocido sus derechos como es el caso de Bolivia así también en Cuba, Venezuela y especialmente Colombia donde su protección es de carácter constitucional. Se trata de que en estos pueblos sean reconocidos todos sus derechos como ciudadanos, y que puedan formar parte de la política.

En conclusión, en el tema que nos atañe de la instauración de la imputación objetiva en México, en este país como en cualquiera de la zona de Latinoamérica tendrá prácticamente las mismas consecuencias, pues es notoria la similitud que se guarda entre todos estos países.

#### **4.4. Realidad sociocultural y jurídica en México.<sup>171</sup>**

---

<sup>171</sup> Según datos obtenidos de Wikipedia, revista electrónica. En la dirección, <http://es.wikipedia.org/wiki/mexico>.

México es una palabra del náhuatl: “Mēxihco” ‘(el ombligo de la luna)’ oficialmente llamado Estados Unidos Mexicanos, es un país situado en la parte meridional de América del Norte. Limita al norte con los Estados Unidos de América, al sureste con Belice y Guatemala, al oriente con el golfo de México y el mar Caribe y al poniente con el océano Pacífico. Es el décimo cuarto país más extenso del mundo, con una superficie cercana a los 2 millones de km<sup>2</sup>. Es el undécimo país más poblado del mundo, con una población que a mediados de 2013 ronda los 118 millones de personas, la mayoría de las cuales tienen como lengua materna el español, al que el Estado reconoce como lengua nacional junto a 67 lenguas indígenas propias.

La presencia humana en México se remonta a 30 mil años antes del presente. Después de miles de años de desarrollo cultural, surgieron en el territorio mexicano las culturas mesoamericanas, aridoamericanas y oasisamericanas. Tras casi 300 años de dominación española, México inició la lucha por su independencia política en 1810. Posteriormente, durante cerca de un siglo el país se vió envuelto en una serie de guerras internas e invasiones extranjeras que tuvieron repercusiones en todos los ámbitos de la vida de los mexicanos. Durante buena parte del siglo XX (principalmente la primera mitad) tuvo lugar un período de gran crecimiento económico en el marco de una política dominada por un sólo partido político.

Políticamente, México es una república democrática, representativa y federal compuesta por 32 entidades federativas: 31 Estados y el Distrito Federal.

La sede del gobierno y los poderes de la unión es la Ciudad de México, cuyo territorio ha sido designado como Distrito Federal.

Tras el triunfo de la Revolución, dió inicio en México un segundo período de expansión industrial, favorecido, entre otras cosas, por la nacionalización del petróleo y la Segunda Guerra Mundial. En las décadas que siguieron a la conclusión de ese conflicto internacional, la economía mexicana tenía un carácter mixto, es decir, la inversión provenía tanto de la iniciativa privada como del Estado. Los sectores estratégicos fueron convertidos en industrias paraestatales, tal fue el caso de la explotación minera, la siderurgia, la producción de electricidad, la infraestructura carretera. Con la intención de favorecer la transferencia tecnológica, el gobierno permitió que muchas firmas internacionales establecieran filiales en el país, aunque siempre asociadas al capital nacional. La agricultura, por otro lado, era fuertemente subsidiada por el Estado, que se convirtió en el principal intermediario de los productos agropecuarios. Durante el período comprendido entre 1940 y 1970, la economía de México creció a un ritmo de 6,27 % anual, en lo que se dió en llamar el Milagro mexicano.

Sin embargo, la distribución de la riqueza del país no es equitativa y la división entre ricos y pobres es muy grande. Aún así el país tuvo una increíble recuperación de la última crisis financiera desatada en 1994-1995. México es el décimo mayor exportador del mundo y recientemente se le ha nombrado “economía emergente”, como se les denomina a las economías cuyo crecimiento ha sido sostenido en los últimos años. La actividad económica del país depende en gran medida de su comercio con los Estados Unidos de América, los cuales consumen más del 85 por ciento de las exportaciones mexicanas y dan trabajo a casi el 10 por ciento de su población. El envío de remesas por parte de los migrantes internacionales constituye la segunda fuente de ingresos más importante del país después del petróleo.

Parece ser que Mexico es un país que depende mucho de su vecino del norte, es natural que busque modelar muchas de sus actividades. El modelaje parece ser natural pero la copia sin fundamentos puede resultar comprometedora.

Desde mediados de los años 1980 el país se ha inclinado por un modelo económico neoliberal con un fuerte énfasis en la apertura comercial hacia otros mercados, lo cual ha convertido al país en el líder mundial en acuerdos de libre comercio habiendo firmado convenios de este tipo con 40 países en 12 diferentes tratados. Su asociación comercial principal es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés, o TLCAN), que firmó con los Estados Unidos y con Canadá. México también cuenta con un tratado de libre comercio con la Unión Europea, con el bloque denominado EFTA (Luxemburgo, Suiza, Liechtenstein y Noruega); más recientemente se selló también un compromiso similar con Japón.

En cuanto la demografía, la tasa de crecimiento se incrementó drásticamente entre los decenios de 1930 a 1980, cuando el país llegó a registrar índices de crecimiento mayores a 3 % (1950-1980). La población mexicana se duplicaba en veinte años, y a ese ritmo se esperaba que para el año 2000 hubiera 120 millones de mexicanos. Ante esta situación, el gobierno federal creó el Consejo Nacional de Población (CONAPO), con la misión de establecer políticas de control de la natalidad y realizar investigaciones sobre la población del país. Las medidas resultaron exitosas, y la tasa de crecimiento descendió hasta 1.6 en el período de 1995 a 2000. La esperanza de vida pasó de 36 años en 1895 a 72 años en el año 2000.

Migración: Estados Unidos es el país donde viven más mexicanos después de México, algunos de los mexicanos en ese país son de origen indígena debido a que encuentran mejores oportunidades que en zonas rurales de México. La



presencia mexicana en el vecino del norte comienza con la anexión de la mitad norte del territorio del país en 1847. Algunos de los mexicanos que quedaron al otro lado de la frontera regresaron a México, pero otros se quedaron allá (esto ocurrió principalmente en Nuevo México), y conservaron su idioma y costumbres. A ellos se les sumó una buena cantidad de braceros, que se fueron a radicar a Estados Unidos, algunos temporalmente, mediante un acuerdo laboral entre los gobiernos de Washington y México.

México es étnicamente diverso. El artículo 2.º de la Constitución Mexicana define al país como una nación pluri-cultural fundada sobre el principio de los pueblos indígenas. El México actual se caracteriza por ser una «nación mestiza» o, como dijera José Vasconcelos Calderón (1925), un «crisol de todas las razas» tanto cultural como desde el punto de vista étnico.

La política predominante del primer siglo de vida independiente de México era de corte racista. Tras el triunfo de la Revolución, varios pensadores consideraron que México era una nación culturalmente mestiza, y entonces las políticas sociales se dirigieron a asimilar a los indígenas a la cultura nacional. Las consecuencias fueron la reducción en términos absolutos y relativos de las personas que hablaban lenguas indígenas.

La tradición de asilo político por persecución religiosa o ideológica; es la razón de que en México residan intelectuales, científicos y artistas venidos de otras naciones y que han contribuido en diversos campos científicos y artísticos del país a la par de los mexicanos que destacan en los mismos rubros.

México es el segundo país con más católicos del mundo, después de Brasil, seguido por los Estados Unidos. A pesar de ello, el Estado mexicano es oficialmente laico desde que la separación entre las instituciones religiosas y la administración política de la nación quedara consagrada en la Constitución de 1857, y fuera ratificada en la hoy vigente Constitución de 1917. La Constitución de 1824 declaraba que la religión oficial de la República sería la católica, y Morelos señalaba que no debería haber tolerancia para ninguna otra. A partir de la segunda mitad del siglo XX, se inició un proceso de introducción de credos diferentes al católico.

El 21 de septiembre de 1551 se creó la primera universidad en México que fue la Real y Pontificia Universidad de México, inaugurando sus cursos el 25 de enero de 1553. El 22 de septiembre de 1910 fue fundada la Universidad Nacional Autónoma de México, con el nombre de Universidad Nacional de México, considerada la máxima casa de estudios del país, y que actualmente cuenta con tres laureados del Premio Nobel: Octavio Paz (literatura), Alfonso García Robles (paz) y Mario J. Molina (química). La UNAM en la actualidad es considerada la segunda mejor universidad de Iberoamérica.

En términos étnicos y culturales, lo mexicano corresponde únicamente a todo aquello que es referido a la cultura mexicana; por lo tanto, étnicamente los mexicanos son aquellos a quienes se conoce también como pueblos nahuas y cuya lengua es el idioma mexicano. Existe una fuerte discusión para definir lo mexicano; hay dos vertientes completamente divididas: la étnica y cultural, que se enfoca exclusivamente al pueblo mesoamericano llamado pueblo mexicana, y la vertiente legal-administrativa del territorio denominado México. En términos legales y de conformidad con la Constitución, mexicano es aquel ciudadano o ciudadana que haya nacido dentro del territorio de los Estados Unidos Mexicanos o bien, aquel que haya decidido adoptar la ciudadanía mexicana. Este debate da

muestra de esa falta de identidad y de auto reconocimiento del mexicano, si no sabemos quienes somos difícilmente sabremos hacia donde vamos.

Lo mexicano podría ser aquello que caracteriza al ser de México y su pueblo; sin embargo, es un concepto étnico que sólo define la identidad mestiza que se había venido relacionando por mucho tiempo y que se ve limitada respecto a la diversidad étnica del país. Se trata de una construcción intelectual producto de los acercamientos de especialistas a la realidad cultural del país. Al intentar capturar en una sola figura la realidad multicultural de México, el resultado del análisis intelectual ha producido una serie de estereotipos y lugares comunes sobre lo que es ser mexicano. Este discurso acerca de lo mexicano ha sido empleado en el campo político para legitimar el poder, y al mismo tiempo se impone a la población del país como un hecho fuera de toda duda. Hay quien ha aprovechado este incierto, esta confusión en la identidad del mexicano, para poder establecerse en el poder.

A manera de integrar las referencias anteriores de las diferencias y semejanzas entre diversos países y continuando con la búsqueda iniciada desde el principio de este trabajo, de dar respuesta a la interrogante planteada inicialmente y algunas más que se han ido agregando en este opúsculo, acerca de que tan factible es la inserción de una figura, instrumento o teoría, como es la imputación objetiva, en la vida social, económica y jurídica de México, concretamente del Distrito Federal. En tal virtud, a manera de condensar dichas diferencias y semejanzas en las siguientes confrontaciones entre diversos temas que le incumben a la dogmática jurídico penal.

Pese a la diversidad cultural la tendencia es la unificación de criterios como el lenguaje de la música, ordenar y sistematizar para evitar las arbitrariedades e interpretaciones individuales no contrastadas. El derecho penal orientado a las

consecuencias político criminales no se deja influenciar por la filosofía La interpretación debe ser en base del progreso social de un sistema abierto, lo cual es el fundamento y limite al legislador y el juzgador. En una frase de María de la Cuesta: “*El penalista siempre parte de la ley y el ordenamiento debe completar*”.<sup>172</sup>

#### **4.5. ¿Dogmática jurídico penal nacional o la teoría del delito de origen alemán pero reconocida con carácter transnacional?**

Debemos iniciar con una precisión. Se habla de dogmática en referencia a la ley no a lo religioso o a lo social de los conceptos, en otras palabras, se parte de la ley para establecer los principios que rigen el derecho, porque si se hiciera de forma inversa estaríamos tratando con la filosofía del derecho.

Por ello, si el fin de toda ciencia es ordenar y sistematizar, y si pese a la diversidad cultura, constatada en temas precedentes, la tendencia en el aspecto jurídico, es la unificación de criterios para hacer frente a la dispersión y la arbitrariedad que buscaba condensar en constantes, dichos criterios, luego entonces, la interpretación establecida por la dogmática jurídico penal es fundamento y limite del legislador y del juzgador. Algo así como decir que el lenguaje musical es un lenguaje universal más allá de las diferencias culturales, económicas o jurídicas entre los países.

Hagamos remembranza de la crítica a la teoría del delito de origen alemán de no tener futuro (al no ser democrática) y de que en la unión europea todos los ordenamientos jurídicos deben verse como iguales, aunado a que las construcciones dogmáticas de discursos inaccesibles a la opinión pública europea no serían adecuadas a nuestros tiempos (globalización). Al respecto Silva Sánchez comenta:

---

<sup>172</sup> De la Cuesta Aguado, Paz María, *op. cit.*, pág. 22 -28.

*“La teoría del delito no tiene por objeto ningún derecho positivo dado, es general, abstracta y no es exclusivo de una nación, tiene por objeto la construcción, reconstrucción y sistematización de reglas ordenadas a una imputación de responsabilidad segura, igualitaria y conforme a principios garantistas, por lo que no tiene un marco nacional concreto. La dogmática de origen alemán no es una peculiaridad nacional de aquel país, sino un producto científico.”<sup>173</sup>*

Por tal motivo, el estudio comparativo sociocultural que hicimos en capítulos anteriores, nos centra en el aspecto jurídico y por ello en la dogmática jurídico penal, la cual brinda el carácter sistemático y racional del mismo, con la finalidad de reducir la arbitrariedad del juez de tradición romano germánica, para aplicar el derecho, quien no puede dictar sentencia según su parecer o estado emocional, debe hacer uso del fundamento científico que le proporciona su dogmática, una generalidad comúnmente aceptada por un círculo de conocedores para predecir cómo va a actuar el juez en un caso concreto, al respecto Miguel Ontiveros Alonso correctamente señala:

*“Nada hay de nuevo en esta observación. El derecho es una ciencia del espíritu y quienes a ella se dedican (magistrados, jueces, abogados), desempeñan sus labores conforme a su propia “visión del mundo”, sus experiencias, juicios y prejuicios. La subjetividad en el derecho penal no se puede evitar. Así, desde una visión del derecho que pretende ser realista, la función de la dogmática penal es precisamente reducir, hasta donde sea puede, el grado de inseguridad de irracionalidad y de subjetividad en las decisiones judiciales, en suma: creo que la dogmática tiene la función de ayudar al juez a resolver problemas. Para alcanzar ese objetivo la dogmática penal debe pasar por el requisito de “lo racional” de su discurso”<sup>174</sup>*

---

<sup>173</sup> Silva Sánchez, Jesús María, Carlos Caro Coria, Percy García Caverro, Iván Meini, Nuria Pastor, Carlos Parma y José Reaño, *op. cit.*, pág. 16.

<sup>174</sup> Ontiveros Alonso, Miguel, *op. cit.*, pág.

Ahora, conviene tener claro el concepto de racionalidad que permite que frente a un mismo tipo de casos, la racionalidad ayude a llegar a conclusiones parecidas en base a ese razonamiento de igualar criterios y no ha llegar a soluciones basadas en simples hábitos o emociones que nada seguro proporcionan. Aunque para algunos la dogmática jurídico penal pierde fuerza como ciencia por la disparidad de criterios por razones de lucha de escuelas pues, por ejemplo, el finalismo no llegará a conclusiones parecidas que el causalismo, sin embargo, también hay que dejar en claro que esto no ocurre con otras ciencias como son las conocidas como ciencias exactas, donde sus postulados son fácilmente corroborados o comprobados en un laboratorio o en una ecuación.

Así, para cumplir con la científicidad se requiere que las proposiciones teóricas que resulten, sean falibles, en otras palabras, que estén sometidas a un proceso de falseación.

Como segundo requisito que dichas proposiciones tengan cierta estabilidad en el tiempo, esto es, que tengan validez durante un periodo más o menos constante, para que se pueda confiar en ellas y prevenir la arbitrariedad, consiguiendo con estos requisitos, seguridad jurídica.

El tercer requisito a cumplir es que las afirmaciones de una teoría del derecho como lo es la teoría de la imputación objetiva sean calificadas como verdaderas y por tanto defendibles, es una dialéctica cuyo resultado es el control y afirmación de una verdad.

Estos tres requisitos que exige una ciencia, son necesarias para quienes quieren propugnar por la cientificidad del derecho, cabe señalar que la teoría de la imputación objetiva debe cumplir con cabalidad estos requisitos si quiere constituirse como un referente en la solución científica o cuasi científica de los problemas a los que se enfrente. En este contexto, dicha teoría, al cumplir con estos requisitos de la cientificidad, lo debe hacer a través del binomio eficacia-garantía en vez de profundizarse en el problema de su correcta denominación y su prestigio.

Al respecto Lummann es puntual en señalar:

*“Esto permite aseverar la existencia y el significado de un orden consistente como punto de partida indispensable de todo análisis científico, por una parte, y, por otra, rechazar las afirmaciones exageradas del orden por parte de la teoría sistémica y estructural en relación con el cambio social.”<sup>175</sup>*

Por todos estos argumentos queda claro que la dogmática jurídico penal es una ciencia o disciplina que cubre los requisitos para ser considerada como tal, entonces, se puede hacer ciencia en cualquier parte del mundo y por cualquiera comprometido con el estudio perseverante, pues de esta forma llegara a resultados basados en postulados consensados por aquellos que ya lo han hecho y han dejado asentados en una dogmática.

En este sentido Radbruch ilustra muy bien al comentar: *“La ciencia del derecho no es otra cosa que el pronóstico de lo que los tribunales harán en el caso concreto.”<sup>176</sup>*

De todos los contrastes que se dan en la dogmática jurídico penal, por ejemplo: entre el derecho penal de acto y de autor; entre el fin del derecho penal y

---

<sup>175</sup> Luhmann Niklas, *Complejidad y Modernidad de la Unidad a la Diferencia*, op. cit., pág. 45.

<sup>176</sup> Radbruch, Gustav, op. cit., pág. 15.

el fin de la pena; entre el derecho penal mínimo (hiper-mínimo) y la expansión del derecho penal (intervención). Algunos afirman que la dogmática jurídico penal puede variar en relación a los diferentes sistemas jurídicos y sociales en que se establecen sus postulados, esto no es correcto, más bien, lo que cambia, en estas entidades, es la aplicación de esas leyes y su interpretación, porque aquellos principios obtenidos por los penalistas científicos deben y son elevadas a dogma penal. De tal suerte, Silva Sánchez comenta: “*Se busca homogeneizar la teoría jurídica del delito y también las garantías fundamentales que ella arroja.*”<sup>177</sup>

En efecto, si se busca una justicia penal supranacional se debe tener un modelo dogmático y procesal suficiente y eficiente. Para lo cual hay que firmar tratados que establezcan reglas supranacionales con anterioridad al hecho para no transgredir principios tan importantes como el de legalidad y culpabilidad. De tal aseveración se asume que encontrar la piedra filosofal en el ámbito jurídico sería extraer principios generales para establecer la recta decisión para una situación concreta.

De tal suerte que el papel de la dogmática frente a la delincuencia global, no es establecer un derecho especial que haga frente al crimen organizado al violentar las garantías individuales, esto es, que la ciencia del derecho no se convierta en un derecho penal del enemigo o un derecho de dos velocidades. Sin embargo, el riesgo que se corre de establecer un derecho penal tanto sustantivo como adjetivo basados en la diferencia, aún la más justificada, genera siempre desigualdad y por ende incertidumbre jurídica, pues siempre existirá la duda de un derecho excepcional que transgreda las garantías y derechos del gobernado. Con la frase “cacería de brujas” se entiende la persecución de un órgano acusador, basado en un derecho penal de autor y no de acto.

---

<sup>177</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, pág. 80.



Por ende, la teoría del delito puede acoger o admitir sin problemas a los delitos globales con la ayuda de sus estructuras lógico objetivas (culpabilidad, acción, autoría), en este punto se permite hacer la siguiente precisión: para que ésta u otra teoría o postulado sea admitido por la dogmática jurídico penal, es necesario que cumpla con los requisitos que la misma establece en su carácter de ciencia. Luego entonces, hay que aceptar que la dogmática penal puede ser instrumentada en apoyo a cualquier sistema jurídico, pues sus postulados y fundamentaciones obedecen al estudio, desarrollo y producto científico, y el derecho penal junto con la dogmática jurídico penal son flexibles en la globalización por lo que abandonan la expansión, en concreto se adaptan a las necesidades.

En suma, la asignación al derecho penal de papeles relevantes en la respuesta a los ilícitos propios de la globalización y de la integración supranacional implica una flexibilización de las categorías y relativización de principios, lo que abona la tendencia general hacia la expansión del derecho penal.

A este respecto, la mayoría de los juristas propugnan por una ciencia penal universal, de tal suerte que con el carácter general y universal de la dogmática ésta trasciende incluso al tiempo, pues no se puede soslayar que sus criterios, postulados y argumentos sirven para la correcta interpretación de la norma penal, en cualquier tiempo y en cualquier lugar, en pocas palabras, son los principios que deberían guiar cualquier sistema jurídico. Siguiendo a Silva Sánchez quien refiere:

*“La sistemática además eleva la posibilidad de una aplicación igualitaria y razonable del derecho penal. (Justicia) La dogmática es teóricamente superior a aquellas formas que renuncian a un carácter sistemático. Hay quienes critican el carácter sistemático como inconveniente para una teoría supranacional del derecho penal y buscan formas más simplificadas con razones estratégicas o extra científicas, éstas son propuestas políticas al margen de la discusión científica. Por lo tanto, la gramática de la imputación jurídico penal,*

*no existe ninguna razón científica para renunciar a ella, ni tampoco para modificar sus elementos esenciales, la discusión es sólo sobre la adaptación al desarrollo histórico.*"<sup>178</sup>

De tal suerte, no es casual comentar que el uso de la dogmática como valoración en base al respeto a la dignidad humana y a las garantías fundamentales y no como una mera utilización de control social, ayuda a defender la cultura de un pueblo, o sea, su expresión y no la de represión.

Y agrega referido autor: "Una metodología de los casos problemáticos y de estructuras de la imputación antes de pasar al estudio de las estructuras ónticas, lógico-objetivas."<sup>179</sup>

Pese a que el derecho penal pueda ser universal en su dogmática, es cierto que es una opción a elegir para una mejor aplicación del sistema de justicia penal, pues siempre habrá Estados que decidan utilizar sus propios métodos, por ejemplo, países como la India o China que han hecho excepciones a los tratados sobre derechos humanos.

*De nuevo Silva Sánchez, en este sentido parafrasea: "El mundo occidental aún con los mismos orígenes es también fuente de discrepancias en los distintos sistemas de valoraciones."*<sup>180</sup>

Sin embargo, la dogmática aspira a encontrar lo que hay de común en las culturas de la humanidad, perseguir generalidades es lo que hace cualquier científico o incluso el artista, encontrar simpleza de la generalidad, es como buscar la belleza en el bosque y no en el conjunto de arboles diferentes.

---

<sup>178</sup> *Ibidem*, pág. 20.

<sup>179</sup> *Ibidem*, pág. 98.

<sup>180</sup> *Silva Sánchez, Jesús María, Carlos Caro Coria, Percy Garcia Caverro, Iván Meini, Nuria Pastor, Carlos Parma y José Reaño, op. cit., pág. 100.*

Todo lo anterior nos lleva a formular la siguiente interrogante ¿Que sería lo común en todas las culturas de la humanidad? Una respuesta potencial a esta interrogante sería responder otra más específica, ¿Cómo responden ante el delito global, los países en la actualidad? O ¿Cuál será el punto donde todos los gobiernos actuales coincidan para resolver este problema? la respuesta a estas interrogantes tal vez nos brindará, en el futuro, una constante.

Pese a lo anterior, la dogmática de origen alemán es de carácter trasnacional y la mejor posible hasta nuestro tiempo del lenguaje de la imputación, aunque sí reconoce la existencia de problemas a corregir, por ejemplo, el conceptualismo clasificatorio binario. En efecto, para que se dé una aproximación a la realidad ha de renunciarse a conceptos clasificatorios o por lo menos a uno binario, no es una decisión de esto o lo otro, son sólo dos posibilidades para un sistema que tiene muchas, por lo que se debe optar por conceptos con un determinado objeto en mayor o menor medida, el pensamiento neokantiano, en vez de pares conceptuales, dolo-imprudencia, autoría-participación y no una valoración gradual donde se aprecia una realidad en mayor o menor medida.

En este punto también cabe el comentario de Lummann que dice:

*“Mediante los códigos los sistemas logran una redistribución de frecuencias y probabilidades en comparación con lo que les cae en suerte a las materias e informaciones procedentes del entorno. Entonces, el que en la comunicación se afirme o se niegue es algo que no depende ya de los acontecimientos en el entorno, sino de los procesos de selección internamente controlables.”<sup>181</sup>*

No seguir una lógica binaria es una posibilidad de graduación en la imputación objetiva, el riesgo es medible por que la responsabilidad penal es una cuestión de grado y no de clasificación, no es un cajón. El sistema binario en las ciencias sociales puede ser infinito, los fenómenos sociales no se pueden

---

<sup>181</sup> Luhmann Niklas, *Complejidad y Modernidad de la Unidad a la Diferencia*, op. cit., pág. 104.

clasificar binariamente en si pertenecen o no pertenecen es un asunto gradual interpretativo, en pocas palabras, conceptos fijos contra conceptos graduales.

Por su parte Silva Sanchez comenta:

*“Sólo así se puede tender un puente entre el sistema abstracto y el caso concreto, entre las consideraciones puramente nominalistas ordenancistas injusto-culpabilidad, dolo-imprudencia. Esta clasificación permite disminución significativa de la complejidad pero también a un límite para resolución de casos prácticos.”<sup>182</sup>*

Por ejemplo, en el tema que nos atañe la Imputación objetiva y su tratamiento frente a las leyes de probabilidad, esto es, ¿cómo esta teoría puede establecer criterios cada vez más constantes de imputación? es una vía para proveer de contenido significativo al cuerpo del delito y la probable responsabilidad, así para la imputación de una omisión que pasa a formar parte de la acción o comisión activa o la comisión por omisión, no podría explicarse sin la ayuda de una correcta imputación.

#### **4.6. ¿Dogmática penal de origen alemán o la teoría del caso anglosajón?**

Al considerar estas dos posturas inmediatamente surge la interrogante ¿Cuál de estas formas de abordar sistemáticamente el conflicto penal es la conveniente para ser instaurada en un país como México?

Obviamente, se podría pensar que aquella que nos llega más rápido, en términos de vecindad, sin embargo, con la globalización el desplazamiento de la información a cualquier parte del mundo es instantánea. Luego entonces, es en

---

<sup>182</sup> Silva Sánchez, Jesús María, Carlos Caro Coria, Percy Garcia Caverro, Iván Meini, Nuria Pastor, Carlos Parma y José Reaño, *op. cit.*, pág. 22-24.

términos de calidad y más aún la forma en que, un producto cualquiera, se posiciona en el mercado lo que debería determinar que producto debería ser más pronto implementado y aceptado, tanto en el mercado, como en una realidad cultural, económica y por ende jurídica. En efecto, en el mundo moderno se adquieren productos, más por la forma en que se venden, que por el producto en sí, en el caso de una teoría como un producto científico como lo es la teoría de la imputación objetiva, es una sistemática y estructura científica que no debe seguir este mismo proceso de implementación de aquellos productos de consumo por importantes que sean.

Ahondando en esta característica de la economía actual, del vender un producto cualquiera con grandes dosis de “show” (por llamarle de alguna manera, a la publicidad y la mercadotecnia), son estrategias usadas por países como Estados Unidos de América, para que al aplicarlas en países emergentes, signifiquen el establecimiento de estereotipos o estándares, produciendo una percepción superflua en la población, de estos Estados, respecto de los productos exportados de aquel país, convenciendo al consumidor de su calidad superior. De tal suerte que en un país con anhelos de superación y desarrollo, la instauración de figuras o instrumentos provenientes del “norte industrializado” serán fácilmente aceptados en el contexto social, económico e incluso jurídico, sin pensar en que tan benéfico puede ser esta importación. En efecto, sólo se trasplantan mecánicamente y en masa, aquellos productos, ideas, escenarios etc., con la certeza basada únicamente en esta idea generalizada que prácticamente todo lo que viene del “norte” es un producto que tiene que adquirirse.

En el México actual toma sentido aquellas frases del siglo pasado, como la del dictador Porfirio Díaz quien dijo *“Pobrecitos de los mexicanos tan lejos de Dios y tan cerca de Estados Unidos”*, es un frase de principios de siglo y que sigue muy actual, pues últimamente se ha dicho que *“Si a Estados Unidos le da gripe, a México le da pulmonía”* o *“México es el patio trasero de los gringos”*, estas frases no dan más que muestra de una profunda dependencia que tiene México con su

vecino del norte, esta dependencia producto de la cercanía territorial entre dos países con grandes diferencias, suele reflejarse en los aspectos económicos sociales y jurídicos, incluso esta dependencia parece ir más allá al aspecto psicológico moral, situación significativamente más difícil de resolver.

En el ámbito económico se podría extender este estudio hasta connotaciones insospechadas, baste decir que no cabe duda que el principal socio comercial de México es Estados Unidos, en lo cultural, son bastos los ejemplos: el idioma español se ha visto modificado con anglicismos, los estereotipos en la moda del vestir y del estilo de vida lo han impuesto los estadounidenses como un estándar de lo valioso, la música, el cine etc., pero por la misma razón de la no prolongación de este opúsculo dejamos abiertas

Inclusive en el ámbito jurídico esta tendencia de buscar “copia” en vez de modelar ciertas características del país vecino, ha llevado a considerar su sistema de justicia, como el más efectivo para impartirla, aún pese a que nuestro país ya había usado el sistema acusatorio en sus procedimientos judiciales. Es verdad, que últimamente, ha influenciado en la instauración del sistema acusatorio en México, la creencia de que en EUA se logra llegar a una verdad más justa (al menos es lo que nos han escenificado). Por ende, para hablar de la justicia y el derecho norteamericanos, como hemos dicho líneas antes, hay que tener claro que ellos buscan la forma más practica, precisa y más vistosa posible para hacer las cosas, es parte del show, como ellos mismos refieren, el “show time”, esta característica del país del norte de América no debe deslumbrarnos en la instauración de métodos y formulas para aplicar y fundamentar nuestro derecho.

Sin embargo, hemos de decir que pese a las espectaculares referencias que nos llegan del país vecino de cómo imparten su justicia, esta información nos llega manipulada por intereses hegemónicos de una economía, deporte, cultura, etc., superior que persiguen los estadounidenses, donde un muchacho con pantalón vaquero y desde el garaje de su hogar puede formar una empresa

transnacional, logrando posicionar una idea más que un producto. Hay que señalar al respecto que en la realidad “fría”, pese a su infatigable lucha por la precisión, el sistema norteamericano de impartición y procuración de justicia ha experimentado crisis en cuanto a su operatividad y funcionamiento, tal como lo señala William T. Pizzi:

*“Hemos desarrollado un sistema de justicia penal que sirve de entretenimiento popular y que da una tremenda importancia al hecho de ganar o perder. Pero el sistema pone en un lugar prácticamente irrelevante el objetivo de la búsqueda de la verdad. A la larga, un sistema procesal en el que no se puede confiar para descubrir la verdad con un alto grado de fiabilidad, acaba por perjudicar a la gran mayoría de los acusados tanto como perjudica a la víctimas y al público en general.”<sup>183</sup>*

Lo anterior se diferencia de las prácticas alemanas que son más formales y hasta, para muchos, de una seriedad solemne, se dice que los alemanes no demuestran su admiración cálidamente, se basan más en los resultados.

*De esta comparación entre sistemas jurídicos comenta Radbruch:*

*“La meta jurídica del derecho romano es la certera regulación del caso concreto, es decir, antes la equidad que la igualdad, ahora los anglosajones han retomado este derecho del caso, más que los de tradición romano germánica, por lo que el derecho romano se despojo en su momento de peculiaridades nacionalistas para convertirse en un derecho universal, desgraciadamente no fue el caso de sus predecesores como el nazismo, que lo hicieron exclusivo, pero estancado en un tiempo y en un lugar específico. El common law es un sistema que goza de autonomía en comparación con los sistemas con división de poderes, donde los legisladores crean el derecho o las normas, en cambio en aquel sistema de origen anglosajón, las normas son creadas por los jueces, dando como resultado garantías más firmes, en pocas palabras en el primero se persigue la equidad y*

---

<sup>183</sup> Pizzi William T., *Juicios y Mentiras, Crónica de la Crisis del Proceso Penal Estadounidense*, Editoriales Tecnos, Madrid, 2004, pág. 51.

*la justicia del caso concreto, en el segundo sistema el derecho de igualdad y en el establecimiento de los principios generales del derecho.”<sup>184</sup>*

Alemania es un país con pocas semejanzas con países como México, más allá de la lejanía relativa, como vimos en el estudio anterior es una nación que ha transitado por varios momentos relevantes en su historia que han repercutido en el mundo, se puede decir que es un país siempre protagonista, ya sea antagónico como en la segunda guerra mundial o un país relevante por los pensamientos y teorías que han salido de ese territorio, Alemania es un país más parecido a Estados Unidos en muchos aspectos, de hecho, ambos países son tan parecidos que siempre serán aquellos que encabecen, casi en cualquier ámbito, productivo, cultural o deportivo, cualquier competencia..

Sin embargo, la diferencia entre sistemas jurídicos siguiendo a Silva Sánchez radica en que:

*“La regla de imputación de la sistemática de la teoría del delito, aunque no universal si es supranacional que se ocupa de la construcción, reconstrucción y sistematización de reglas de imputación y sólo se le puede oponer la justicia del caso o la justicia del caso. Sin embargo, no toda dogmática es una dogmática sistemática por ejemplo en el ámbito del derecho anglosajón, existe dogmática del hecho punible y no existe un sistema estructurado, los conceptos y reglas de imputación obedecen a un contexto de relación dinámico y abierto por lo que la elaboración científica del derecho penal no es tópica, ni sistemática ni estructural. En cambio en el pensamiento sistemático de la dogmática jurídico penal de origen alemán es el fundamento de la superioridad teórica. La sistemática es la más desarrollada expresión de un lenguaje de la imputación y por lo tanto, la más provechosa muestra propuesta de una gramática internacional de la imputación.”<sup>185</sup>*

---

<sup>184</sup> Radbruch, Gustav, *op. cit.*, pág. 67-70.

<sup>185</sup> Silva Sánchez, Jesús María, Carlos Caro Coria, Percy García Cavero, Iván Meini, Nuria Pastor, Carlos Parma y José Reaño, *op. cit.*, pág. 19.



En efecto, Alemania es un país, que ha logrado permanecer, pese a ser, literalmente, demolida por dos guerras mundiales, tal vez esa es la principal diferencia, que abarca muchas otras diferencias, entre éste y otros países, Así, por ejemplo, mientras Alemania tenía diferencias con el mundo, México tenía diferencias, y aún las tiene, con el mismo.

El sistema de justicia penal Alemán, en su parte sustantiva como adjetiva y en específico en la dogmática, es una estructura y sistema que funciona, de tal suerte que puede haber penas como la de muerte, con el debido fundamento y motivación y se tiene la seguridad jurídica de que es una figura que va a ejecutarse de la mejor manera posible. En cambio en México instaurar una pena de muerte para los delitos, no sólo del fuero militar, tendría pocas expectativas de lograr eficiencia operativa, se darían muchos retos,, más allá del contenido de dicha pena. Tal como lo comenta Reyes Alvarado:

*“No porque un sujeto guarde el reglamento de tránsito evita la muerte de un peatón, el reglamento de tránsito alemán dicta que cada conductor debe comportarse de acuerdo a la situación concreta donde se encuentre dentro del tráfico automotor”<sup>186</sup>*

De las anteriores discrepancias, en el caso de que un nuevo sistema penal (no sólo el procesal) sea instaurado en México, debe tomarse como principal condición, la cultura de un pueblo que no se ha decidido por un camino. Octavio paz un mexicano destacado, en su libro el laberinto de la soledad argumentaba que somos una nación que, en relación a otras, vive en una adolescencia, donde no se tiene convicción de saber lo que se es, dicha condición incumple a su vez con el principio establecido por Sócrates “el conócete a ti mismo” como base y requisito para pasar a cosas más trascendentes.

---

<sup>186</sup> Reyes Alvarado Yesid, *op. cit.*, pág. 128.

He de referir en este punto que esta condición subjetiva idónea se requiere en cada uno de los operadores del nuevo sistema, hemos oído hablar constantemente de un cambio de mentalidad del mexicano, que permita un reflejo en la realidad general de lo que sucede en lo individual. También hemos oído hablar de que las mentes mexicanas están histórica y culturalmente programadas para no trabajar en equipo, sino que buscan destacar individualmente, a este respecto, aunque parezca impropio en este estudio social, hemos de decir que México siempre destaca en deportes individuales y no así por equipos, esto da un ejemplo de la mentalidad mexicana, y a esto se agregan la falta de solidaridad, de respeto, de identificación, de religión, de unanimidad de criterios, acuerdos y consensos políticos y sociales, en fin la lista es larga pero en conclusión podemos dejar sentado que para que los instrumentos o teorías lleguen a ser una realidad en la praxis de la vida de nuestro país es necesario que se den las condiciones adecuadas, quizás voltear a ver los propios pasos y lo que nos ha llevado a la realidad que nos hemos merecido. Es trascendental saber primero quiénes somos, o el hermano menor de Estados Unidos, o el que aspira a cruzar el charco y regresar a ser adoptado por los europeos, o lograr, como es lo debido, una independencia real producto de una realidad propia.

Por lo que respecta al tema de justicia penal que debe elegir México como modelo a seguir, se puede inferir que no hay un sistema que sea completamente efectivo para garantizar un derecho sustantivo y adjetivo que sea eficaz completamente, más allá de que el instrumento o sistema funcione por sus postulados, debemos atender que para llegar a ese resultado se tienen que cumplir con ciertas condiciones que el Estado en que se implementen tiene que lograr delimitar para que éstas sean más eficaces.

En fin Estados Unidos y Alemania como sistemas nacionales, son realidades distintas entre ellas y entre otros países, lo importante es que ambas

funcionan, pese algunas excepciones, pero en países donde la excepción es la regla y donde las cosas no funcionan, se convierte en el reto a vencer.

Conviene a México integrar los principios generales de su tradición romano germánica y producto de una ciencia del derecho en particular la dogmática jurídico penal, con el caso concreto, y con los procedimientos de los que pueda enriquecerse de otros modelos jurídicos, para que la máxima se convierta en ley general, sin embargo, pese a su imposibilidad el principio general del derecho busca dar una brújula para distinguir el bien y el mal en cada caso concreto, esto es, si está de acuerdo con la obligación o no.

Para respaldar esta postura Mir Puig es oportuno al comentar: “No hay una imputación objetiva general por que cada conducta típica tiene sus exigencias particulares”<sup>187</sup>

Y también señala J. Peter: “Establecer nuevas reglas para incluir a un caso marginal que no encaja con exactitud en las reglas existentes.”<sup>188</sup>

#### **4.7.- ¿Expansión del derecho penal o la relevancia jurídico penal?**

En un mundo globalizado, la humanidad ha pasado de la era de la industrialización a la era de la comunicación. Mientras las distancias físicas se han acortado, gracias a los avances de la ciencia y la tecnología, tal parece que las diferencias y distancias sociales se han acrecentado, en efecto, las relaciones entre los particulares se han visto deterioradas por su disfunción comunicativa, producto de una desinformación masiva, pues el problema no radica en la cantidad de información a la que puede acceder un individuo, sino en la capacidad

---

<sup>187</sup> Mir Puig, Santiago, *Significado y Alcance de la Imputación Objetiva en el Derecho Penal*, op. cit., pág. 2.

<sup>188</sup> J. Peter, Laurence y Raymond Hull, *El principio de Peter*, Plaza y Jones, S. A. Editores, Barcelona, 1976.

de elección por la información de calidad, o sea, en la información debida, adecuada y conveniente, sin soslayar que dicha elección depende de las circunstancias. Pero ¿Cuál será realmente una opción a elegir?, ¿En qué términos elegir? ¿Cuál es la capacidad adecuada para elegir? Luego entonces si el problema no es del mundo objetivo, volvemos a la problemática subjetiva de que es aquello que le convendrá elegir al individuo de acuerdo a su presente necesidad. De nada sirve tanta información y la facilidad de acceder a ella, si el sujeto que busca información, no encuentra aquello que necesitaba o aquello adecuado para sus fines, o más aún, su búsqueda lo lleve a una desinformación.

También parece alarmante que los medios de comunicación en vez de erigirse como una herramienta esencial (como lo fue en su tiempo la rueda o la máquina de vapor), represente el gran peligro que lleve a la humanidad a su propia decadencia, es un hecho que el internet ha simplificado el trabajo, pero el esfuerzo por engrandecer la humanidad debe continuar ineludible, todos los inventos son para el progreso del hombre para ir automatizando sus deberes, pero no para sustituir su desarrollo permanente tanto individual como social.

Es cierto que quienes no sepan utilizar debidamente estos medios de comunicación, me refiero, en específico, a aquellos usuarios finales, conduciría a la atrofia social, pues al romperse la debida comunicación entre los integrantes de un grupo, quienes esperan de los demás un comportamiento debido y que competa sólo a la función asignada por la misma sociedad. En tal virtud, es necesario que estos operadores de la información manejen tales herramientas sólo para producir bienestar y nunca el daño, por ejemplo, la humanidad nunca debería olvidar el día que se detonó la bomba atómica, y si recordar que, uno de los fines para lo que se trabajo tanto en la energía nuclear, fue para crear una fuente alternativa de energía duradera, sin embargo, el fin que se le dió en la segunda guerra mundial fue la de destrucción.

En este mismo contexto, en la actualidad los medios de comunicación, son las nuevas fabricas del miedo, en efecto, aunado al avance de la tecnología y la ciencia, los medios de comunicación en su afán por presentarse cada vez más atractivos, redoblan esfuerzos por entretener y captar la atención del espectador, incluso lo hacen sin detenerse a revisar los contenidos del mensaje o el espectáculo que están exhibiendo, y aún más grave, la audiencia a la que van dirigidos, aceptan dicho mensaje, sin exigir que tengan un significado útil para el desarrollo y formación del receptor. Al respecto, el encarnizado debate que tiene por objeto ponderar el derecho a la información y la libertad de expresión, encuentra cabida en el ejemplo: “no prohibir la violencia en los contenidos de la información, si hay actividades violentas cotidianamente aceptadas”.

En el mismo orden de ideas, parece natural que desde tiempos inmemorables, al pueblo le guste la sangre, el morbo, noticias aisladas, etc., máxime cuando se ha permitido un exceso de libertades en la expresión y difusión de la información. Para entender a un Estado Social y Democrático de Derecho, precisamente es aceptar que las libertades no son plenas y que deben basarse en políticas orientadas a fomentar conductas que generen un ambiente y entorno adecuados para el desarrollo de los gobernados, pues es éste uno de los fines más importantes del derecho, por lo tanto, el Estado debe tener presente que para lograr tales fines no puede quedarse al margen de las actividades y en especial de la formación personal debida de los individuos que gobierna.

En este orden de ideas Radbruch coincide en: *“Un Estado Libre y Democrático del Derecho tiene como principal referente al individuo, mientras que un Estado social tiene como referente al grupo, como un todo”*.<sup>189</sup>

De este argumento, es válida la disertación, acerca de que si el pensamiento y el raciocinio es un suicidio de la libertad, pues el poder que otorga

---

<sup>189</sup> Radbruch, Gustav, *op. cit.*, pág. 37.

ser una especie racional al mismo tiempo esclaviza. En efecto, al tiempo de tratar de justificar continuamente la conducta, ésta se auto restringe con prohibiciones cada vez más elaboradas, de tal suerte que para que el grupo pueda seguir con el pacto social, ha conseguido desarrollar mecanismos de comunicación cada vez más complejos, buscando regular sus conductas que permita readaptarse al cambio siempre presente e inherente en la evolución de la especie humana.

En este mismo sentido, la información y los medios actuales para conducirla es una realidad actual útil y a la vez riesgosa. que debe ser controlada por todos los medios, valga la metáfora, como el fuego correctivo que se utiliza entre periodos de siembra para que la cosecha sea mejor, esto es poner límites para que dicho fuego no se propague sin control, de igual forma este poder de la información es responsabilidad no sólo del gobierno de un Estado, sino de todos aquellos que utilizamos dichos medios, esto implica tópicos como el de la educación, hasta el dominio de las ansias de información, pues se ha comprobado su efecto adictivo. En pocas palabras, fomentar una comunicación como un medio para los fines del hombre y no una mala información como el fin del hombre.

Por otro lado, se debe tener en consideración el principio de insignificancia penal, en donde aquellas conductas que sólo afectan en mínimo grado el bien jurídico, no deben ser consideradas relevantes. Al respecto, la administración de justicia penal, que no ha sido instituida para perseguir bagatelas o lesiones insignificantes del bien jurídico, debe excluir desde un principio daños de poca importancia, por ejemplo, quien se apodere de una cerilla de cigarrillo o el que cause un leve rasguño en la mejilla de otro o el juez que le acepte un café al abogado, bien podrían entenderse estos ejemplos como casos de atipicidad, por esta razón, se debe recurrir al principio de intervención mínima del derecho penal, de tal suerte que exagerar penas por casos aislados, nos llevaría a un círculo vicioso de resentimiento, venganza privada y distanciamiento entre los integrantes de un grupo social, por no detectar previamente la causa adecuada que lleva a desencadenar eventos dañinos para los bienes más preciados por este grupo, por

tal motivo, la respuesta no está en la creación y elevación de las penas, incluso tampoco en la prevención en base al castigo, pues estas soluciones pretenden subsanar eventos una vez suscitados, donde ya ha habido una modificación en el mundo, en cambio para que una prevención realmente sea eficaz, en mi opinión, se debe volver la vista, una vez más, al individuo, así, para lograr un ambiente seguro, honesto y libre, se requiere primero la formación de un individuo consciente de su integridad y de su entorno.

Al respecto, Jakobs es coincidente al afirmar: “Dejar pasar errores magnánimamente, delitos, infracciones de bagatela”<sup>190</sup>

En el mismo sentido, esta necesidad de imputar, responsabilizar y castigar, y que convierte al sospechoso en el “chivo expiatorio”, obedece, además de lo ya dicho a la identificación social con la víctima, el débil o el desprotegido, características de una sociedad pasiva interesada más en obedecer que en participar, para que una imputación sea debida debe cumplir con muchos más requisitos que la sola acusación, de una de las partes, sin tomar partido o que haya una simpatía parcial por alguna de las partes.

Esto nos lleva a un cuestionamiento, ¿La pena sirve en algo a la víctima? Experimentar la consumación de la venganza, no restablece ni repara las cosas al estado en que se encontraban, es claro que se llevo a cabo una afectación no sólo material, sino inclusive más dañina, una afectación psicológica y social. La pena realmente ayuda a la víctima o es esta la causa de no dejar salir del problema a los implicados, pues es un continuo recordatorio de un evento traumático, para ambos sujetos. A este respecto, he de dejar en claro que no pienso en desaparecer por ahora la pena, pero si, en mi opinión, debe desaparecer en la medida de lo posible el resentimiento social que va separando a la misma sociedad.

---

<sup>190</sup> Jakobs, Günter, *op. cit.*, pág. 15.

Por tal motivo, Paz de la Cuesta considera: *“Para la proliferación legislativa hay que establecer principios en vez de expandir el derecho penal, mejor aumentar la capacidad de interpretación.”*<sup>191</sup>

En otro sentido, hemos de comentar que el derecho penal mínimo es una característica de un Estado libre y no de uno intervencionista. También hemos dicho que el fin del derecho penal es castigar pero no por cualquier causa, maravilloso será el tiempo en que no se requiera del derecho penal para regular las relaciones entre los gobernados, sin embargo, con el comentado rezago o estancamiento personal, se antoja muy difícil que se encuentre otra forma de sancionar conductas que trasgredan o dañen los bienes jurídicos que la sociedad considera relevantes. En conclusión, la tendencia hacia un derecho penal mínimo debe orientar a los individuos a buscar permanentemente alternativas que solucionen mejor los conflictos sociales, esto, tanto para el establecimiento de los criterios que permitan generar una imputación debida y por otro, la fundamentación de las penas o medidas de seguridad.

*A su vez Jakobs infiere también: “El derecho penal, no es ultima ratio. Pues en vez de tener aspiraciones de reducirse hasta desaparecer, se ha expandido debido al temor colectivo al ser dañado”*<sup>192</sup>

En cuanto a la relación entre la moral y el derecho penal, en el momento que una persona sabe que es “malo” matar, entonces tiene conocimiento de que esa acción representa un delito y este conocimiento está basado en el derecho penal como referente moral, por otra parte, es claro que la sociedad enfrenta esa postura en base a la comodidad y al mínimo esfuerzo, espera que el castigo subsane lo que se ha afectado. Cuando los hombres no saben comportarse por sí

---

<sup>191</sup> De la Cuesta Aguado, Paz María, *op. cit.*, pág. 41.

<sup>192</sup> Jakobs, Günther, *op. cit.*, pág. 71.



mismos y dependen de otro para poder tomar sus decisiones. Luego entonces, el castigo será la única vía, pues todavía no encuentra la humanidad otra forma de hacer entender a todos que el transgredir la ley es malo.

En el mismo tenor: ¿La moral puede proteger del delito? Me sumo a la opinión de los que piensan que no sólo la procuración de una integridad moral de un sujeto, puede ser una alternativa al problema de la inseguridad y de la efectiva prevención del delito, pues una persona plena, feliz, encaminada a desarrollar su particular aspiración en la vida, es una persona que no tiene por qué afectar a otros, pues tiene resueltos sus problemas internos, pero cabría otra pregunta al respecto: ¿serán las necesidades objetivas precarias o inexistentes causa del delito en una persona moralmente positiva? Como si se nos permitiera tomar a una persona, la considerada más benévola, solidaria e íntegra, entre los ciudadanos, para someter a dicha integridad a condiciones extremas de adversidades objetivas, ¿podrá soportar el embate, por ejemplo, del hambre?, en la historia de la humanidad, sólo pocos lo han logrado, en conclusión la felicidad de una persona no sólo se compone de su bienestar moral; aunque es un principio importante y básico en la conducta, no hay que perder de vista que la sociedad debe transitar a una igualdad objetiva, donde los recursos se puedan destinar equitativamente.

El hombre masa carece de moral. La moral es sentimiento de sumisión. Hablar de moral es hablar también de la conciencia de un sujeto, es aquel recuerdo que tiene de los acontecimientos que ha presenciado, lo que queda grabado en su experiencia empírica, de aquello que considera bueno o bello o malo o feo, cuando el hombre no tiene esta capacidad de poder elegir entre estas dos posiciones y permite que otros elijan por él o que su decisión sea no por lo que él quiere, sino por lo que los otros quieren, entonces estaremos hablando de un hombre que es medio de otro o de otros, es un hombre masa, que por comodidad o ignorancia o inseguridad asume las elecciones de otro como propias,

es un atentado a la libertad individual y será un candidato más a convertirse en un hombre masa sumiso, dispuesto a acatar las órdenes y las condiciones de otro.

¿Un ciudadano feliz no cometerá delitos? Considero que es una alternativa que puede convertirse en la única solución, partir de la integridad personal para que dicha entidad pueda ser capaz de tomar una decisión debida en el caso concreto, llamase delincuente, víctima o juzgador.

Sin embargo, también puede darse el caso de que el miedo a ya no ser feliz puede llevar al odio y al resentimiento. Es una frase contundente que se basa en los fines egoístas y ambiciosos de quienes no aceptan que la mejoría de los demás representa una mejoría de las condiciones generales que permiten el cumplimiento de los objetivos y fines particulares, por ejemplo: el comerciante no tendrá clientes, por no tener, estos consumidores, las debidas condiciones de vida para comprar los bienes ofertados, por ende, todos los sectores deben ser imbuidos por la mejora del aspecto moral de una persona, se me ocurre a mí que antes de entrar a trabajar o a estudiar se debe hacer un perfil psicológico, que podría parecer discriminatorio, sin embargo, partir del conocimiento de la carga psicológica de un candidato, permite saber para qué puesto puede desempeñarse mejor y lo más importante si resultara confiable tanto conductual como laboralmente. En este tenor, Sancinetti comenta:

*“Un control de aquello que sucede en el ámbito interno, destruiría a la persona ciudadana; pues de ningún modo puede existir un ciudadano sin un ámbito privado. Ello no excluye remontarse hasta lo interno del autor, una vez externalizado el delito. Esto no puede suceder, sin embargo, para encontrar lo delictivo recién en lo interno, sino para revisar si el delito sucedido también pertenece al autor internamente, o si el autor, al menos internamente, más claro: subjetivamente, está distanciado de ello en todo o en parte, por tanto, si puede ser liberado de responsabilidad.”<sup>193</sup>*

---

<sup>193</sup> Sancinetti, Marcelo A., op. cit., pág. 4.

Otra característica de la expansión del derecho es el garantismo que se alza en contra del capitalismo, esto es, establecer garantías individuales y colectivas frente a los intereses de aquellos poderosos capitalistas con delirios de persecución, cabe la pregunta: ¿hasta donde el derecho penal sirve de instrumento del grupo en el poder?, pues mientras formalmente hay una igualdad entre los individuos sin importar sus condiciones de vida, materialmente, se sabe que las leyes son como las telarañas atrapan a los más pequeños pero los grandes las evaden.

Recordemos que cualquier grupo real de poder utiliza al derecho penal para proteger sus instituciones. Es cierto que el grupo en el poder es el que establece las reglas, por estar dotado de soberanía, producto de legitimidad, o legalidad, o ambas, el riesgo extremo de esta cesión de la soberanía individual por una general, como hemos dicho es que el hombre se convierta en un ser mediato y no un ser con un fin en sí mismo. Si esto sucede, entonces el ser humano perdería su valor en base a la libertad de elección y quedaría sólo como un ente instrumental al servicio de otro hombre. El derecho, utilizado sólo de esta manera, es considerado un instrumento.

Por ende, mayor seguridad implica el sacrificio de la libertad, con un extremo represivo, los que defienden dicha postura consideran que entre mayor sea la necesidad de protegerse, menor sea el respeto al derecho y a las libertades tanto individuales como colectivas. Un ejemplo de lo anterior, está presente en el Estado que tiene más estimación por la economía que por instituciones como la familia, la amistad o la solidaridad, si así lo hace, debe estar preparado para afrontar las consecuencias conductuales negativas de una sociedad basada exclusivamente en la generación del capitalismo. Por tal motivo, difícil tarea es la de reeducar a toda una sociedad, en efecto, es una de las empresas más difíciles que existen, pues para hacerlo hay que desaprender teorías y paradigmas para volver a aprenderlas, algo parecido a lo que Niklas Luhmann enseña con la

deconstrucción y auto-construcción (autopoiesis), como un proceso que rompe paradigmas e ideologías.

*Respecto a este impulso comenta Silva Sánchez: “Sociedad de sujetos pasivos pacientes más que agentes, Dios está con el osado, sin embargo, le quitan su libertad restringiendo su actuar.”<sup>194</sup>*

Por otro lado, el temor de muchos es que la expansión y privatización del derecho penal, únicamente logre vaciar, al mismo derecho penal, de contenido formal y convertirlo en administración, por señalar algunos ejemplos: el reclusorio privado y con el establecimiento de estas instituciones agotar el último bastión de la soberanía. Respecto a la privatización del derecho penal, de nuevo, el maestro Jesús Silva Sánchez opina que: *“De no seguir formalizado y en el ámbito público, el derecho penal carecería de eficacia debido a la divulgación de sus métodos, simplemente ya no servirían para provocar prevención negativa individual.”<sup>195</sup>*

El derecho puede aplicarse como una empresa privada con intereses particulares, hemos dicho que es un tema ríspido que se sitúa en el debate de la justicia negociada, pues los particulares siempre perseguirán intereses particulares que fácilmente pueden negociarse, en cambio la justicia pública se entiende que tiene un fin común, el lograr paz social.

Otro riesgo de la expansión y privatización del derecho a castigar es el de vaciar al derecho penal de contenido formal y convertirlo en administración, por retomar el ejemplo anterior, el reclusorio privado, lo que nos llevaría a la pregunta siguiente: ¿el derecho puede aplicarse como una empresa privada con los correspondientes intereses lucrativos en pugna? En cuanto a la autoría y participación y el principio de culpabilidad, en una organización pública o privada

---

<sup>194</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *La Expansión del Derecho penal*, op. cit., pág. 39.

<sup>195</sup> *Ibidem*, pág. 73.

cuando uno de sus miembros actúan con dolo y otros no, se debe saber cuál es el lugar en la estructura criminal de este sujeto, por lo tanto, se dice que la persona jurídica no actúa con dolo pero si se beneficia del dolo de las personas físicas.

Por último, para enlazar el tema de la expansión del derecho penal y la teoría de la imputación objetiva, hay que tener presente que lo determinante de esta teoría es acotar una conducta normativa que busca aquella condición relevante para el derecho penal, precisamente porque la norma la establece, por lo que la teoría de la imputación objetiva acepta que todas las condiciones son necesarias para que se dé un resultado, pero considera que no todas esas condiciones son punibles, pues de ser así existiría muchas conductas con responsabilidad penal, lo que encaminaría no, a una necesaria expansión del derecho penal, sino una restricción total a la vida social.

De esta serie de reflexiones podemos pensar que la justificación para acusar a alguien reviste, en este sentido, una complejidad. Explicar el por qué de todo lo que acontece en nuestro mundo provocado por nosotros o por el exterior es una serie de criterios de interés, tanto para el que acusa, como el acusado, pues lleva a un fin común, el de una justificación lo más uniforme, certera y verdadera posible.

En tal virtud, el contenido de la teoría de la Imputación Objetiva y sus criterios normativos busca resolver una de las más fundamentales aspiraciones de la ciencia penal, poder determinar con precisión, en qué momento y bajo que contenido, la lesión a un bien jurídico, debe ser considerada como la obra de un determinado sujeto activo, y cuál será el alcance del tipo, en particular el tipo objetivo, que permita establecer, que conductas y en base a qué resultados, son consideradas relevantes para el derecho penal, o cuando dicha afectación es únicamente el producto de la simple causalidad natural o, en último caso, cuando es producto de la casualidad que lleve a excluir conductas sin significación antijurídica.

## **5. VIABILIDAD DE LOS CRITERIOS DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL MARCO SUSTANTIVO DEL DERECHO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL.**

5.1. Avances galopantes de la ciencia y la tecnología en un mundo globalizado. 5.2. La teoría de la imputación objetiva en una sociedad de riesgo propia de una megalópolis, (ciudad de México). 5.5. ¿El código penal para el Distrito Federal de corte finalista (subjetivo) podría acoger una figura funcionalista (objetiva)? 5.6. La imputación objetiva de cara a la reforma penal y procesal penal iniciada en 2008. 5.3. Posibles conflictos y repercusiones negativas de la imputación objetiva en el Distrito Federal. 5.4. Posibles beneficios y alcances de la instauración de la imputación objetiva en el Distrito Federal. 5.7. ¿Incurción tácito-implícita o explícita-literal de los criterios de la teoría de la imputación objetiva en la legislación local?

### **5.1. Avances galopantes de la ciencia y la tecnología en un mundo globalizado.**

De acuerdo al concepto de Ciencia proporcionado por Ferrater:

*“Es un conjunto sistemático y metódico de conocimientos fundados de las cosas por sus causas próximas. Es un conjunto de conocimientos, pues uno o varios conocimientos aislados no llegan a constituir ciencia. Hecho de conocer. La ciencia puede designar tanto un conocimiento teórico como una habilidad práctica, una técnica. De manera más general, el término puede significar el conjunto de las ciencias.”<sup>196</sup>*

En la actualidad prácticamente toda sociedad utiliza los beneficios que brindan la ciencia y la tecnología, hemos de decir que el desarrollo de los países llamados industrializados obedece al énfasis que han hecho en estas importantes ramas del conocimiento humano, pues han logrado simplificar procesos y maximizar los alcances productivos.

---

<sup>196</sup> J. Ferrater Mora, *Diccionario de filosofía, tomo I, Editorial Ariel, México, 1998.*

Por ejemplo, la producción textil, agrícola, ganadera, médica, etc., todas las áreas de producción cuentan ahora con grandes innovaciones a raíz de los descubrimientos de la ciencia y la tecnología que han permitido el desarrollo de productos cada vez más bastos o de mejor calidad.

Sobran los ejemplos, que podrían haber empezado con el descubrimiento del fuego y de la rueda, pero por razones de economía, en el presente trabajo, no ahondaremos.

Sólo hay que dejar patente la emigración en la edad media del oscurantismo religioso al renacimiento ilustrado, la emigración del campo a la ciudad en el siglo XIX para después constatar una emigración del sur subdesarrollado al norte industrializado.

En este transcurrir entre épocas, el movimiento dejó de ser espiritual y se convirtió en corporal, para después convertirse en comunicativo, El contenido del mundo de la cultura, radica en que el hombre no sólo existe naturalmente, pues hay normas culturales que obligan al hombre a superar su condición natural y cobra relevancia el aspecto objetivo. El luchar primero por crear un mundo objetivo y modificarlo de diversas maneras posibles siguiendo los postulados de la ciencia y la tecnología. Lo anterior se puede resumir en la frase dicha por Welzel: "Uniformidad del mundo físico en contraposición de la multiformidad del individuo moral."<sup>197</sup>

Ahora, Como ya hemos dicho, la globalización afecta la expansión del derecho penal pues pronostica un derecho penal unificado pero menos garantista. Con base en la experiencia de los países que integran la unión europea, quienes

---

<sup>197</sup> Welzel, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Editorial B. de F., Buenos Aires, 2005, pág. 174- 177.

adaptaron un sólo derecho, en países que tienen costumbres y creencias diferentes, el reto de la unificación, es que el derecho se convierta en uno para todo el mundo, es una aspiración de la justicia, sin embargo, en América Latina, lejos está aún de considerarse, una realidad.

Es el caso de los nuevos riesgos, como los delitos cibernéticos; o aquel que acepta un desafío mortal, basta que alarde públicamente que ha aceptado el desafío; o cuando la preparación de un compuesto que es mortal, si se desobedece en cuanto a la dosis; otro tanto podríamos decir del salto del Bunge; o la ingesta del pez globo. Todos estos ejemplos nos llevan a pensar en que pasa en una sociedad donde la confianza no existe porque se rebasan los límites de los roles.

En este mismo sentido, dice **Lummann**:

*“Al incluir elementos de otras áreas del saber, tales como la cibernética, la biología, la matemática, etc., ha permitido, por vez primera, observar el fenómeno social desde la perspectiva de su creación en el acto mismo de conocer, superando así la vieja dicotomía entre sujeto y objeto y el objeto por objeto observado. Observado y observador quedan, por consiguiente, integrados en el acto creativo del conocimiento, donde, sin embargo, permanece un punto ciego a toda observación: los esquemas de distinción utilizados por el observador.”<sup>198</sup>*

De tal suerte que el auge de la criminalidad económica organizada se extiende, en la participación del que proporcionó el arma, el taxista, el que cargo gasolina, etc., son quienes coadyuvan objetivamente a que el acto delictivo se produzca. Es una suma de causas que lleva a una imputación colectiva considerada más grave que la individual, aunque hay que determinar la responsabilidad y culpabilidad de cada quien. Al castigar la asociación cuando el acto es planeado por sujetos integrantes, es supra-individual (empresas) por

---

<sup>198</sup> Luhmann, Niklas, *Poder*, op. cit., pág. 9.



ejemplo: empresas privadas o públicas que contaminan; o empresas privadas equiparables, por ejemplo: el terrorismo y el narcotráfico, cabe mencionar que la agrupación criminal ya en sí misma es un delito. En conclusión existen tres tipos de injusto, el injusto individual, el injusto colectivo y el injusto sistémico (empresa).

Al respecto opina Kindhauser:

“En los delitos del crimen organizado todos aquellos que pertenecen a dicha organización responden igual, pues es el narcotráfico y el terrorismo y secuestro, como ejemplos de organizaciones delincuenciales, lo que realmente desestabiliza la seguridad social, por representar una peligrosidad considerable con el sólo hecho de ser criminales organizados, por ello es necesario elevar estos tipos penales a una norma general que regule dichas actividades.”<sup>199</sup>

Lo que sí permite la globalización es un acercamiento comunicativo y una relación de intercambio de información con todo el mundo de los avances científicos y tecnológicos, en tiempo prácticamente inmediato, en ese sentido las fronteras han desaparecido, pero sigue habiendo diferencias físicas que son un límite entre los ciudadanos, por ejemplo, los muros fronterizos. La esperanza en una globalización benéfica del mundo radica en que la comunicación correcta y el manejo responsable de los instrumentos científicos y tecnológicos, nos lleve a acercarnos ideológicamente con otros habitantes del mundo, pero no hay que soslayar que también pueden servir para generar una separación abismal entre los pueblos, la globalización, es pues, una oportunidad para unificación o para la destrucción, para muestra, el ejemplo dicho anteriormente de la bomba atómica.

En cuanto al derecho penal, como avance científico, se busca con la globalización, dar más importancia a la teoría del delito que a la eficacia en la lucha contra el crimen global. Parece que nos hemos estancado en dar distintos contenidos y nomenclaturas a lo que ha sido y sigue siendo delito, se han

---

<sup>199</sup> Kindhauser Urs, Miguel Polaino Orts, Fernando Corcino Barrueta, *op. cit.*, pág. 59-71.

derramado muchos litros de tinta y de papel, para conocer las diferentes interpretaciones de una misma palabra, sin embargo, no son los fines dogmáticos lo único que nos acerca un poco más a la verdad, esto es, encontrar la cura o el antídoto para el mal que nos ha aquejado a la humanidad desde el principio de los tiempos, la conducta humana. Lo que nos llevaría a un avance tangible en la ciencia del derecho, es la aplicación de estos instrumentos y productos a la praxis.

De tal suerte que lo relevante en un mundo global es que estos avances galopantes de la ciencia y la tecnología y la tendencia jurídico penal, propician que la sociedad actual debe tratar de sólo prohibir aquellos riesgos considerados relevantes, riesgos que tiene la finalidad de poner en peligro el bien jurídico, sin embargo, tampoco se soslaya lo determinante del aspecto subjetivo para determinar el conector objetivo de la imputación. En una frase, Silva Sánchez resume lo anterior: *“El hombre tiene mucho menos dolor que antes, pero más sufrimiento.”*<sup>200</sup> Es una frase contundente que denota el gran avance que el hombre ha logrado en campos como el de la medicina, la ingeniería, cibernética etc., que le ha permitido disminuir las desventajas y peligros de su entorno, pero con ello, parece haber acentuado negativamente su percepción del mismo, esto es, no ha logrado resolver problemas de su existencia subjetiva, como el desarrollo personal, que lo lleve a una mejor comunicación, tanto en el dialogo consigo mismo, como con los demás, pues dicho individuo no se ha percatado de que es una comunicación eficiente lo que permite una mejora palpable en las relaciones sociales, y no el castigo como un instrumento correctivo y sancionador.

La vida es un constante riesgo y no existe la posibilidad de evitar la generación de esos riesgos, desde luego sabemos que el hombre como especie y no como género logra conducir su pensamiento y sus actos hacia donde decide llegar, esto es, a un punto o un fin particular. En otras palabras, es en la previsión de los riesgos y establecimiento de fines, lo que representa el poder que tiene,

---

<sup>200</sup> Silva Sánchez. *Jesús María, La Expansión del Derecho Penal, op. cit.,* pág. 5.

dicho hombre, de crear su destino y no dejarlo en manos de la casualidad o la fortuna. De tal suerte, el hombre acepta riesgos por un fin, aún sabiendo que puede haber eventualidades, confía que el objetivo previamente visualizado, por decirlo de alguna manera, “vale el riesgo”. Es un enfrentamiento cotidiano entre la libertad personal en contra del status quo, por lo que el hombre será libre subjetivamente, hasta donde el límite objetivo se lo permita.

En efecto, al Prohibir cualquier riesgo mínimo, dicha prohibición alcanzaría buena parte de las actividades que se consideran socialmente útiles, por ejemplo: sin los laboratorios se paralizaría la investigación y por ende, la vida científica y tecnológica, por lo que sin riesgos, no se pueden perseguir eficientemente las metas más básicas para el desarrollo de la sociedad. En este sentido Mir Puig comenta:

“La determinación de las conductas mínimamente peligrosas para un bien jurídico alcanzaría a buena parte de las actividades que se consideran socialmente útiles pues son muchas las que encierran algún riesgo. Prohibirlas todas supondría paralizar la vida social tal como hoy la entendemos”<sup>201</sup>

Exteriorizando una opinión particular, cualquier aportación que venga a sumar a la ciencia jurídica es tan válida como las que contribuyen a cualquiera otra ciencia, vale la pena, de construir y reconstruir el derecho, si nos lleva al fin correcto, para que en una de esas idas y vueltas encontrar una idea útil para los fines de la especie humana, pues tan importante sería conocer y controlar nuestro entorno físico como conocer un poco más el universo moral dentro de nosotros.

Por resaltar un ejemplo en la sistemática según Silva Sanchez:

---

<sup>201</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, parte general, op. cit., pág. 256.*

*“Es un sistema geométrico dogmática **mera-dio métrico**, que busca exponenciar el carácter científico de la dogmática, Joachim Hruschka<sup>202</sup>. La proto-dogmática es el núcleo analítico de la dogmática no se le pueden oponer ninguna excepción cultural (es un núcleo democrático avalorado). Sin embargo, lo anterior no puede darse porque es una teoría normativa con contenidos y estructura, si es normativo hay valoración ético normativas y jurídico políticas, si se busca la correcta imputación, ésta debe tener sentido no neutral, es una decisión.”*

*Coincide también Radbruch cuando manifiesta: “La ciencia y la naturaleza son ciegas, por que miran hechos sin valor, la filosofía como las ciencias de la cultura hacen referencia al valor, para lo cual debe de haber una escala o medida para poder valorar.”<sup>203</sup>*

## **5.2. La teoría de la imputación objetiva en una sociedad de riesgo propia de una megalópolis (ciudad de México).**

Resaltar la importancia del establecimiento de un código de valores en una sociedad actual, en específico México D. F., es cuestión vital, máxime cuando uno de esos valores es correr ciertos riesgos para conseguir los fines de desarrollo. Por ello, para hablar de una sociedad como ésta y de lo que en ella se considera como una conducta riesgosamente aceptada, es oportuno señalar que la complejidad radica en establecer en qué casos el grupo debe aceptar o no el riesgo, y más aún, cuando, aún siendo aceptado dicho riesgo, éste se castigue por ineficiencia o ineficacia del operador legal, o en sentido contrario, cuando por estos mismos motivos, una conducta riesgosa desborde tal permisión y quede impune. En tal tenor conviene hacer la siguientes interrogantes ¿Representa esta incongruencia un problema, primero de moralidad y segundo de legalidad? ¿Sería injusto defraudar a una sociedad equivocada?

---

<sup>202</sup> Silva Sánchez, Jesús María, Carlos Caro Coria, Percy Garcia Cavero, Iván Meini, Nuria Pastor, Carlos Parma y José Reaño, *op. cit.*, pág. 17.

<sup>203</sup> Radbruch, Gustav, *op. cit.*, pág. 60.

Al respecto surge el siguiente argumento: hay quienes creen que la sociedad siempre tiene la razón, aún en el caso de obrar con injusticia, esta sociedad no aceptaría que alguien genere una aportación nueva, que rompa paradigmas con una moral inadecuada a la misma sociedad, transgrediendo con ello, el orden establecido, de tal suerte, poco importa si dicho rompimiento representara avance en el desarrollo, por ende, la única solución posible, es que la habilidad del individuo de proponer sus innovaciones la concilie con el status quo, y que la sociedad sea tolerante con las diferentes expresiones individuales innovadoras, sin este método y en mi opinión, estaríamos en un regreso a la edad media.

Aclarando lo anterior, es un hecho que un grupo humano busca siempre la protección de sus bienes, por temor, es indudable que el hombre sigue persiguiendo como fin, el erradicar, en la medida de sus posibilidades, su fragilidad que lo hace sentir vulnerable, en pocas palabras, el miedo a lo que desconoce, a aquello que no puede manejar o aquello que es nuevo, sin embargo, la paradoja radica en que si no hay riesgo no hay avance, entonces, el reto siempre será, que tanto el ser humano puede allegarse de bienes que le hacen sentir seguridad, corriendo el menor riesgo posible al hacerlo.

Ahora bien, para hablar de la sociedad mexicana, no hay que olvidar la frase popular: “En México existen varios Méxicos” esto es tan cierto que aún en la gran ciudad de México convergen distintas zonas con diferentes realidades, si bien hemos hecho el estudio social económico y jurídico de México como nación, conviene hacer referencia específica a las condiciones en que se desarrolla la vida en esta megalópolis.

Sabemos que la ciudad de México (incluidos algunos municipios del Estado de México) es, para muchos, en varios tópicos, la ciudad más grande del mundo: por población, por extensión, por historia, por ser el centro político, jurídico y económico del país, etc., por tal motivo, de su misma grandeza desemboca una

gran problemática, por ejemplo, si por un lado genera muchos recursos, por otro, se maximizan los problemas que se tienen que atacar con esos mismos recursos, pues es básico el tema de la educación, pero también del deporte, de la cultura y la salud, la economía y la seguridad social y jurídica, en fin, los gobernantes de esta ciudad tienen que enfrentarse todos los días con esta disyuntiva, por tal motivo, el implementar instrumentos más precisos, más eficaces, que permitan hacer frente a estas problemáticas, es el fin perseguido por aquellos interesados en lograr un desarrollo integral, tanto del conjunto como individual. De tal diserto Radbruch vuelve a ser preciso al argumentar: *“El derecho objetivo, el deber moral es la medida de la libertad exterior sin la que no podría existir libertad interior”*<sup>204</sup>

Otro tópico que no podemos dejar de contemplar es que con la delincuencia organizada, como acontece en cualquier ciudad del orbe, surgen nuevos modelos de imputación objetiva. Las grandes organizaciones de delincuentes, que asemejan sus procesos y métodos a los de cualquier empresa pública o privada, con la abismal diferencia de que las ganancias obtenidas son sustanciales y que les permiten estar a la vanguardia en materia de ciencia y tecnología. Esta situación en que se encuentra México, ha sido atacada de diversos frentes, incluso hay quien declaró la guerra a este grupo ilegal (narcotráfico) que desde el anonimato tiene los medios para dar respuesta a cualquier declaratoria o agresión. En este sentido señala el español Silva Sánchez:

*“Los delitos ya no son sólo pasionales por ejemplo el robo y el homicidio, ahora los delitos globales son más tendientes a aquellos que persiguen el lucro. Efectivamente la despersonalización del delito implica que los delitos comunes sean aquellos que persiguen fines económicos, como son el robo y el fraude, es común que en las sociedades modernas el delito por excelencia sea el patrimonial.”*

Y continúa diciendo:

---

<sup>204</sup> *Ibidem*, pág. 38.

*“La delincuencia organizada ha evolucionado a la par de la globalización, en este sentido dichas organizaciones han desarrollado una estructura y un sistema parecidos a una empresa en la que sus miembros comenten delitos separados en espacio y tiempo de la acción, pero con un fin colectivo común. Con respecto a los sujetos que lideran estas agrupaciones delincuenciales, estos son poderosos criminales que se equiparan a cualquier jefe de empresa, incluso con tanta presencia en la economía de un país, que pueden llegar a desestabilizar, al igual que estos, el sistema económico y social de dicha zona o región. Es el derecho nacional público el último bastión de la soberanía frente a este alcance que ha tenido el desarrollo del sector privado legal e ilegal en un mundo globalizado.”<sup>205</sup>*

Por tal motivo, el derecho penal al establecer lo prohibido genera consenso y refuerza a la comunidad, en este caso la mexicana. Las prohibiciones son expectativas a futuro de situaciones esperadas por el grupo, pero para que tengan la legitimidad suficiente, es necesario que los miembros de dicho grupo tengan libertad individual para que puedan participar en la decisión, si esto no es posible, siempre habrá representación de quien los gobierne, a quien seguirán y apoyaran en todas las decisiones que haga, no pudiendo tener una propia opinión por no saber o poder expresarla. Pese a estas diferencias entre opiniones, al final el que tenga el poder de decidir, crea un ordenamiento que debe ser respetado, porque son las reglas que deben de ser observadas, para propiciar con ello, seguridad y certeza en las actividades cotidianas.

Un ejemplo de lo anterior es el establecimiento en tal metrópoli mexicana del alcoholímetro, el cual no transgrede el riesgo permitido ni las libertades individuales, pues la sociedad ha sido debidamente informada de los daños que puede provocar un conductor ebrio, esto con cifras y datos comprobables (se podría decir en base a los contundente conocimientos objetivos). Establecida la prohibición, el ciudadano común debe acatarla sin excepciones, por haber cedido parte de su soberanía personal a quien creó dicha reglamentación.

---

<sup>205</sup> *Silva Sánchez, Jesús María, La Expansión del Derecho Penal, op. cit., pág 43.*

Precisamente, en cuanto a las reformas anti-garantistas que atentan contra la libertad individual del mexicano, la pregunta obligada sería ¿Que debe hacer el Estado de Derecho para establecer sanciones que no afecten las garantías individuales? Pues hasta ahora, en México, no ha dado resultado aplicar sanciones cada vez más férreas y elevadas con la justificación de dar solución al problema de la seguridad, dañando con ello la libertad de las personas. Por ejemplo, en el establecimiento de un toque de queda, se transgrede el derecho de tránsito de los gobernados, ¿será un sacrificio adecuado en pos de la defensa legal en contra de los peligros del crimen organizado? Otro ejemplo, aunque no legal, pero sí legítimo, es el de las calles cerradas por los vecinos, con el fin de protegerse de la delincuencia, sin la solución y respuesta anticipada, se vuelve un problema de ponderación de derechos.

De tal suerte , todo parece indicar que no hay principio de tolerancia en la sociedad mexicana, donde quien quiere pasar primero arriesgando la integridad del que va junto a él, es un obstáculo para la confianza en dicha sociedad, pues no se respetan roles, únicamente se asume el principio de oportunidad.

En la ciudad de México es necesario, en términos de equidad proporcionalidad al daño causado, reprender al delincuente poderoso en vez del marginado. Al respecto me pregunto ¿Que tan eficaz, en términos de una verdadera lesión social es que las cárceles capitalinas estén llenas de individuos que cometen delitos de baja cuantía? mientras aquellos que defraudan o roban millones gozan de ventajas inequitativas respecto de los que no tienen esas condiciones, tanto antes de entrar en prisión como afuera.

En este aspecto, Habermas nos invita a recordar lo que decía Hegel:

*“Hay una causalidad del destino, cuando alguien daña a otro produce un extrañamiento con respecto a sí mismo y cuando hay delito hay una ruptura en el dialogo tanto con si como con otros. El que delinque se niega a sí mismo no se reconoce en el otro. Siendo la*



*única forma de salvar la particularidad es identificar lo particular en lo universal en el yo, esto en oposición a Kant y su unidad abstracta de conciencia pura.”<sup>206</sup>*

Claro está que la conducta violenta, real, actual e inminente debe causar la reacción de la fuerza judicial inmediata para detener y reprender dichas conductas, pero una lesión que afecta a la sociedad como son los delitos de cuello blanco, también deben ser detenidas reaprendidas y restablecidas, aunque no sean delitos que provoquen un resultado dañino de manera violenta e instantánea, pues estas conductas fraudulentas violentan pero no directamente la integridad de la persona, sin embargo, con el paso del tiempo, es inclusive más dañina para la sociedad y por ende para el individuo. No se debe permitir según Roxin que *“El derecho penal sea a carta magna para el delincuente. Y si la infranqueable barrera de la política criminal.”<sup>207</sup>*

Ahora bien, tanto aquellos capitalinos que exigen mejores condiciones de vida, como los exigidos a procurar esas condiciones, se ven en la imperiosa necesidad de contar con la debida formación personal y profesional dependiendo de su actividad, pues de otro modo, sucederá lo que hasta ahora ha acontecido en México, aquellos que exigen pasivamente esperan que se les cumpla sin hacer nada para merecer una exigencia justa, y sin dicha formación los exigidos no brindan, siendo su deber social y profesional, las condiciones de seguridad y libertad para aquéllos. Luego entonces, se vuelve un círculo vicioso entre la incompetencia de los que exigen y los exigidos, por tal motivo, considero que el primer paso para la mejora de esas condiciones sociales debe iniciarse con la debida formación integral de aquel individuo que va a ser exigido y que a su vez va a exigir tales condiciones objetivas. Tal como lo comenta Radbruch: *“La justicia*

---

<sup>206</sup> Habermas, Jürgen, *Ciencia y Técnica como Ideología*, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, pág. 22.

<sup>207</sup> Roxin Claus, *Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania*, op. cit., pág. 41.

*es el valor supremo como la verdad, el bien y la belleza. La justicia es general requiere bienes generales*<sup>208</sup>

En conclusión, en el combate del crimen y lo que provoca, debe la sociedad aceptar su intervención en la causa y asumir su responsabilidad en dicho delito. Sin embargo, parece que la sociedad mexicana, en términos generales y gracias a muchos factores, algunos heredados otros producto de la pasividad y el egoísmo, han conducido a que la sociedad se desentienda de sus responsabilidades. En otra forma de decir, la sociedad, con el fin de lograr el bien común debe participar en la prevención y erradicación de delitos, esto es, desde las causas más primarias que los originan, hasta responsabilizarse de las últimas consecuencias producto de la inseguridad. Por último, en cuanto a la imputación objetiva podemos decir junto con el jurista Cancio Meliá que *“La imputación objetiva no impulsa una revolución, pero deja al descubierto las razones que pueden haber para hacerla.”*<sup>209</sup>

### **5.3. El código penal para el Distrito Federal de corte finalista puede acoger una figura funcionalista.**

Sin duda, es posible, una vez corroborados los conocimientos dogmáticos aquí planteados y con la necesidad de México de implementar figuras jurídicas acordes a su realidad. La imputación objetiva puede ser contemplada para los fines de una mejor impartición y procuración de justicia, poco importa si ésta tiene un corte finalista, funcionalista o causalista, pues hemos constatado que no hay una teoría que sea pura en el aspecto subjetivo y objetivo, pues como lo dijo Struense ambos aspectos son caras de una misma moneda, y también lo dijo Hirsch tratando de comulgar ambas posturas: *“Tanto el dolo, como elemento*

---

<sup>208</sup> Radbruch, Gustav, *op. cit.*, pág. 31.

<sup>209</sup> Díaz Aranda, Enrique y Cancio Meliá, Manuel, *op. cit.*, pág. 40.

*subjetivo, como los criterios de la imputación objetiva, son necesarios para una correcta imputación penal.”<sup>210</sup>*

En efecto, el querer un resultado, es que haya verdadera probabilidad de alcanzarlo, muchos autores piensan en la resolución del caso por la existencia o no del dolo, en cambio la imputación objetiva se basa en la probabilidad del riesgo. Según Yesid Reyes Alvarado, para quien la primera solución, como la segunda debe usar los criterios de la imputación objetiva, para luego proseguir con el estudio de lo subjetivo, como se ha dicho, en la culpabilidad.

Al respecto Hirsch agrega:

*“Lo subjetivo que queda en la persona es una unidad de inteligencia y voluntad, en base al lenguaje, el trabajo y la familia, y no en la capacidad de abstracción, cuando se despoja de lo objetivo, en pocas palabras, no es posible deshacerse de lo objetivo.”<sup>211</sup>*

Por lo tanto, poco importa que tan malo puede ser un sujeto para el derecho penal o para la norma o para la religión, su deseo no implica, aún llegándose a realizar, que se haya creado o elevado un riesgo que se reproche. Lo que importaría es determinar si los criterios establecidos tanto por Jakobs como Roxin, tienen los alcances benéficos esperados por estos en las particulares condiciones de nuestro país.

Por ende, por estos motivos, se puede introyectan la imputación objetiva, en específico, los criterios establecidos por la teoría de la imputación objetiva en nuestro ordenamiento, pues hemos sido herederos de las tradiciones romano germánicas que nos llegan del viejo continente desde siempre, y esta figura del avance de la ciencia penal no es la excepción.

---

<sup>210</sup> Hirsch, Joachim, *op. cit.*, pág. 42.

<sup>211</sup> *ibídem*, pág. 13.

Sin el afán de radicalizar ambas posturas, más bien tomar una postura de unidad y auto-referencia, como aquella condición, sin la cual, la otra no existiría, resolvería el problema tan añejo de tratar de fincar una supremacía de lo objetivo sobre lo objetivo, esto es, el hombre o su entorno, sino como se dijo en el presente estudio dos caras de una misma moneda.

A este respecto, hay autores españoles que afirman que el código español es más afín con las posturas roxinianas, en tanto, que está penetrado política-criminalmente y porque el concepto de bien jurídico de Roxin y su fundamentación dogmática es más cercano al nuestro.

*Feijó Sánchez, es puntual al referir en este sentido:*

*“Determinar el alcance de los tipos de participación con un mínimo de seguridad jurídica para que se restrinja en cada caso la facultad discrecional del juzgador en particular. En la causalidad existe un nexo causal pero en la imputación es una valoración normativa, hay casos que aún existiendo causalidad no hay imputación. La imputación objetiva para explicar mejor la imprudencia.”<sup>212</sup>*

#### **5.4. La imputación objetiva de cara a la reforma penal y procesal penal iniciada en 2008.**

Continuando con la delimitación y relación de la teoría de la imputación objetiva, toca el turno al aspecto adjetivo, por lo que es relevante considerar que la relación dogmática procesal de esta teoría con el proceso penal de la ciudad de México, nos permite determinar la conciliación entre figuras procesales y la ubicación procesal, en donde se le dará tratamiento a los datos que aporte tan importante teoría.

---

<sup>212</sup> Feijó Sánchez, Bernardo, *op. cit.*, pág. 25,28.

Siguiendo el mismo fin de delimitar el tema en cuestión, hay que señalar que las condiciones de procedibilidad (la querrela y la denuncia), no es tema de la teoría del delito, sino de la parte adjetiva del derecho penal. Lo que si podemos decir es que deben de conciliarse la sustancia con el proceso, o lo que es lo mismo, el fondo con la forma, el camino con el caminante etc. Pues estas dos partes son de vital importancia, su conformación debida permite realizar un fin material, una mejor procuración e impartición de justicia.

A partir de la reforma penal de junio de 2008, el sistema de justicia procesal penal a migrado de un sistema mixto (acusatorio e inquisitivo) a uno de corte acusatorio, por tal motivo se espera que la reforma sustantiva acompañe a dicha reforma y conseguir así una integración y conciliación de ambas legislaciones. En este momento coyuntural para la vida jurídico penal de nuestro país no se deben marginar ninguna opción que al igual que las innovaciones en el terreno instrumental tengan extensión al ámbito dogmático teórico, pues como se sabe sin una debida fundamentación en los argumentos de nada sirve el medio procesal por más sofisticado que sea.

La teoría de la imputación objetiva representa una oportunidad para dar un correcto contenido al juicio de tipicidad que lleve a formular una correcta argumentación y por ende una imputación como base de una responsabilidad punible. Tal como correctamente lo señala Paz de la Cuesta: *“La evolución sistemática dice que no hay antijuridicidad ni culpabilidad, sólo imputación. Las reglas de comportamiento son para los gobernados, las reglas de imputación son para el juez en un momento posterior.”*<sup>213</sup>

Ahora bien, cuando en el seno de la sociedad mexicana se hace una imputación, sensiblemente injusta, a un sujeto por la comisión de un hecho antijurídico parece que ningún miembro de la sociedad, salvo los interesados, está

---

<sup>213</sup> De la Cuesta Aguado, Paz María op. cit., pág. 38.

en clara oposición con esa injusta imputación, nadie defiende al inocente de la injusticia, o por lo menos se cuestiona si hay una defensa debida o si la imputación ha sido manipulada para no contener elementos esenciales o se pregunta quién y cómo lo acuso o si de ser culpable se le encontraron en su contra las pruebas suficientes para su condena, en resumen, si las reglas y el castigo son adecuados con respecto al delito producto de una correcta imputación y a la condición del sujeto.

Esta imputación y su conformación procesal penal debería interesar a todos, quienes a su vez, deberían respetar sus reglas, pues de esta manera se sostiene un Estado Social y Democrático de Derecho, sin embargo, pese a que en la actualidad, la sociedad mexicana supone o tiene la creencia errónea de que se encuentra en una época más humana, más civilizada, más avanzada que las de antaño, hay una creencia generalizada de que los asuntos jurídicos se resuelven con interpretaciones de la ley coherentes y razonadas, sin embargo, esta concepción siempre termina en catarsis, pues implica reaprender que el ser humano, ha avanzado en muchos aspectos de su vida moderna, por ejemplo, la ciencia y la tecnología, pero en lo humano, en lo moral, en lo intrínseco y esencial de su existencia cuya manifestación es su conducta, hay que aceptar que poco ha cambiado el pasado. En este sentido Jakobs resume en una frase: *“La justicia penal es un imperativo categórico, si ella pierde valor también la humanidad.”*<sup>214</sup>

Después de todo el desarrollo del presente trabajo y bajo el criterio de que son más valiosas para el conocimiento las interrogantes que las afirmaciones, nos anima una vez más, ha formular una pregunta compuesta por varias interrogantes que se complementan: ¿Por qué las reglas naturales son suficientes para todas las demás especies menos para el hombre?, ¿Por qué la tendencia del hombre a complicar su existencia?, ¿Por qué no dejar que la misma vida libremente actúe y seleccione?, ¿Por qué permanecemos en un medio que nos constriñe

---

<sup>214</sup> Jakobs, Günther, *op. cit.*, pág. 21.

constantemente a permanecer en un estado determinado?, ¿Por qué es necesario prohibir algunas conductas y otras no?, ¿Por que no sólo aceptar que el orden material lo imponen lo más fuertes, aunque no logren justificarse y legitimarse?, ¿Por qué no aceptar que hay diferencias evidentes entre los seres hasta los de una misma especie?, ¿Por qué las especies entienden bien su función y la aceptan por un razonamiento universal?, ¿Por qué el hombre no logra aceptar sus diferencias, en un principio físicas, luego racionales, espirituales, culturales entre otras? ¿Por qué esta diferencia en nuestra objetividad como en nuestra subjetividad nos lleva a infinitas posibilidades que nadie puede alcanzar a prever?

El fin de este trabajo de investigación como ha quedado asentado desde el principio en el presente estudio, el cual, se vería desbordado con la respuesta de estas inquietudes, conviene sólo saber que sobre esa imputación tienen legítimo interés las partes, y que con el objetivo de construir una certeza, o por lo menos, un criterio más o menos uniforme, impida caer en arbitrariedades e imprevistos por parte del encargado de resolver un conflicto, el juzgador. En efecto, por un lado, el acusado y su defensor tendrán el interés de que no exista una imputación inexistente y/o ilegal, por ejemplo: que sea sólo a título de dolo y culpa, que sea por una transgresión significativa del ordenamiento penal, o sea que sea relevante, por otro lado y frente a ella, la postura de la fiscalía que representa a la sociedad y materialmente a la víctima, cuya pretensión, en la medida en que sea posible, es que el responsable retribuya con el cumplimiento de una pena, su actuar antijurídico y culpable a la víctima y/o la sociedad, restituyendo las cosas al estado en que se encontraban, o la pretensión de que por el fin de la imposición de una pena, como un mensaje al autor y a la sociedad para el cabal respeto de la norma, (cabe mencionar que estas consecuencias del delito se dan, dependiendo de la corriente filosófica jurídica de que se trate, retribucionista o prevencionista o mixta). Posteriormente sea el juez el encargado de velar por el debido cumplimiento de los criterios objetivos, subjetivos y normativos que integran una correcta imputación, en todas las etapas del proceso, hasta la resolución de la controversia donde se determina si es acreditada o no la acusación.

En pocas palabras, a las partes les interesa conocer previamente cuales van a ser los criterios normativos e interpretativos para establecer una legal, correcta, justa y eficaz acusación o imputación.

Para ello se requiere cada vez más de una sistemática suficientemente abierta e integral para guiar a la teoría del delito a la actividad judicial para que se deje atrás el divorcio entre pensamiento teórico y actividad judicial. El objetivo no seguir acrecentando las fronteras entre derecho penal material y el derecho procesal penal y supuestos constitucionales del derecho penal, así como las reglas de imputación y reglas de la determinación de la pena. Por tal motivo conviene seguir el consejo de Silva Sánchez: *“Un sistema debe ser tan sencillo como sea posible y tan complejo como sea necesario.”*<sup>215</sup>

De tal suerte, cabe hacer otra aseveración, cierto es que siempre el mejor consultor para un país, se encuentra en el país, Claus Roxin y Günter Jakobs o Marcelo Sancinetti y Yesid Reyes Alvarado, no viven en el D. F., no conocen la sociedad mexicana y en particular la de la capital y todas las particularidades que muestran, que sólo puede detectarlas quien vive en dicha sociedad.

Ahora bien, para que esta teoría no se convierta en un espejismo fantasmagórico, hay que partir de la certeza que nos da una verdad, pues incluso una mentira cuando se repite o se dice con firmeza se convierte en verdad, pero sólo en apariencia, por lo que nunca se debe adelantar su plenitud veracidad, lo cierto es que esta teoría aún está por afianzarse, el compromiso es seguir siendo innovadores y respetuosos con el *status quo*, con ésta y demás teorías en materia de derecho penal.

---

<sup>215</sup> Silva Sánchez, Jesús María, Carlos Caro Coria, Percy García Caverro, Iván Meini, Nuria Pastor, Carlos Parma y José Reaño, *op. cit.*, pág. 24-25.



Es indudable que se necesita un cambio de valores para lograr un cambio de actitud, que nos lleve a su vez a un cambio en las relaciones entre sujetos de derecho, esto es sanear las costumbres y hábitos que han resultado dañinos para la sociedad capitalina, empezando desde la causa más primigenia posible. En tal punto, permítaseme hacer una crítica, pues, parece que en la ciudad de México hay propagación de escuelas, pero en contraste hay poca actitud académica, realmente no estamos completando la educación y formación de nuestra juventud, ya que el conocimiento y la habilidad no son suficientes para representar un cambio que espera la sociedad en materia de justicia legal, es necesario la actitud basada en valores éticamente correctos al servicio del grupo, nuestra nación.

Máxime del letargo formativo en las universidades cuando aquel que sabiendo, no lo hace, es como un delito de omisión, que sin tener la calidad de garante, sin estar obligado a realizar una acción, cuando tiene todo el conocimiento, para que con ella pueda llegar a evitarse un daño. Lejos del heroísmo temerario, debe imperar el ideal por la solidaridad entre los miembros de una sociedad, de igual forma el que sabiendo y pudiendo ayudar para que ésta y otras herramientas jurídicas sean una realidad no ponen este conocimiento o no con el entusiasmo y la actitud para el beneficio de la sociedad.

Todo lo dicho, con el objetivo de evitar una “Justicia Negociada”, pues es evidente que con pretexto de la mediación y conciliación como métodos alternativos de solución de controversias por ningún motivo se debe desplazar a la verdad y la justicia.

El riesgo siempre latente de lograr manipular la ley, permite que las personas y su dignidad tenga un precio y pueda ser adquirido por otro, esto es, que el hombre termine como un objeto al servicio, o como medio para obtener el fin de otro hombre, rompiendo con todo rasgo de libertad y derecho en él.

Nos queda la eterna pregunta, en relación a si el hombre puede renunciar a sus derechos fundamentales, como la vida y la libertad, de forma más concreta: ¿Será que no respetar la dignidad de una persona nos lleve a convertir a una sociedad civilizada en una jungla donde se imponga la voluntad del más poderoso? En tales consideraciones y parafraséando a Silva Sánchez: *“Es lo mejor, una justicia negociada, contractual, privada, sacrificando la justicia pública y la verdad del hecho”*.<sup>216</sup>

Conviene también tener claro que el derecho penal, considerado como gestión o trámite sin valor, por quienes no ponderan la importante misión de aquel de preservar las leyes en pos de la justicia y la igualdad, en este momento, no se ve tan dañino. Sin embargo, en una sociedad en donde se aplauden los formalismos establecidos, aunque no se generen resultados, vuelve a una sociedad incompetente, que permanece en el mismo estado o condición, por ejemplo en las resoluciones judiciales, en donde todos los casos son distintos, ya sea por los hechos; por los partícipes; o por los que juzgan, la consecuencia lógica es que se llegue a soluciones siempre distintas, en cambio en la justicia del trámite, las sentencias son todas iguales. De tal postura Silva agrega: *“El reto del derecho penal es precisamente, situarse en el límite de coacción estatal formal mínimamente necesario para contener razonablemente la violencia social informal (expresada en delitos y en reacciones informales a los mismos)”*<sup>217</sup>

En efecto, parece que el hecho de que una sociedad establezca un acto solemne, con cierta sacralidad y rígido parecido a un rito, garantiza una percepción de intimidación no habitual. Es aquello que funcionaría con la aportación de un sistema acusatorio por su gran contenido de publicidad. Sobra decir que la pena y la imputación debe estar dotada de esta forma solemne para qué alcance el significado esperado, por lo tanto, tan importante es el fondo y el

---

<sup>216</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *La Expansión del Derecho Penal*, op. cit., pág. 72.

<sup>217</sup> *Ibidem*, P. 79.

contenido como la forma y el proceso, para expresar ese contenido. En esta ocasión Radbruch sostiene: *“Es más importante el valor de la seguridad jurídica que el de la justicia, sin embargo, sin ésta, la seguridad jurídica termina por no tener validez.”*<sup>218</sup>

En cuanto al impacto comunicativo, los medios alternativos pueden ser informales administrativos o privados. Con la reforma penal en México, parece abrirse la puerta para que los particulares sirvan de mediadores o conciliadores en la solución alterna de controversias, con las condiciones que el Estado permita, los particulares acudirían a instancias profesionales para resolver y dirimir sus controversias sin iniciar un proceso judicial oficial.

Ahora, en cuanto a los principios de política criminal en el derecho penal de la globalización, hay que tener presentes los siguientes puntos: Debe existir una sola legislación como excepción al derecho penal del enemigo; El delito principal que se persigue en el fuero federal es el delito económico, en cambio en el fuero común es el homicidio; Reemplazar el principio de legalidad por el de oportunidad para una justicia negociada.

En este mismo orden de ideas, el contenido de la sistemática de la teoría del delito debe tener como núcleo, la atribución de sentido, un hecho contemplado desde una perspectiva teleológica tiene gran significado. El hecho histórico ya pasó, el hecho punible es un juicio del hecho histórico que hacen unos sujetos para determinar un significado jurídico penalmente relevante y debe atribuirse a una persona determinada. Para un sistema global e integral del derecho penal, el criterio de necesidad de pena es un elemento sustancial pero el núcleo, el injusto culpable, no debe ser despojado del sentido material del delito con arreglo a los criterios de justicia.

---

<sup>218</sup> Radbruch, Gustav, *op. cit.*, pág. 51.

*Al respecto Silva Sánchez hace un comentario:*

*“Ceñirse exclusivamente al injusto culpable representa un déficit de sistematización, el sistema debe extenderse a las reglas del proceso penal y a las reglas de derecho constitucional aplicables en el ámbito penal para la integración para que se les atribuya un significado en el sistema.”<sup>219</sup>*

Por último, para respaldar e ir preparando una propuesta final de este opúsculo, hay que señalar que para que la teoría de la imputación objetiva tenga éxito en nuestro país se requieren de tres condiciones, la capacitación, el trabajo arduo y la honestidad, como cualquier empresa con fines de lucro o sin ellos, debe basarse en esta triada de valores permanentes si se quiere obtener un resultado positivo.

#### **5.5. Posibles conflictos concretos y repercusiones negativas de la imputación objetiva en el ámbito jurídico del Distrito Federal.**

**Supremacía de lo objetivo sobre lo subjetivo** transgrediendo con ello el principio de no responsabilidad subjetiva teniendo que retirar, del código sustantivo, todo principio de subjetividad.

Como hemos ya analizado en el presente trabajo, esto no necesariamente tendría que radicalizarse, porque perfectamente pueden convivir ambos principios (responsabilidad subjetiva y objetiva), con la condición de que para algunos casos difíciles, en concreto, será mejor interpretado con alguna de las posturas aquí estudiadas, el causalismo, el finalismo o el funcionalismo), o en otras palabras, la imputación subjetiva en base al dolo y a la culpa seguida por el finalismo o la imputación objetiva de corte funcionalista.

---

<sup>219</sup> *Silva Sánchez, Jesús María, Carlos Caro Coria, Percy García Cavero, Iván Meini, Nuria Pastor, Carlos Parma y José Reaño, op. cit., pág. 29.*

**Que se desborde la magnitud de las imputaciones**, que origine que todas ellas sean graves, únicamente por cumplir con los requisitos objetivos sin detenerse a considerar los subjetivos, como la intención, esta omisión, en mi consideración personal, sería un regreso a la figura del *versari in re ilícita*.

En efecto, el colmo de la regresión a las prácticas arqueológicas como la figura del *versari in re illicita*, sería llegar a responsabilizar a cualquiera, con el único motivo de que la sociedad y el Estado de derecho deben ser mantenidos. Es cierto y de vital importancia para la vida en sociedad que el estatus quo deba ser preservado y que las reglas deban ser encumbradas, pero no se debe permitir retroceder a antiguas prácticas sancionadoras, con la excusa de la necesidad de mantener a toda costa un mal entendido “Estado de Derecho”, en el que alguien debe tener la culpa, aún del caso fortuito. Al respecto Silva Sánchez comenta: “*La víctima siempre se pregunta por un responsable en una cultura de culpar a alguien.*”<sup>220</sup>

**Una hipertrofia de la imputación, conduce a un funcionamiento excesivo o desbordado de la misma**, sin más contenido y significación que el empoderar a la ley por encima de la justicia y la igualdad, de tal hecho, sería válida la crítica que la imputación, como sólo un conjunto de criterios para interpretar exclusivamente y de forma objetiva una conducta típica.

**Desconfianza de los operadores jurídicos**, de re-aprender o re-considerar el derecho, con la obligación de conocer, interpretar y resolver los asuntos con criterios que resultan nuevos. Todo parece indicar que en la sociedad, lo nuevo o el miedo a lo desconocido, es peligroso, precisamente, porque el que no sabe, se rehúsa beligerantemente a aceptar otra realidad.

---

<sup>220</sup> *Ibidem*, pág. 40.

**Que la sociedad no esté preparada** para poder recibir una resolución apegada a criterios tan complicados para su comprensión, en mi opinión considero que este argumento no tiene mayor sustento, porque ya de por sí los jueces no dan una explicación de sus resoluciones para aquel que desconoce el derecho, además el compromiso de re-aprender el derecho es de todos los inmiscuidos en la práctica y la teoría del derecho penal, en el caso anterior, ya le tocara a su abogado explicarle al cliente, en términos coloquiales el sentido y la interpretación de la sentencia.

**Que la teoría de la imputación objetiva no sea un sistema** y sólo una clasificación binaria, tan sólo una herramienta. Por lo aquí analizado considero que del modo que quiera considerarse, teoría, herramienta, o conjunto de criterios de interpretación del tipo, es plausible y hasta loable dar una delimitación en base al método más democrático con la que contamos los seres humanos, la realidad objetiva, y cuando esta delimitación se basa en una interpretación sostenida en principios y bases-cuasi científicas como lo son la teoría del riesgo, probabilidad e inclusive la estadística, para determinar que causa es la idónea o relevante para producir un resultado siempre y cuando sea relevante para el derecho penal. De tal suerte, poco importa si es una ley, teoría, herramienta o instrumento, como se le denomine, lo que importa es el contenido y el fin que busca.

#### **5.6. Posibles alcances concretos de la instauración de la imputación objetiva en el Distrito Federal.**

**Una debida argumentación** que lleve a una imputación con un contenido más certero para que no quede dudas de la responsabilidad de un sujeto activo.

**Tratamiento dogmático simple** de casos difíciles donde es necesaria una mayor justificación y alcance de los criterios dogmáticos.

**Certeza jurídica** de la sociedad que permita llenar vacíos hasta ahora poco comprendidos.

**Estar a la vanguardia de los avances de la ciencia del derecho penal, la dogmática jurídica penal.**

**Servir de base para nuevas y futuras aportaciones** de aquellos que estudian derecho.

**Adaptar a la sociedad mexicana al tratamiento dogmático y procesal de las modernas sociedades desarrolladas**, para intentar imitar, sin copiar, sus prácticas que nos lleven a una mejor funcionalidad.

**Tener una perspectiva más objetiva**, mientras el ser humano no pueda desentrañar los misterios de su psique y prever el futuro, la salida más justa, es la que podemos apreciar en la realidad (partir de una certeza).

**Dejar a la moralidad como un arranque de la conducta esperada** por la sociedad, pero no determinante en materia penal cuando no hay modificaciones materiales.

### **5.7. ¿Incurción tácito-implícita o explícita-literal de los criterios de la teoría de la imputación objetiva en la legislación local?**

Vamos acercándonos más al final de esta humilde pero que busca ser meritoria, investigación, para lograr un buen colofón será necesario dejar asentado en la legislación vigente, la esencia de la teoría de la imputación objetiva y de ser así será conveniente que se haga explícitamente, esto es, se plasme dicha teoría en la parte sustantiva general o especial o en ambas, y también en el código adjetivo, con el afán, como ya vimos, de una reforma integral, en otras palabras:

¿será necesario hacerlo en uno o en varios artículos? ¿En la parte general o tal vez convendrá hacerlo en cada delito en particular?

Al respecto y después de haber desentrañado la teoría de la imputación objetiva, no resulta aventurado dar una particular opinión que sirva de solución a estas últimas interrogantes, con el respaldo ya mencionado de haber desarrollado el presente estudio, enfocado a saber qué es precisamente nuestro objeto de estudio, la teoría de la imputación objetiva, de donde viene, dónde está, cómo se relaciona, cómo funciona, etc.

Cabe hacer la mención que en ejemplos a los que se recurrió en este estudio, tales como el de la “herencia del tío rico”, o el del “pelo de cabra” son ciertamente ejemplos de cátedra muy “bonitos”, pero desde el punto de vista práctico no tienen ninguna significación. No hay que perder de vista que el que quiere dañar, no lo hace de forma extraña, se esmera en disponer del medio más eficiente, por lo que a manera de propuesta, la imputación objetiva (antijuridicidad material) junto a la imputación subjetiva (dolo y la culpa), y los criterios normativos, más allá de que en el fondo se aprecie un reconocimiento tácito de la teoría de la imputación objetiva, es preferible que cuando la jurisprudencia establezca soluciones, lo haga en base a un caso concreto de la realidad. Apoya tal argumento Frisch: *“El caso concreto dará el sentido en base a la imputación objetiva en la jurisprudencia, por que esperar, sería mejor ubicarla en un principio general del derecho que oriente una resolución.”*<sup>221</sup>

Sin más preámbulo, en mi consideración, la teoría de la imputación objetiva debe ubicarse en la parte general, pues sus criterios son generales, aunque también es necesario que la misma esté especificada en la ley explícitamente y no solamente en un artículo que remita tácitamente a esta importante teoría, tal como lo señala el maestro Díaz Aranda:

---

<sup>221</sup> Frisch, Wolfgang, *op. cit.*, 1999, pág. 39.



*“El fundamento legal para la aplicación de la teoría de la imputación normativa del resultado a la conducta, lo encontramos en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual señala que para la integración del cuerpo del delito se deberá atender a los elementos normativos cuando el tipo así lo requiere.”*<sup>222</sup>

Con esta expresión no sólo se debe entender a los elementos normativos expresos en el tipo, pues el legislador mexicano utilizó el termino “requerir”, y eso es lo que ocurre en varios supuestos en los que no tenemos certeza, si el resultado le puede atribuir a la conducta del sujeto, y por ello, es necesario atender a criterios normativos que nos ayuden a delimitar los alcances del tipo. Por lo tanto, es conveniente que lo implícito deba estar apoyado por lo expreso, con alguna referencia, o instaurar un artículo adicional que permita esta posibilidad de interpretación del tipo.

En tal sentido, y aventurando una opinión, si ya se ha tratado de dar solución procesal, migrando de un sistema mixto a uno acusatorio, de cara a los problemas de justicia en nuestro país, también convendrá hacerlo en materia sustantiva, quizás la solución no sólo esté en las modificaciones innovadoras, pues el problema es complejo y no se debe abordar desde una sola faceta, es verdad que los operadores no sólo deben de estar capacitados en el proceso penal, también deben tener la capacidad d proporcionar una correcta delimitación dogmática del tipo para una correcta interpretación que le brinden los argumentos necesarios para motivar y fundamentar sus postulados y/o resoluciones.

Por último, en el caso de la técnica legislativa *del números apertus y de numeros clausus*, considera Raúl González Salas Campos:

“En los delitos dolosos se distinguen entre delitos de resultado y de mera actividad, entre delitos de comisión y de omisión. En cambio, los delitos

---

<sup>222</sup> Díaz Aranda, *Teoría del Delito, Editorial straf, México 2006, Pág. 92.*

imprudentes sólo deben ser punibles cuando la ley así lo prevea expresamente, pues de lo contrario se deja una interpretación, que no siempre es recomendable, para decidir si se da determinados delitos la posibilidad del delito imprudente. Esta posición es ahora recogida por el artículo 60 segundo párrafo del código Penal, en el que ya se contiene la técnica legislativa del numerus clausus para los tipos imprudentes.

**Artículo 60**.... Las sanciones por delito culposo sólo impondrán con relación a los delitos previstos en los siguientes artículos 150, 167 fracción VI, 169, 199 bis, 289 parte segunda..."<sup>223</sup>

De tal suerte, considero que los criterios de la imputación objetiva deben estar contemplados en el Código Penal para el Distrito Federal, en el libro primero de los principios generales, junto con el de dolo y la culpa, como los requisitos que se deben observar para lograr un juicio de tipicidad viable.

---

<sup>223</sup> *González Salas Campos, Raúl, Homenaje al Maestro Celestino Porte Petit Candaudap, Editorial Inacipe, México, 2000, pág. 334.*

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** La teoría de la imputación objetiva no resuelve todos los problemas dogmáticos, de lo único de que se encarga, es del problema nuclear del delito, la delimitación del tipo.

**SEGUNDA.** La teoría de la imputación objetiva trata de establecer la configuración del nexo objetivo-normativo que debe encontrarse entre la acción y el resultado, y con ello poder afirmar la responsabilidad del autor ante la lesión del bien jurídico, con el fin de propiciar una delimitación más clara, concisa y determinada del tipo penal, o en semejantes palabras, es una teoría de la imputación que conceptualmente, es una disciplina científica que se encarga de construir, reconstruir y sistematizar una serie de criterios objetivos que permiten llegar a la responsabilidad penal, a través de la concreta y correcta delimitación del tipo, y en breve, un sistema de componentes independientes pero funcionales como unidad. La imputación objetiva funciona tanto dentro como fuera del sistema.

**TERCERA.** Una teoría de ida y de vuelta. El causalismo se centra en el hombre en relación con su entorno, el finalismo, en el hombre en relación con su interior y el funcionalismo, en el hombre en relación con los demás. Efectivamente, la historia de la filosofía como del derecho penal, se puede resumir en una serie de idas y vueltas entre el pensamiento objetivo, subjetivo y la mezcla o temperancia entre ambos, tal vez todos los filósofos y penalistas no estén tan equivocados o quizás todos tengan algo de razón y de verdad.

Hagamos aquí una pausa en nuestra historia de ida y vuelta, que puede continuar con el predominio de lo objetivo sobre lo subjetivo, en lo que a imputación objetiva se refiere, pero si el fin del derecho penal, es, algún día, dejar de considerarse como una amarga necesidad, para tan excelso fin, el compromiso

de todos es encontrar la forma de prevenir las conductas mal intencionadas o aquellas que se realizan sin el deber objetivo de cuidado, tratando de dotar a los individuos en general de un mejor contenido subjetivo (moral). Por lo que es correcto avizorar que el resultado positivo de mañana sea consecuencia de un cambio de paradigmas que inicien hoy, en el nivel subjetivo de las personas (inteligencia, emociones y espíritu), en fin, todo lo que ocurre en el interior de un ser humano, tal como acertó a decir el filósofo Emanuel Kant “el universo moral dentro de mí y el universo físico arriba de mi cabeza”. Por otra parte, cierto es que el castigo tiene efectos restaurativos, sin embargo, sin la modificación en la subjetivización de cada uno de los sujetos que intervienen en el drama penal, incluida la sociedad, de nada sirve el mensaje de fidelidad o de amenaza, sin que en el interior de tales individuos se reconozca el valor y el significado de estas palabras.

**CUARTA.** La filosofía y la física nunca debieron de separarse, sólo quien puede intercalar, reintegrar, complementar, ambas, puede llegar a conciliar el mundo. A tal bifurcación le debemos el surgimiento de metáforas, poemas, leyes, en pocas palabras, el ser como debería ser.

**QUINTA.** Esta tesis analizó, gestiono e interpreto grandes cantidades de información y aún así, para un hombre común (como el que aquí escribe), sólo se considera una pequeña parcialidad del universo que comprende la teoría de la imputación objetiva. Por tal motivo, hasta que el hombre no sea capaz de analizar la totalidad de la información por sí mismo, y con dicha cualidad tener una exacta previsibilidad de los hechos y logre una predicción psíquica de un posible evento dañino, mientras esto no suceda, tendremos que conformarnos con los pequeños esfuerzos y las aportaciones paulatinas, pero constantes, que nuestra ciencia del derecho penal proporcione.

Sin embargo, el estudio de la dogmática jurídico penal, al develar los diferentes conceptos de la teoría del delito, nos anima a aquellos interesados en

buscar y crear las herramientas jurídicas adecuadas que combatan con el complejo general de incredulidad y desconfianza en la procuración e impartición de justicia de nuestro sistema jurídico. Y es precisamente, a través de conocer y proponer posibilidades y mejoras a dicho sistema, lo que permita que la justicia llegue a ser impartida y procurada de manera competente, producto de una correcta interpretación de la ley y del tipo penal, y particularmente, del tipo normativo.

**SEXTA.** Del principio de confianza, considerado por Jakobs eje fundamental y base necesaria de su funcionalismo sistémico penal, debemos hacer notar que dicho principio permite la asimilación, no sólo de la teoría de la imputación objetiva, sino de cualquier otra figura que estipule el grupo a través de sus representantes y encargados de establecer dicha normatividad, pues estas leyes, así establecidas, son acordes a un Estado Social y Democrático del Derecho. En este sentido, cuando la mayoría de los integrantes de este Estado confían en que aquellos encomendados para llevar a cabo la creación y establecimiento de figuras jurídicas innovadoras, en este caso (la teoría de la imputación objetiva), estamos en presencia de la legitimación, fin y razón de la existencia de todo gobierno, efectivamente, se logra esta anhelada legitimación cuando es producto del esfuerzo conjunto de aquellos que hicieron tal aportación legal, porque para que exista una conciencia común impregnada de confianza, es necesario que aquella a su vez, este basada en el compromiso que tienen y tendrán los operadores jurídicos de cumplir con lo esperado de su función pública y el respaldo continuo a dichas figuras con las bases científicas y jurídicas debidas, sin dejar de considerar el objetivo siempre en la mira, del bien de la comunidad.

**SEPTIMA.** Respecto al principio de confianza que debe imperar en toda sociedad, donde todos esperan de todos, que los encargos asignados, se realicen con el deber objetivo de cuidado o cuando menos, sin elevar el riesgo prohibido que le exige su determinada función social. Tal principio de confianza, parece

tener distintos alcances, pues en el caso de sociedades desarrolladas, donde se observan condiciones favorables para la aplicación de este principio y cuya viabilidad radica en que sus miembros están acostumbrados a cumplir con lo esperado, es fácil verlo observado y respetado. Mientras, es distinto, en sociedades que necesitan de muchas mejoras, dentro de ellas, la urgente educación de sus integrantes, en donde lo normal es que cause extrañeza la aplicación de dicho principio. Por lo tanto, incluso podemos señalar como “principio” antagónico o alternativo al principio de confianza, al del de las sociedades del mínimo esfuerzo.

**OCTAVA.** La evolución galopante de la ciencia y la tecnológica, hace imposible que un Estado se encargue completamente de ellas, por tal motivo, son las asociaciones privadas y profesionales las que expidan reglamentaciones, por ejemplo, en el ámbito médico, la CONAMED, o en el deportivo, la FEMEXFUT quienes vigilan la práctica adecuada que regula su práctica habitual.

**NOVENA.** Los avances en la ciencia jurídica deben ponerse en la práctica como cualquier avance en la ciencia médica.

**DÉCIMA.** En una opinión particular, cualquier aportación que venga a sumar a la ciencia jurídica es tan válida como las que contribuyen a cualquiera otra ciencia, vale la pena, deconstruir y reconstruir el derecho, si nos lleva al fin correcto, para que en una de esas idas y vueltas, encontrar una idea útil para los fines de la especie humana, pues tan importante sería conocer y controlar nuestro entorno físico, como conocer un poco más el universo moral dentro de nosotros.

**DÉCIMO PRIMERA.** Mientras que nuestra dogmática se dirija al caso concreto y no a los principios generales del derecho, estaremos entrando al derecho del caso garantista, estilo Common Law, aunado al proceso acusatorio, sería una adaptación a otro sistema jurídico, ejemplo, el hombre medio en general en frente del hombre que actúa en tales circunstancias concretas y determinadas.

**DÉCIMO SEGUNDA.** No se puede aceptar una dogmática universal omnisciente, mucho menos en la era de la globalización, pues hemos ya comentado que el carácter científico del derecho y en particular del derecho penal, no alcanza para establecer certezas absolutas, tanto en sus métodos como en sus criterios de interpretación, pues esta sistemática puede variar de uno a otro operador jurídico, sin embargo, lo universal sólo existirá en aquello que pueda ser común en todos los casos. Claro está que aún la física cuántica no alcanza a establecer certezas absolutas, tratándose de una parte del universo físico objetivamente observable, con más razón, nada hay absoluto en el inobservable universo interior del individuo. Por lo tanto, la ciencia, el arte y la dogmática jurídico penal, aspiran a la belleza y a la verdad completa, como una generalidad absoluta, aunque estén condenadas a perseguirla por siempre, vale la pena aproximarse, cada vez más, a esa belleza y verdad.

**DÉCIMO TERCERA.** Welzel comentó que en el tipo objetivo se resuelve la teoría de la adecuación social y en el tipo subjetivo, los delitos culposos, donde se incluyen la previsibilidad objetiva y la infracción del deber objetivo de cuidado. En consecuencia, la teoría de la imputación objetiva y la de la adecuación social son teorías íntimamente relacionadas, pues como hemos visto tienen salidas y soluciones similares.

**DÉCIMO CUARTA.** La imputación objetiva no es un corrector de las deficiencias de las teorías causales, ni un cajón vacío donde se ubican los problemas en donde se pretende ubicar los problemas no claros dentro de la sistemática, de ser así, la teoría de la imputación objetiva nada tendría de general ni de sistema, reduciendo dicha figura a un instrumento.

**DÉCIMO QUINTA.** La reglamentación de actividades en unos países como Alemania, es casi total, en cambio en otros como México, ni siquiera la conducción

de vehículos lo está, ejemplo, el inexistente examen de manejo para otorgar el permiso para conducir en la ciudad de México.

**DÉCIMO SEXTA.** Para muchos penalistas, la teoría de la relevancia jurídica es considerada como la precursora de la teoría de la imputación objetiva debido a que constituye un escalón más en la evolución de las teorías de la causalidad, porque considera que los principios de la adecuación no son suficientes para la determinación de la relación causal; el punto fundamental está en una interpretación más exacta del tipo penal.

**DÉCIMO SEPTIMA.** Precisamente uno de los principales objetivos del derecho penal es encontrar una generalidad sobre la aplicación del caso en concreto, dicho de otra forma establecer un principio general aplicable a cualquier caso, como una norma general y universal para todos los casos que se susciten. De tal suerte que encontrar la causa adecuada, representa un factor determinante dentro de la teoría del derecho penal y por ende, en la imputación objetiva, por ejemplo, para determinar la realización de riesgos, es por eso que se dice que la teoría de la causalidad adecuada fue precedente y base para la teoría de la imputación objetiva.

**DÉCIMO OCTAVA.** Conviene a México integrar los principios generales de su tradición romano germánica y producto de una ciencia del derecho en particular la dogmática jurídico penal, con el caso concreto, y con los procedimientos de los que pueda enriquecerse de otros modelos jurídicos, para que la máxima se convierta en ley general, sin embargo, pese a su imposibilidad el principio general del derecho busca dar una brújula para distinguir el bien y el mal en cada caso concreto, esto es, si está de acuerdo o no con dicha obligación.

**DÉCIMO NOVENA.** Ciertamente analizar el problema social, cultural y político, es vital, para que funcione o no, esta teoría, o cualquier iniciativa, instrumento o ley en nuestro país, tal es el caso de países, que herederos de una



tradición romano germánica cuentan con compatibilidad histórica, cultural y política para el desarrollo de su derecho, sin embargo, hay que tener presente que para que opere y funcione una figura como la aquí referida en una sociedad como la mexicana, por regla general, es necesario, el constante monitoreo del propio Estado, pero sin la participación de los ciudadanos, no importa que tan esforzadas sean estas políticas públicas, el sistema no puede ser funcional, parece que cuando se aleja ese vigilante ojo estatal, se aleja también la justicia.

**VIGÉSIMO.** Aunque para muchos un método teleológico valorativo no es independiente de las culturas, pues se tiene la creencia de que éste no va más allá del espacio y el tiempo (visión positivista). También es cierto que se tiene que partir de una certeza para empezar con lo concreto, o dicho de otra forma, los principios o constantes que postula la dogmática jurídico penal son la base y el comienzo para abordar de forma adecuada, el caso concreto.

**VIGÉSIMO PRIMERA.** Para entender a un Estado Social y Democrático de Derecho, precisamente es necesario aceptar que las libertades no son plenas y que deben basarse en políticas orientadas a fomentar conductas que generen un ambiente y entorno adecuados para el desarrollo de los gobernados, pues es éste uno de los fines más importantes del derecho, por lo tanto, el Estado debe tener presente que para lograr tales fines no puede quedarse al margen de las actividades y en especial de la formación personal debida de los individuos que gobierna.

**VIGÉSIMO SEGUNDA.** Lo que da un patrón de comportamiento es la convención establecida por la sociedad, de aquello que considera reprochable en el caso concreto. Estableciendo estándares de comportamiento, es lo que ayuda a medir objetivamente la competencia o rol, al que debe ceñirse el comportamiento de un sujeto de acuerdo a su posición y calidad.

**VIGÉSIMO TERCERA.** La creación de la teoría de la imputación objetiva es un esfuerzo no tan reciente de continuar estableciendo una mejor interpretación de la norma penal, debemos aplaudir cualquier aportación debidamente fundamentada en la ciencia del derecho, en particular, en la dogmática penal, por lo tanto, en lugar del conflicto dogmático entre teorías, debemos encontrar un sistema que funcione y que encuadre adecuadamente en el ordenamiento y en la vida jurídica de un país, es éste el reto real de México.

**VIGÉSIMO CUARTO.** Las conductas variables en el ser humano originan una multiplicidad espiritual, así como el encuadre legal origina leyes abstractas, o como el orden da armonía y belleza a lo ordenado. Nuevamente la belleza natural es enfrentada con la belleza espiritual, la primera obedece a leyes naturales constantes para su conformación, la segunda tiene que crear primero sus leyes y después obedecerlas, en una constante y variable conformación.

**VIGÉSIMO QUINTA.** Lo único que nos puede dar esperanza en una justa, eficaz, pronta impartición y procuración de justicia, lejos de una continua reforma y adición en las leyes, es seguir generando ideas y acciones para resolver dichas deficiencias en el sistema jurídico penal de México, problema que parece un objeto inamovible en la vida jurídica. Nuestro compromiso, como jurisconsultos de la ciencia del derecho penal, es erigirnos como una fuerza irrefrenable ante ese objeto, el desenlace: alguno de los dos, tanto el objeto como la fuerza, en algún momento tiene que ceder, o quizás nunca lo hagan, siendo esta lucha lo único constante, un amargo enfrentamiento entre lo justo y lo injusto para lograr el equilibrio en nuestro mundo, sólo el tiempo lo constatará, si no es que ya lo ha hecho.

**VIGÉSIMO SEXTO.** El abogado litigante en México sabe que el derecho penal sustantivo y adjetivo, son dos caras de una misma moneda, también sabe que la justicia, en nuestra realidad procedimental, se negocia, y no como un

mecanismo alternativo de solución de controversias legalmente establecido, sino que para todos los que nos dedicamos a dirimir controversias penales, sabemos que muchos de los asuntos penales, si es que se cuenta con los medios necesarios, se resuelven con más facilidad en las agencias investigadoras y en los restaurantes, que en el juicio, se ha intentado acabar con este cáncer de corrupción e impunidad, con esta enfermedad lacerante de nuestro sistema de justicia que vulnera sensiblemente a la sociedad, más sin embargo, y pese a estos problemas, el ciudadano mexicano sigue estancado en el remolino de la mediocridad y la indiferencia, hacemos que trabajamos cuando alguien ve, de tal suerte que pareciese que tenemos la necesidad de que nos estén supervisando constantemente para poder realizar nuestra función con calidad y competencia.

**VIGESIMO SEPTIMA.** No podemos esperar a que la vida se equilibre a sí misma, dejando en manos de alguien o de algo, la causa que origine un resultado propicio para lograr equilibrar nuestra vida en particular, para después, estar en condiciones de equilibrar la común. Balance sólo alcanzado por el dominio integral de nuestro interior, pero sobre todo de nuestro exterior, cuyo exponente es la conducta humana, como un producto de una voluntad libre, capaz y respetada por todos y que controle su destino.

**VIGÉSIMO OCTAVA.** Una moral desviada piensa en la destrucción, en la división, en lo negativo, producto del egoísmo y la maldad, una conducta así ejecutada es lo que castiga el derecho penal. Una vez identificado lo que se ha entendido por maldad y por daño, en el tiempo y lugar determinado, se convierte en una certeza, aunque también es cierto que el significado de esa maldad es lo que, quien detenta el poder, quiera que sea, eso es también una realidad.

**VIGÉSIMO NOVENA.** Albert Einstein dijo: “En tales cosas como la materia parece que nos hemos equivocado todos. Lo que llamamos materia es energía, cuya vibración es tan baja que es imperceptible por nuestros sentidos. La materia no existe.” Quien pueda percibir el mundo distinto a los demás, es un privilegiado

en ver las cosas como realmente son y no como las representaciones de otros, si todo es energía, luego entonces, toda energía es la realidad objetiva, las ideas también son energías y son realidad, la energía, o sea, la luz, es tan democrática y eterna como la muerte, sólo que la energía utiliza la muerte para migrar a otro contenedor.

Cuando alguien logra ver la luz o la energía en todo lo que le rodea, y mejor aún, la expresa, es un ser que está realizando, en sus actos, su función de vida, esta actividad la hace, como si hubiera nacido para ello, como si su función hubiera estado esperando por él, casi inexplicablemente, todos sus congéneres perciben esa perfección en su obra, pues expresando vida, está expresando energía, es una luz más en el universo.

**TRIGÉSIMA.** Seamos la causa que mejore nuestra realidad, el principio está en la integridad subjetiva que debe realizarse en lo material objetivo, decidamos que nuestro espíritu hable, para que nuestra gente escuche: la voz de la justicia renacida de la grandeza mexicana.

## 7. PROPUESTA.

El Código Penal para el Distrito Federal debe contemplar la figura de la imputación objetiva en uno de sus principios generales, con el fin de no referirse subsecuentemente, a ésta, en cada uno de los tipos penales en lo particular y, para que el estudio de éstos, se haga con dichos criterios generalmente establecidos, en concreto la propuesta radica en que en el Código Penal para el Distrito Federal, Capítulo Primero, de los Principios, en sus artículos: segundo: (principio de tipicidad) primer párrafo y cuarto (principio del bien jurídico y antijuridicidad material) que actualmente se describen de la siguiente manera:

**ARTÍCULO 2** (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). No podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal del delito de que se trate. Queda prohibida la aplicación retroactiva, analógica o por mayoría de razón, de la ley penal en perjuicio de persona alguna.

**ARTÍCULO 4** (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal.

Deben adaptarse a la siguiente redacción, ya con el criterio de la imputación objetiva, los cuales, versarían así:

**ARTÍCULO 2** (Principio de tipicidad y prohibición de la aplicación retroactiva, analógica y por mayoría de razón). No podrá imponerse pena o medida de seguridad, si no se acredita la existencia de los elementos de la descripción legal, **así como los elementos objetivos subjetivos y normativos**

del delito de que se trate. Queda prohibida la aplicación retroactiva, analógica o por mayoría de razón, de la ley penal en perjuicio de persona alguna....

**ARTÍCULO 4** (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material).

Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en **peligro objetivamente determinado**, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal.

## 8. BIBLIOGRAFÍA.

- 1) KAUFMANN, ARTHUR, Filosofía del Derecho, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- 2) BACIGALUPO, Enrique, Derecho penal. Parte general, Ara Editores, Lima, 2004
- 3) BERNARDO FEIJÓ SÁNCHEZ, Límites de la Participación Criminal, ¿Existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en derecho penal?, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2001.
- 4) CANCIO MELIÁ, MANUEL, Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2005.
- 5) CANCIO MELIÁ, MANUEL, La Exclusión de la Tipicidad por la Responsabilidad de la Víctima, Editorial de la Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 1998.
- 6) CANCIO MELIÁ, MANUEL, Marcelo Ferrante y Marchelo Sancinetti. Teoría de la imputación objetiva, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 1998. p101.
- 7) CEREZO MIR, JOSÉ, Curso de Derecho Penal Español, Tomo I, 5ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
- 8) CREUS, CARLOS, Derecho Penal, parte general, 5ª edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
- 9) CRUZ Y CRUZ ELBA, Teoría de la ley penal y del delito. Iure Editores, México, 2011.
- 10) DÍAZ ARANDA, ENRIQUE, El Dolo, Editorial Porrúa, México, 2005.
- 11) DÍAZ ARANDA, ENRIQUE, MANUEL CANCIO MELIA, La Imputación Normativa a la Conducta, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, Buenos Aires, 2004.
- 12) Díaz Aranda, Teoría del Delito, Editorial straf, México 2006

- 13) GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, Delitos Cualificados por el Resultado, Editorial Centro de Estudios Ramón Ateces, España.
- 14) HABERMAS, JÜRGEN, Ciencia y Técnica como Ideología, Editorial Tecnos, Madrid, 2005.
- 15) HANS WELZEL, Derecho Penal, parte general, 12ª edición, Editorial Jurídica de Chile, 1987, Traducción Juan Bustos Ramírez.
- 16) HEGEL, FRIEDERICH G. W., Filosofía del Derecho, Introducción Carlos Marx, Editorial Ediciones Casa Juan Pablo, México, 2004.
- 17) HEGEL FRIEDERICH G. W., Principios de la Filosofía del Derecho, Editorial Edhesa, segunda edición, España, 1999.
- 18) HIRSH, HANS JOACHIM, DERECHO PENAL, OBRAS COMPLETAS TOMO III, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- 19) JAKOBS, GÜNTHER, Derecho Penal, parte general, Fundamentos y Teoría de la Imputación, Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo, 2ª edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, España, 1997.
- 20) JESCHECK, HANS HEINRICH, Tratado de Derecho Penal, parte general, Editorial Comares, Granada, 1993.
- 21) J. Peter, Laurence y Raymond Hull, El principio de Piter, Plaza y Jones, S. A. Editores, Barcelona, 1976.
- 22) JIMÉNEZ DE ASÚA, LUÍS, Lecciones de Derecho Penal, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.
- 23) JIMÉNEZ DE ASÚA, LUÍS, Teoría del Delito, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002.
- 24) JIMÉNEZ DE ASÚA, LUÍS, Tratado de Derecho Penal, Editorial Losada, Buenos Aires, 1961.



- 25)KAUFMANN, ARTHUR, Filosofía del Derecho, Editorial Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1999.
- 26)ENGLISH, KARL, La Teoría de la Libertad de la Voluntad en la Actual Doctrina Filosófica del Derecho Penal, Editorial B de F, Buenos Aires, 1965.
- 27)KINDHAUSER, URS, Miguel Polaino Orts, Fernando Corcino Barrueta, Imputación Objetiva e Imputación Subjetiva en Derecho Penal, Editorial Grijley, Huánuco, Perú, 2009.
- 28)LOUANN CRISANTO MOLINA, *Tesis: Prohibición de Regreso “Limite a la Participación y La Responsabilidad Penal, UNAM, México, 2010.*
- 29)LUHMANN, NIKLAS, Complejidad y Modernidad de la Unidad a la Diferencia, Editorial Trotta, Madrid, 1998.
- 30)LUHMANN, NIKLAS, Poder, Editorial Antropos, España, 1995.
- 31)LUHMANN, NIKLAS, ORGANIZACIÓN y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo, Editorial Antropos, Barcelona, 2005.
- 32)MAURACH, REINHART, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, Traducción Juan Córdoba Roda, Ed Ariel, Barcelona, España, 1962.
- 33)MEZGER, EDMUNDO, Derecho Penal, Tomo I, Valleta Ediciones, Buenos Aires, 2004.
- 34)MIR PUIG, SANTIAGO, Introducción a las Bases del Derecho Penal, 2ª edición, Editorial Montevideo, Buenos Aires, Argentina, 2003.
- 35)MIR PUIG, SANTIAGO, La Función de la Pena en el Estado Social y Democrático de Derecho Penal, 2ª edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1982.
- 36)MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Derecho Penal, parte general, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- 37)ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL, Legítima Defensa e Imputación Objetiva, Editorial INACIPE, México, 2005.
- 38)DE LA CUESTA AGUADO, PAZ MARÍA, Tipicidad e Imputación Objetiva, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 1995.
- 39)PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE, Carlos Suarez González y Manuel Cancio Meliá, Un Nuevo Sistema Penal: Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs, Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 1999.
- 40)PIZZI, WILLIAM T., Juicios y Mentiras, crónica de la crisis del proceso penal estadounidense. Editoriales Tecnos, Madrid, 2004.
- 41)POLAINO NAVARRETE, MIGUEL, Fundamento Dogmático del Derecho, Editorial Porrúa, México, 2001.
- 42)PORTE PETIT, CAUNDAUDAP CELESTINO, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal, 20ª edición, Editorial Porrúa, México, 1998.
- 43)PUPPE INGERBORG, La Imputación del Resultado en Derecho Penal, Editorial Ara, Lima, Perú, 2003.
- 44)RADBRUCH, GUSTAV, Filosofía del Derecho, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1978.
- 45)GONZALEZ SALAS CAMPOS, RAUL, Comentario a La Nueva Regulación del Tipo Culposos, La Teoría de la Imputación Objetiva, Homenaje al maestro Celestino Porte Petit, México, D. F., 2000.
- 46)REYES ALVARADO, YESID, Imputación Objetiva, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1996.
- 47)ROXIN, CLAUS, Evolución y Modernas Tendencias de la Teoría del Delito en Alemania, Traducción de Miguel Ontiveros

- Alonso, Editorial Ubijus, Instituto de Formación Profesional, México, 2009.
- 48)ROXIN, CLAUS, Política Criminal y Estructura del Delito, Editorial PPU, Barcelona, 1992.
- 49)ROXIN, CLAUS, Jakobs, Günter, Shunemann, Bern, Sobre el Estado de la Teoría del Delito, Editorial Civitas, Madrid, 2000.
- 50)ROXIN, CLAUS, Política Criminal y Estructura del Delito, Elementos en Base a la Política Criminal, Traducción Enrique Bacigalupo, Editorial PPU, Barcelona, 1992.
- 51)ROXIN, CLAUS, Teoría del Tipo Penal, Editorial Depalma, Buenos Aries, 1979.
- 52)SANCINETTI, MARCELO, Fundamentación Subjetiva del Ilícito y Desistimiento de la Tentativa, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1995.
- 53)SAUER, GUILLERMO, Derecho Penal (parte general), Editorial Bosh, Barcelona, 1956.
- 54)SCHÜNEMANN, BERND, El Sistema Moderno del Derecho Penal: Cuestiones Fundamentales, Estudios en Honor a Claus Roxin en su 50.º aniversario, Traducción Jesús Maria Silva Sánchez, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- 55)SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA, Estudios de Derecho Penal, Carlos Caro Coria, Percy García Caverro, Iván Meini, Nuria Pastor, Carlos Parma y José Reaño, Ara Editores, Perú, 2005.
- 56)SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARIA, La Expansión del Derecho Penal, Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Post-industriales, reimpresión, Ed. Civitas, Madrid, 2001.
- 57)SOLER, SEBASTIÁN, Derecho Penal Argentino, 10ª reimpresión, Editorial Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992.

- 58)STRATENWERTH, HÜNTER, El Futuro del Principio Jurídico Penal de Culpabilidad, el Hecho Punible, Editorial Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980.
- 59)VON LISZT, FRANZ, La Idea del Fin en el Derecho Penal, Editorial Comares, Granada, 1995.
- 60)WELZEL, HANS, Derecho Penal Alemán, Traducción Juan Bustos Ramírez, Tercera Edición Castellana y Doceava Edición Alemana, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 1993.
- 61)WELZEL, HANS, El Nuevo Sistema del Derecho Penal, Editorial Montevideo, Buenos Aires, 2002.
- 62)WELZEL HANS, Filosofía del derecho, Editorial B de F., Buenos Aires, 2005.
- 63)FRISCH, WOLFANG, Imputación Objetiva, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.
- 64)ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Derecho Penal Parte General, Editorial Porrúa, Buenos Aires, 2001.
- 65)ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, Manual de Derecho Penal, Editorial Porrúa, Buenos Aires, 2001.

## LEGISLACIÓN

1. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Editorial Isef, México, 2014.
2. Código Federal de Procedimientos Penales, Editorial Isef, México, 2014.
3. Código Penal Federal, Editorial Isef, México, 20014.
4. Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Isef, México 2014.
5. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México 2014.

## DICCIONARIOS

1. Diccionario Crítico Etimológico. Castellano e Hispánico, J. Corominas y J.A. Pascual, México, 2001.
2. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, España, 2002.
3. Diccionario de filosofía, J. Ferrater Mora, tomo I, Editorial Ariel, México, 1998.

## ARTICULOS ELECTRONICOS.

1. JohnStuartMill, [Bibliotecadigital.ilce.edu.mx/sites/ciencia/volumen3/.../161/.../sec\\_29.htm](http://Bibliotecadigital.ilce.edu.mx/sites/ciencia/volumen3/.../161/.../sec_29.htm) On Liberty, publicado en Londres 1816
2. Santiago Mir Puig significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, pág. 2.
3. Tratado sobre la naturaleza humana, David Humé, Libros En La Red, Edición Electrónica: Diputación de Albacete - Servicio de Publicaciones - Gabinete Técnico, [www.dipualba.es/publicaciones](http://www.dipualba.es/publicaciones) 2001.
4. Wikipedia revista electrónica. <http://es.wikipedia.org/wiki>.
5. *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*. <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=47797&print=2>.